

## DIRECTRICES

de la Sentencia de la Sala Segunda de 30 de junio de 2009

– 2 BvE 2/08 –

– 2 BvE 5/08 –

– 2 BvR 1010/08 –

– 2 BvR 1022/08 –

– 2 BvR 1259/08 –

– 2 BvR 182/09 –

1. La Ley Fundamental (LF) permite en su artículo 23 la participación en una Unión Europea concebida como unión de Estados (Staatenverbund) y el desarrollo de la misma. El concepto de unión (Verbund) implica una asociación estrecha y duradera de Estados que conservan su soberanía, que ejerce el poder público sobre la base de un Tratado internacional, pero cuyo ordenamiento fundamental está exclusivamente a disposición de los Estados miembros y en la cual los pueblos –es decir, los ciudadanos nacionales– de los Estados miembros continúan siendo los sujetos de legitimación democrática.
2. a) En tanto en cuanto los Estados miembros configuren el Derecho de los tratados de manera tal que, preservando fundamentalmente el principio de atribución de competencias, sea posible adoptar una modificación de este Derecho sin un procedimiento de ratificación, recae, junto a la responsabilidad del Gobierno federal, una especial responsabilidad sobre los cuerpos legislativos en el marco de la participación. En Alemania, dicha participación debe satisfacer a nivel interno las exigencias del art. 23.1 LF (responsabilidad en el proceso de integración –Integrationsverantwortung–) y, en su caso, puede ser exigida en un procedimiento ante el Tribunal Constitucional.  
b) En la medida en que las cláusulas pasarela especiales se limiten a ámbitos materiales que ya hayan sido determinados suficientemente por el Tratado de Lisboa, no es necesaria una ley en el sentido del art. 23.1, frase 2 LF. No obstante, también en estos casos corresponde al Bundestag –y, en la medida en que las competencias legislativas de los Länder se vean afectadas, al Bundesrat– ejercer su responsabilidad en el proceso de integración de otra manera adecuada.

3. La unificación europea, sobre la base de una unión establecida entre Estados soberanos mediante tratados internacionales, no debería lograrse de tal manera que en los Estados miembros ya no quede margen de acción política suficiente para configurar las condiciones de vida económicas, culturales y sociales. Ello es especialmente predicable en aquellos ámbitos materiales que determinan las circunstancias vitales de los ciudadanos, en particular su espacio privado (protegido por los derechos fundamentales) y de seguridad personal y social, que está bajo su propia responsabilidad. Lo mismo ha de afirmarse respecto a las decisiones políticas que dependen especialmente de la concepción previa de aspectos culturales, históricos y lingüísticos particulares y que se adoptan en un proceso de discusión política en un espacio público organizado por el régimen parlamentario y por los partidos políticos.
4. El Tribunal Constitucional Federal controla si los actos jurídicos de las instituciones y órganos europeos, conforme al principio de subsidiariedad del Derecho comunitario y del Derecho de la Unión (art. 5.2 TCE; art. 5.1, frase 2, y art. 5.3 TUE-Lisboa), respetan los límites de los derechos de soberanía que le han sido transferidos por la vía del principio de atribución de competencias (cfr. BVerfGE 58, 1 <30 s.>; 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>: en lo relativo a actos que traspasan estos límites). Adicionalmente, el Tribunal Constitucional Federal controla si queda garantizado el núcleo esencial intangible de la identidad constitucional de la Ley Fundamental de conformidad con el art. 23.1, frase 3, en concordancia con el art. 79.3 LF (cfr. BVerfGE 113, 273 <296>). El ejercicio de esta competencia de control dotada de fundamento constitucional respeta el principio de apertura hacia el Derecho europeo por parte de la Ley Fundamental (Europarechtsfreundlichkeit), y por tanto no contradice el principio de la cooperación leal (art. 4.3 TUE-Lisboa); sólo así pueden garantizarse, en el marco del continuo proceso de integración, las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los Estados miembros soberanos que reconoce el art. 4.2, frase 1 TUE-Lisboa. En este sentido, la garantía de la identidad constitucional nacional en el Derecho constitucional y en el Derecho de la Unión van de la mano en el espacio jurídico europeo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

- 2 BVE 2/08 -
- 2 BVE 5/08 -
- 2 BVR 1010/08 -
- 2 BVR 1022/08 -
- 2 BVR 1259/08 -
- 2 BVR 182/09 -

Pronunciada

el

30 de junio de 2009

Herr

en calidad de Secretaria

del despacho

como oficial fedatario de la Secretaría



## EN NOMBRE DEL PUEBLO

### En los procedimientos

I. relativo a la demanda presentada en el procedimiento sobre el conflicto entre órganos constitucionales, para que se declare

- a) que la Ley de 8 de octubre de 2008 sobre el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (Boletín Oficial Federal 2008, II, p. 1038) viola el artículo 20, apartados 1 y 2, artículo 23, apartado 1, y artículo 79, apartado 3 de la Ley Fundamental y lesiona al demandante en sus derechos previstos en el artículo 38, apartado 1 de la Ley Fundamental.
- b) que el artículo 1, números 1 y 2 de la Ley por la que se reforma la Ley Fundamental (artículos 23, 45 y 93) de 8 de octubre de 2008 (Boletín Oficial Federal I, p. 1926) y el artículo 1, § 3, apartado 2, § 4, apartado 3, número 3 y apartado 6, así como § 5 de la Ley sobre la ampliación y el fortalecimiento de los derechos del Bundestag y el Bundesrat en asuntos de la Unión Europea (Impreso del Bundestag 16/8489) violan los artículos 20, apartados 1 y 2, artículo 23, apartado 1, y artículo 79, apartado 3 de la Ley Fundamental y lesionan al demandante en su derecho previsto en el artículo 38, apartado 1 de la Ley Fundamental.

Demandante: Dr. G...,

- 1. Prof. Dr. Dietrich Murswiek,
- 2. Prof. Dr. Wolf-Rüdiger Bub,  
Promenadeplatz 9, 80333 Múnich –

– Demandado: 1. Bundestag alemán,  
representado por su Presidente,  
Platz der Republik 1, 11011 Berlin,

-

2. Gobierno Federal,  
representado por la Canciller, Bundeskanzleramt,  
Willy-Brandt-Straße 1, 10557 Berlín,

- Prof. Dr. Dr. h.c. Christian Tomuschat,  
Odilostraße 25a, 13467 Berlín –

y la demanda para que se decreten medidas provisionales

y la demanda para que se decreten otras medidas compensatorias

**– 2 BVE 2/08 –,**

II. relativo a la demanda presentada en el procedimiento sobre el conflicto entre órganos constitucionales, para que se declare

que la Ley de 8 de octubre de 2008 sobre el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (Boletín Oficial Federal 2008, II, p. 1038) lesiona al Bundestag alemán en sus derechos como órgano legislativo y es por tanto incompatible con la Ley Fundamental

Demandante: Grupo Parlamentario DIE LINKE en el Bundestag alemán,  
Representado por su Presidente Dr. Gregor Gysi, miembro del Bundestag alemán  
y Oskar Lafontaine, miembro del Bundestag alemán,  
Platz der Republik 1, 11011 Berlín,

- Prof. Dr. Andreas Fisahn,  
Universidad de Bielefeld,  
Apartado de correos 10 0131, 33501 Bielefeld –

Demandado: Bundestag alemán, representado por su Presidente,  
Platz der Republik 1, 11011 Berlín,

- Prof. Dr. Franz Mayer,  
Lettestraße 3, 10437 Berlín –

y la demanda para que se decreten medidas provisionales

**– 2 BVE 5/08 –,**

III. relativo al recurso de amparo

del Sr. Dr. G....

-1. Prof. Dr. Dietrich Murswiek,

2. Prof. Dr. Wolf-Rüdiger Bub,  
Promenadeplatz 9, 80333 Múnich –

– con- la Ley de 8 de octubre de 2008 sobre el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (Boletín Oficial Federal 2008, II, p.1038),

b) Artículo 1, números 1 y 2 de la Ley por la que se reforma la Ley Fundamental (artículos 23, 45 y 93) de 8 de octubre de 2008 (Boletín Oficial Federal 2008, I, p. 1926),

c) Artículo 1, § 3 apartado 2, § 4 apartado 3, número 3 y apartado 6, así como § 5 de la Ley sobre la ampliación y el fortalecimiento de los derechos del Bundestag y el Bundesrat en asuntos de la Unión Europea (Impreso del Bundestag 16/8489)

y la demanda para que se decreten medidas provisionales

y la demanda para que se decreten otras medidas compensatorias

**– 2 BVR 1010/08 –,**

IV. relativo al recurso de amparo

del Sr. Prof. Dr. Dr. B...,

- Abogados Tempel & Kollegen,  
Sternstraße 21, 80538 Múnich –

contra la Ley de 8 de octubre de 2008 sobre el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (Boletín Oficial Federal 2008, II, p. 1038),

y la demanda para que se decreten medidas provisionales

**– 2 BVR 1022/08 –,**

V. relativa al recurso de amparo de los miembros del Bundestag alemán

1. Sr. A...,

2. Sr. Dr. B...,

3. Sra. B...,

4. Sr. Prof. Dr. B...,

5. Sra. B...,

6. Sra. B...,

7. Sra. Dra. B...,

8. Sr. C...,

9. Sra. D...,
10. Sr. Dr. D...,
11. Sr. D...,
12. Sra. Dra. E...,
13. Sr. E...,
14. Sr. G...,
15. Sra. G...,
16. Sr. Dr. G...,
17. Sra. H...,
18. Sr. H...,
19. Sr. H...,
20. Sra. H...,
21. Sra. H...,
22. Sra. Dra. H...,
23. Sra. J...,
24. Sra. Dra. J...,
25. Sr. Prof. Dr. K...,
26. Sra. K...,
27. Sra. K...,
28. Sr. K...,
29. Sra. K...,
30. Sr. L...,
31. Sr. L...,
32. Sra. L...,
33. Sra. Dra. L...,
34. Sr. M...,
35. Sra. M...,
36. Sra. M...,
37. Sra. N...,

38. Sr. N...,
39. Sr. Prof. Dr. P...,
40. Sra. P...,
41. Sr. R...,
42. Sra. R...,
43. Sr. S...,
44. Sr. S...,
45. Sr. Prof. Dr. S...,
46. Sr. Dr. S...,
47. Sra. Dra. S...,
48. Sr. S...,
49. Sra. Dra. T...,
50. Sr. Dr. T...,
51. Sr. U...,
52. Sr. W...,
53. Sra. Z...,

- Prof. Dr. Andreas Fisahn,  
Universidad de Bielefeld,  
Apartado de correos 10 01 31, 33501 Bielefeld –

contra la Ley de 8 de octubre de 2008 sobre el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (Boletín Oficial Federal 2008,II, p. 1038)

y la demanda para que se decreten medidas provisionales

**– 2 BVR 1259/08 –,**

VI. relativa a los recursos de amparo

1. del Sr. Prof. Dr. Dr. S...,
2. del Sr. Graf von S...,
3. del Sr. Prof. Dr. Dr. S...,
4. del Sr. Prof. Dr. K...,

- Abogado Prof. Dr. Markus C. Kerber,  
Hackescher Markt 4, 10178 Berlín –

contra a) la Ley de 8 de octubre de 2008 sobre el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (Boletín Oficial Federal 2008, II, p. 1038),

b) la Ley por la que se reforma la Ley Fundamental (artículos 23, 45 y 93) de 8 de octubre de 2008 (Boletín Oficial Federal 2008, I, p. 1926) y la Ley sobre la ampliación y el fortalecimiento de los derechos del Bundestag y el Bundesrat en asuntos de la Unión Europea (Impreso del Bundestag 16/8489)

**– 2 BVR 182/09 –**

el Tribunal Constitucional Federal (Sala Segunda), constituido por las magistradas y magistrados:

Vicepresidente Voßkuhle,  
Broß,  
Osterloh,  
Di Fabio,  
Mellinghoff,  
Lübbe-Wolff,  
Gerhardt,  
Landau,

en base a la audiencia pública celebrada el 10 y 11 de febrero de 2009, ha decidido por la siguiente

**SENTENCIA**

1. Los procedimientos se acumulan para una decisión conjunta.
2. Se rechaza el recurso presentado en el procedimiento sobre el conflicto entre órganos constitucionales del demandante citado en I.
3. Se declara sin fundamento el recurso presentado en el procedimiento sobre el conflicto entre órganos constitucionales del demandante citado en II.

4. a) La Ley sobre la ampliación y el fortalecimiento de los derechos del Bundestag y el Bundesrat en asuntos de la Unión Europea (Impreso del Bundestag 16/8499) viola el artículo 38 apartado 1 en concordancia con el artículo 23 apartado 1 de la Ley Fundamental en la medida en que los derechos de participación del Bundestag alemán y del Bundesrat no se garantizan con la amplitud y alcance necesarios en razón de los fundamentos mencionados infra en C. II. 3.  
b) Antes de la entrada en vigor de las disposiciones legislativas exigidas por la Constitución, reformando los derechos de participación del Bundestag y el Bundesrat, no puede ser depositado el instrumento de ratificación por parte de la República Federal de Alemania del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de 13 de diciembre de 2007 (Boletín Oficial Federal 2008, II, página 1039).
5. En lo restante, se declaran sin fundamento los recursos de amparo.
6. La República Federal de Alemania deberá reembolsar la mitad de los gastos necesarios de estos procedimientos al recurrente en el caso III, una cuarta parte a los recurrentes en los casos IV y VI respectivamente, y al recurrente en el caso V así como al demandante en el caso II una tercera parte respectivamente.

### **Fundamentos:**

#### **A.**

El objeto de los procedimientos relativos al conflicto entre órganos constitucionales y a los recursos de amparo acumulados para su decisión conjunta es la ratificación del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de 13 de diciembre de 2007 (DO, núm. C 306/1). Los procedimientos conciernen a la Ley alemana por la que se aprueba la ratificación del Tratado de Lisboa y –en parte– las leyes alemanas de acompañamiento: la Ley por la que se reforma la Ley Fundamental (artículos 23, 45 y 93), ya publicada pero aún sin entrar en vigor, así como la Ley sobre la ampliación y el fortalecimiento de los derechos del Bundestag y el Bundesrat en asuntos de la Unión Europea, que ya ha sido aprobada pero aún no promulgada ni publicada.

1

#### **I.**

1. El Tratado de Lisboa es –como el Acta Única Europea y los Tratados de Maastricht, Ámsterdam y Niza– un Tratado de reforma de Derecho internacional. Al igual que los Tratados de Ámsterdam y Niza, se basa en el art. 48 del Tratado de la Unión Europea (TUE) de 7 de febrero de 1992 (DO, núm. C 191/1; cfr. para la versión actualizada y consolidada DO 2002, núm. C 325/5); esto significa que ha sido adoptado según el procedimiento de revisión previsto desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht. A diferencia del Acta Única Europea y de los Tratados de Ámsterdam y

2

de Niza, el Tratado de Lisboa prevé una modificación profunda del vigente sistema de Tratados. Dicho Tratado suprime la estructura de pilares de la Unión Europea y otorga formalmente personalidad jurídica a la Unión. En cuanto a su relevancia para el desarrollo de la Unión Europea, se trata, por tanto, de un Tratado comparable con el de Maastricht.

2. El Tratado de Lisboa reemplaza al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Tratado Constitucional) de 29 de octubre de 2004 (DO, núm. C 310/1), que no fue ratificado por todos los Estados miembros. Si bien el Tratado de Lisboa adopta en gran medida sus contenidos, existen sin embargo diferencias.

a) aa) El proceso de la integración europea se inició con la entrada en vigor del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero celebrado en París en el año 1951 (Boletín Oficial Federal 1952 II, p. 445).

La idea europea de una unificación política de Europa fue reforzada notablemente después de 1945 (cfr. Loth, *Der Weg nach Europa. Geschichte der europäischen Integration 1939-1957*, 1990; Niess, *Die europäische Idee – aus dem Geist des Widerstands*, 2001; Wirsching, *Europa als Wille und Vorstellung, Die Geschichte der europäischen Integration zwischen nationalem Interesse und großer Erzählung*, ZSE 2006, p. 488 ss. Haltern, *Europarecht*, 2ª ed. 2007, núm. marginal 48 ss.). Los esfuerzos estaban dirigidos hacia la fundación de los Estados Unidos de Europa y la conformación de una nación europea. A través de una Constitución se pretendía fundamentar un Estado federal europeo. Esto ya lo expresaba con claridad el Congreso de Europa de 1948 celebrado en La Haya con su apelación a una Federación de Europa, el consecuente movimiento europeísta, que se desarrolló a partir de éste y, finalmente, el “Comité de Acción para los Estados Unidos de Europa” fundado por Jean Monnet, al que pertenecían influyentes políticos tales como Fanfani, Mollet, Wehner, Kiesinger y más tarde Heath, Brandt, Tindemans (cfr. Oppermann, *Europarecht*, 3ª ed. 2005, § 1 núm. marginal 14). Desde el Consejo de Europa, bajo la presidencia del conde Coudenhove-Kalergi, líder del movimiento paneuropeo, activo ya desde los años 1920, fue presentado el “Proyecto de una Constitución federal europea” de 6 de mayo de 1951, conformado por 18 artículos. El proyecto fue preparado por 70 miembros de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa para la creación del “Comité Constitucional para los Estados Unidos de Europa”. Se inspiraba en el modelo de la estructura constitucional de Suiza, previendo un Parlamento bicameral y un gobierno ejercido por un Consejo Federal. Los pueblos de la Federación deberían estar representados en la cámara de los diputados de acuerdo a su población, a razón de un diputado por cada millón o fracción de millón de habitantes (art. 9.3 del proyecto de una Constitución federal europea, impreso en: Mayer-Tasch/Contiades, *Die Verfassungen Europas: mit einem Essay, verfassungsrechtlichen Abrissen und einem vergleichenden Sachregister*, 1966, p. 631 ss.).

bb) La idea de una Constitución para los Estados Unidos de Europa se vio confrontada desde el origen con fuertes corrientes inspiradas en el Estado nacional, que te-

nían su mirada dirigida principalmente hacia la necesaria reconstrucción y, por tanto, hacia los asuntos internos de cada Estado. Existía una poderosa corriente en sentido contrario, en razón de los imperativos políticos en materia de política exterior y de defensa común ante la situación de amenaza resultante de la Guerra Fría. Particularmente los Estados Unidos de América, como potencia protectora de Europa occidental, exigían un aporte sustancial de Europa en materia de defensa de la región, exigencia que también parecía recomendar la búsqueda de vías para un rearme alemán integrado y controlado. Al comienzo, se planteó, por tanto, la europeización de la industria del carbón y del acero, (importante para la época tanto desde el punto de vista de la industria del armamento como desde el punto de vista económico), mediante la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y la fundación de una Comunidad Europea de Defensa, es decir, la creación de fuerzas armadas europeas con participación decisiva de Francia y Alemania. El Tratado de la Comunidad Europea de Defensa, negociado paralelamente con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, preveía una integración en materia de políticas de seguridad, pero sufre un revés debido al rechazo de la Asamblea Nacional de Francia (cfr. von Puttkamer, *Vorgeschichte und Zustandekommen der Pariser Verträge vom 23. Oktober 1954*, *ZaöRV* 1956/1957, p. 448 ss.). La unión política, cuyas negociaciones habían comenzado paralelamente, había fracasado en el curso del proceso de negociación y fue aplazada por tiempo indefinido. El rechazo de la Comunidad Europea de Defensa y el fracaso de la Comunidad Política Europea mostró que el Estado federal europeo no podía realizarse directamente.

cc) La integración económica introducida por la Comunidad Europea del Carbón y del Acero fue inicialmente el único paso concreto para lograr en la práctica la visión europea. En las décadas siguientes, el desarrollo europeo estuvo caracterizado por la vía indirecta de la integración política a través de la estrecha vinculación y comunitarización de materias económicas, seguida debido a las fuertes tendencias de preservación del Estado nacional. A través de una interdependencia económica tan amplia como fuese posible, por medio de un mercado común, la necesidad práctica de una comunitarización de la política debía producirse, y las condiciones comerciales y económicas debían crearse de una manera tal que una unidad política, incluso en política exterior y de seguridad, fuese la única consecuencia lógica posible (cfr. Stikker, *The Functional Approach to European Integration*, *Foreign Affairs* 1951, p. 436 ss.; Küsters, *Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, 1982, p. 55 ss. y 79 ss.). Este enfoque funcional sirvió de base para los “Tratados de Roma” –el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Boletín Oficial Federal 1957 II, p. 753) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) (Boletín Oficial Federal 1957 II, p. 766; cfr. para la versión actualizada y consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea <TCE> DO 2002, núm. C 325/1)– celebrados en 1957. En las décadas siguientes estos Tratados fueron desarrollados paso a paso y en su configuración orgánica se fue asimilando parcialmente a las estructuras estatales. La llamada “acta de elección directa” hizo posible en 1979 la primera elección directa del Parlamento Europeo (Acta rela-

7

tiva a la elección de los representantes en el Parlamento Europeo por sufragio universal directo, Decisión del Consejo de 20 de septiembre de 1976 <Boletín Oficial Federal 1977 II, p. 733>; última modificación mediante Decisión del Consejo de 25 de junio de 2002 y 23 de septiembre de 2002 <Boletín Oficial Federal 2003 II p. 810>).

dd) El Acta Única Europea de 28 de febrero de 1986 (DO 1987, núm. L 169/1) constituyó la primera reforma importante de los Tratados, después del Tratado de fusión de naturaleza técnico-organizativo del año 1965 (DO 1967, núm. L 152/1) y la modificación de las disposiciones del Tratado relativa a las finanzas adoptada durante los años 1970 (DO 1971, núm. L 2/1 y DO 1977, núm. L 359/1). Este Tratado fue la demostración inequívoca de la voluntad de reanudar el objetivo original de una unión política de Europa. Prevé una ampliación del ámbito de las decisiones adoptadas por mayoría cualificada en el Consejo, mayores competencias del Parlamento para el establecimiento del procedimiento de cooperación, la introducción de una cooperación política europea basada en un proceso intergubernamental y la institucionalización formal del Consejo Europeo como organismo competente para delinear las políticas (“impulsos” en el sentido del art. 4 TUE; cfr. Bulmer/Wessels, *The European Council: Decision-making in European Politics*, 1987).

Los Tratados comunitarios experimentaron un desarrollo ulterior fundamental a través del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) de 7 de febrero de 1992 (DO, núm. C 191/1). Con él se debía alcanzar “una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa” (Art. 1.2 TUE; cfr. también BVerfGE 89, 155 <158 ss.>). Fue instituida la Unión Europea (UE). Su fundamento lo constituyen las anteriormente tres Comunidades, ahora solamente dos, desde la expiración del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Ambas comunidades se complementan mediante dos formas de cooperación intergubernamental: la política exterior y de seguridad común (PESC) y la cooperación en los ámbitos de Justicia e interior (el conocido modelo de los tres pilares). La Comunidad Económica Europea pasó a denominarse Comunidad Europea (CE). Adicionalmente, el Tratado de Maastricht introdujo el principio de subsidiariedad, la ciudadanía europea y la unión económica y monetaria, estableció nuevas competencias de la Comunidad Europea (educación, cultura, salud, protección del consumidor, redes transeuropeas) y amplió las atribuciones del Parlamento Europeo, introduciendo el procedimiento de la codecisión para la legislación en algunos ámbitos. En este procedimiento ya no puede adoptarse un acto de Derecho secundario sin la aprobación del Parlamento Europeo. El Tratado de Maastricht preveía también una revisión de los Tratados en relación a la arquitectura de los órganos (art. N 2 del Tratado de Maastricht), que se haría cada vez más urgente en vista de la tendencia política hacia la ampliación de la Unión Europea. La composición y el funcionamiento de los órganos europeos prácticamente no habían sufrido modificación desde la década de 1950, a pesar de que el número de Estados miembros se había incrementado de seis a doce y la Unión Europea asumía notablemente más

8

9

funciones que las Comunidades Europeas al inicio de la integración europea.

El Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como algunos actos conexos (Tratado de Ámsterdam) de 2 de octubre de 1997 (DO, núm. C 340/1), amplió nuevamente las competencias de la Unión Europea y de la Comunidad Europea, como por ejemplo en el caso de la política común de empleo. El Tratado transfirió materias tales como asilo, inmigración, visados, y la cooperación judicial en materia civil, que hasta entonces habían sido objeto de la cooperación intergubernamental, al ámbito de aplicación del Tratado supranacional constitutivo de la Comunidad Europea, y creó la posibilidad de una cooperación reforzada entre determinados Estados miembros. Además, el Tratado de Ámsterdam introdujo la figura del Alto Representante para la Política Exterior y de Seguridad Común, racionalizó el procedimiento de codecisión y fortaleció las atribuciones de control del Parlamento Europeo sobre la Comisión. Sin embargo, el Tratado dejó sin respuesta cuestiones institucionales relacionadas con la ampliación de la Unión Europea, en particular sobre la dimensión de los órganos, la distribución de escaños y el alcance del procedimiento de toma de decisiones por mayoría.

10

Ya a la firma y entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, se consideró por tanto necesario otro Tratado de reforma. Éste se concretó en el Tratado de Niza que modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el de algunos actos conexos (Tratado de Niza) de 26 de febrero de 2001 (DO, núm. C 80/1). Con él se amplió aún más el número de materias sujetas a votación con mayoría cualificada en el Consejo y se adaptó la composición de la Comisión, el número de diputados al Parlamento Europeo y la ponderación de votos en el Consejo a la ampliación de la Unión Europea decidida políticamente, a hasta diez Estados de Europa del Este y Europa suroriental. Adicionalmente, los representantes de los gobiernos acordaron que los Estados miembros que adoptan una decisión en el Consejo deben representar al menos el 62 por ciento de la población total de la Unión Europea. Además en la Conferencia intergubernamental de Niza fue proclamada solemnemente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como declaración política del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, que había sido preparada por una Convención (Carta de los Derechos Fundamentales – CDF, DO 2000, núm. C 364/1), sin llegar a ser parte integral del Tratado de Niza.

11

b) aa) Después de que se vislumbrara que el Tratado de Niza sólo realizaría los ajustes de la estructura institucional de la Unión Europea estimados indispensables, se contempló retomar el proyecto constitucional que fracasara a principios de los años 50. Así, el ministro alemán de Asuntos Exteriores Fischer propuso una Constitución europea (cfr. Fischer, *Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration*, *Integration*, 2000, p. 149 ss.) y dio origen con ello a un amplio debate constitucional (cfr. al respecto Laffan, *Der schwierige Weg zur Europäischen Verfassung: Von der Humboldt-Rede Außenministers Fischer*

12

bis zum Abschluss der Regierungskonferenz, en: Jopp/Matl, Der Vertrag über eine Verfassung für Europa, Analysen zur Konstitutionalisierung der EU, 2005, p. 473 ss.). Si bien la Conferencia Intergubernamental de Niza acogió el proyecto de una Constitución europea en la Declaración núm. 23 relativa al futuro de la Unión (DO 2001, núm. C 80/85), sin embargo sólo pretendía expresamente continuar con la reforma institucional de la Unión. En la Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea de 15 de diciembre de 2001 (Boletín UE 12-2001, I.27 <anejo I>) se establecieron cuatro objetivos de la reforma:

- Primero: “Un mejor reparto y definición de las competencias en la Unión Europea”. 13  
Para ello se debía tratar de obtener principalmente una mayor transparencia en la delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros y una posible clarificación del principio de subsidiariedad, verificando, por una parte, qué competencias nuevas deben atribuirse justificadamente a la Unión y, por la otra, cuáles competencias que hasta ahora habían sido ejercidas en forma comunitaria pueden ser transferidas nuevamente a los Estados miembros.

- Segundo: “La simplificación de los instrumentos de la Unión”. Para este propósito 14  
debía ser considerada particularmente la distinción entre medidas legislativas y medidas de aplicación, así como una reducción del número de instrumentos legislativos.

- Tercero: “Más democracia, transparencia y eficiencia en la Unión Europea”. En re- 15  
lación con este objetivo se debían repensar ampliamente las cuestiones de organización y procedimientos del sistema de órganos de la Unión, así como el papel de los Parlamentos nacionales.

- Cuarto: “El camino hacia una Constitución para los ciudadanos europeos”. Con 16  
esta perspectiva se debían reorganizar los Tratados, considerar la inserción de la Carta de los Derechos Fundamentales en el Tratado básico y la adopción de un texto constitucional en la Unión Europea.

En el marco del tercer objetivo se trató particularmente de la cuestión de cómo se 17  
podría reforzar la legitimación democrática y la transparencia de los órganos existentes y cómo se debía designar al Presidente de la Comisión: por el Consejo Europeo, por el Parlamento Europeo o mediante elección directa por los ciudadanos. La Declaración de Laeken planteaba el interrogante acerca de si y cómo deberían modificarse la composición y el funcionamiento del Parlamento Europeo, así como la actividad del Consejo.

bb) Con la Declaración de Laeken, el Consejo Europeo constituyó una Convención 18  
encargada de elaborar un texto constitucional (cfr. en general sobre la convención Wessels, Der Konvent: Modelle für eine innovative Integrationsmethode, integration, 2002, p. 83 ss.). Con la participación de los Estados cuya adhesión se esperaba en ese momento, la Convención debía examinar los cuatro objetivos de reforma mencionados. El Tratado Constitucional proyectado por la Convención y preparado por

la Conferencia Intergubernamental contenía modificaciones de gran alcance, aunque no una revisión total de los Tratados. El Tratado Constitucional preveía integrar el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en un Tratado único, la disolución de la estructura de pilares y dotar a la Unión Europea de personalidad jurídica propia. La primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional de los Estados miembros, que hasta entonces se fundamentaba en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se establecería expresamente y por primera vez se regularían los símbolos de la Unión Europea: bandera, himno, lema, moneda y Día de Europa. Además, como modificaciones esenciales fueron previstas:

- la inclusión de la Carta de los Derechos Fundamentales en el Tratado Constitucional, 19
- la categorización y clasificación de las competencias de la Unión, 20
- el desarrollo de las instituciones de la Unión, en particular a través de la creación de los cargos de Presidente del Consejo Europeo y de ministro de Asuntos Exteriores de la Unión Europea, 21
- la introducción del principio de la doble mayoría para las decisiones en el Consejo, 22
- una nueva tipología de las formas de actuación de la Unión con conceptos tales como “ley” y “ley marco”, 23
- la introducción de una iniciativa ciudadana europea, 24
- la creación de una política de vecindad, 25
- la creación del derecho de los Estados miembros a retirarse de la Unión, 26
- la introducción de procedimientos simplificados para la revisión de partes y aspectos singulares del Tratado Constitucional, y 27
- la participación de los Parlamentos nacionales en el proceso legislativo para el control de la subsidiariedad en forma de un sistema de alerta temprana y de un recurso por la violación del principio de subsidiariedad. 28

Después del resultado negativo de los referéndums sobre el Tratado Constitucional realizados en Francia y en los Países Bajos el 29 de mayo y el 1° de junio de 2005 respectivamente, el Consejo Europeo acordó una “fase de reflexión”. A los Estados miembros que todavía no habían ratificado el Tratado Constitucional se les debía dar la oportunidad de ratificar dicho Tratado tras un amplio debate público y sin límite de tiempo, o de aplazar su ratificación (Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea sobre la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa <Sesión del Consejo Europeo de 16 y 17 de junio de 2005>, Boletín UE 6-2005, I.30). Sin embargo, el proceso de ratificación no pudo ponerse nuevamente en marcha. 29

c) En la Declaración de Berlín de 25 de marzo de 2007 con ocasión del 50º aniversario de los Tratados de Roma (Boletín UE 3-2007, II.1), los Estados miembros acordaron dar un nuevo impulso a un Tratado de reforma (cfr. Maurer, Nach der Referenzsur: Deutsche Europapolitik in und nach der Denkpause über den Verfassungsvertrag, en: Müller-Graff, Deutschlands Rolle in der Europäischen Union, 2008, p. 11 ss.). El 22 de junio de 2007 el Consejo Europeo de Bruselas confirió a una Conferencia Intergubernamental el mandato de preparar un denominado “Tratado de reforma” para la modificación de los Tratados existentes (Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007 en Bruselas, Boletín UE 6-2007, I.37 <anejo I>).

El mandato para la Conferencia Intergubernamental se diferenciaba de los anteriores por el hecho de que el Consejo Europeo estableció casi íntegramente, en parte incluso de modo literal, la estructura y el contenido del nuevo Tratado (cfr. la versión lingüísticamente revisada del mandato en el documento del Consejo 11218/07, anejo). Para ello se basó en el Tratado Constitucional, de cuyo contenido sustancial se debía adoptar lo que fuera posible en el nuevo Tratado de reforma. El 13 de diciembre de 2007 se firmó este Tratado de reforma como Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado de Lisboa).

3. a) El Preámbulo del Tratado de Lisboa no menciona el fracasado Tratado constitucional, sino que sitúa al Tratado de Lisboa en una línea directa con los Tratados de Ámsterdam y de Niza. Repite el objetivo del mandato de la Conferencia Intergubernamental –el aumento de la eficacia y de la legitimidad democrática de la Unión, así como el mejoramiento de la coherencia de su actuación–, pero ya no se acentúa específicamente la coherencia de la acción exterior de la Unión. Mientras que todos los Tratados de reforma precedentes estaban destinados a aumentar la eficacia y coherencia de las Comunidades Europeas o de la Unión Europea, con el Tratado de Lisboa, por primera vez, se persigue expresamente el objetivo de incrementar la legitimidad democrática de la Unión (cfr. también Fischer, Der Vertrag von Lissabon, 2008, p. 91 s.).

A diferencia del Tratado Constitucional y de conformidad con el mandato para la Conferencia Intergubernamental, el Tratado de Lisboa abandona expresamente el concepto constitucional “que consistía en derogar todos los Tratados vigentes y sustituirlos por un texto único denominado ‘Constitución’” (Documento del Consejo 11218/07, anejo, núm. marginal 1). Los Tratados son simplemente modificados y la conceptualización que está en la base de los Tratados reformados refleja la renuncia al concepto de Constitución. Se abandona la terminología que comúnmente se utiliza a nivel estatal. No se emplea el término “Constitución” (en sentido contrario, Pernice, Der Vertrag von Lissabon – Das Ende des Verfassungsprozesses der EU?, EuZW 2008, p. 65; Schiffauer, Zum Verfassungszustand der Europäischen Union nach Unterzeichnung des Vertrags von Lissabon, EuGRZ 2008, p. 1 ss.), el “Ministro de Asuntos Exteriores” es denominado “Alto Representante de la Unión para Asun-

tos Exteriores y Política de Seguridad”, y las denominaciones “ley” y “ley marco” tampoco se conservan, en contraste con la denominación menos simbólica de “decisión”, que sí se mantiene. El procedimiento de codecisión, sin embargo, pasa a llamarse ahora “procedimiento legislativo ordinario” y se distingue de un “procedimiento legislativo especial”. Los actos adoptados en un procedimiento legislativo reciben el nombre de “actos legislativos”. Los símbolos de la Unión Europea, bandera, himno, lema, moneda y Día de Europa, no se mencionan. No obstante, en la Declaración núm. 52 relativa a los símbolos de la Unión Europea aneja al acta final del Tratado de Lisboa, 16 de los 27 Estados miembros, entre ellos la República Federal de Alemania, subrayan que estos símbolos “seguirán siendo para ellos los símbolos de la pertenencia común de los ciudadanos a la Unión Europea y de su relación con ésta”. La primacía del Derecho de la Unión y del Derecho comunitario respecto al Derecho nacional de los Estados miembros permanece sin regulación explícita (para la Declaración pertinente a este punto cfr. *infra* A. I. 3. i). Al margen de estas diferencias, el Tratado de Lisboa traslada, sin embargo, elementos esenciales del contenido del Tratado Constitucional al sistema de Tratados vigente y contiene, adicionalmente, disposiciones específicamente adaptadas a los distintos Estados miembros (cfr. Mayer, *Die Rückkehr der Europäischen Verfassung? Ein Leitfaden zum Vertrag von Lissabon*, ZaöRV 2007, p. 1141 ss.; especialmente respecto a las regulaciones sobre los Parlamentos nacionales Barrett, „The king is dead, long live the king“: The Recasting by the Treaty of Lisbon of the Provisions of the Constitutional Treaty Concerning National Parliaments, E.L.Rev., 2008, p. 66 ss.).

b) El Tratado de Lisboa suprime el actual “concepto de los tres pilares” de la Unión Europea (art. 1.3, frase 1 TUE). El Tratado de la Unión Europea conserva su denominación (cfr. para una versión consolidada “TUE Versión Lisboa”, DO 2008, núm. C 115/13); el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (cfr. para una versión consolidada, DO 2008, núm. C 115/47). La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea (Art. 1.3, frase 3 TUE-Lisboa) y adquiere personalidad jurídica (art. 47 TUE-Lisboa). La Comunidad Europea de la Energía Atómica se separa de la estructura anterior de la UE, que asociaba las Comunidades y sigue existiendo como una organización internacional independiente, manteniendo un vínculo institucional con la Unión Europea.

34

c) La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, de acuerdo con el Tratado de Lisboa, se basa en dos fundamentos: la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la versión revisada de 12 de diciembre de 2007 (DO, núm. C 303/1; Boletín Oficial Federal 2008, II, p. 1165 ss.), a la que se reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados (art. 6.1, frase 1 TUE-Lisboa) y adquiere de este modo carácter jurídico vinculante; así como los derechos fundamentales de la Unión no escritos, que además permanecerán en vigor como principios generales del Derecho de la Unión (art. 6.3 TUE-Lisboa). Estos dos fundamentos de la protección europea de los derechos fundamentales se complementan con

35

el art. 6.2 TUE-Lisboa, que autoriza y obliga a la Unión Europea a adherirse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (Boletín Oficial Federal 2002 II, p. 1054).

d) El Título II de la nueva versión del Tratado de la Unión Europea contiene “disposiciones sobre los principios democráticos”. Conforme a ello, el modo de funcionamiento de la Unión Europea se basa en la democracia representativa (art. 10.1 TUE-Lisboa), complementada mediante elementos de la democracia participativa, asociativa y directa, particularmente por una iniciativa ciudadana (art. 11 TUE-Lisboa). El principio de la democracia representativa remite a dos fuentes de legitimación: el Parlamento Europeo como representación “directa” de los ciudadanos de la Unión así como los Jefes de Estado y de Gobierno representados en el Consejo Europeo y los miembros de los Gobiernos de los Estados miembros representados en el Consejo, “que serán democráticamente responsables, bien ante sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos” (art. 10.2 TUE-Lisboa).

36

Los Parlamentos nacionales “contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión” (art. 12 TUE-Lisboa). Los proyectos de actos legislativos de la Unión Europea deben ser transmitidos a los Parlamentos nacionales ocho semanas antes de la inclusión en el orden del día del Consejo (art. 4 del Protocolo núm. 1 sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea). En el marco del denominado sistema de alerta temprana previsto por el Protocolo núm. 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad (Protocolo de subsidiariedad), los Parlamentos nacionales o las cámaras de uno de esos Parlamentos están autorizados, dentro del plazo de ocho semanas, para exponer en un dictamen motivado las razones por las que consideran que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad (art. 6 del Protocolo de subsidiariedad). Sin embargo, los dictámenes motivados sólo obligan a volver a estudiar los proyectos cuando el número de dictámenes motivados alcance un porcentaje determinado del número total de los votos atribuidos a los Parlamentos nacionales (art. 7.2 y 7.3 del Protocolo de subsidiariedad). Además, los Parlamentos nacionales o las cámaras de uno de esos Parlamentos podrán interponer, a través de sus Estados miembros, un recurso de nulidad, conforme al art. 263 TFUE, cuando consideren que un acto legislativo es contrario al principio de subsidiariedad (art. 8 del Protocolo de subsidiariedad).

37

Adicionalmente, los Parlamentos nacionales también están involucrados en el control político de Europol y Eurojust (art. 12, letra c TUE-Lisboa; art. 88.2, (2), art. 85.1, (3) TFUE) y en el denominado procedimiento pasarela, un procedimiento de revisión del Tratado de alcance general introducido por el Tratado de Lisboa, están facultados para rechazar la reforma del Tratado propuesta por la Comisión dentro de un plazo de seis meses contados a partir de su transmisión (art. 48.7, (3) TUE-Lisboa; art. 81.3, (3) TFUE). El rechazo por parte de un Parlamento nacional es suficiente para hacer fracasar la propuesta de reforma del Tratado.

38

e) Por medio del Tratado de Lisboa también se reforman las instituciones y los pro-

39

cedimientos.

aa) Se refuerzan aún más las competencias del Parlamento Europeo en el proceso legislativo. El procedimiento de codecisión, en el cual el Parlamento Europeo actúa con las mismas facultades que el Consejo, se simplifica, pasa a llamarse “procedimiento legislativo ordinario” y se declara como la regla general (art. 14.1, frase 1 TUE-Lisboa; art. 289.1 TFUE). Se suprime el procedimiento de cooperación. Los procedimientos de audiencia y de aprobación se agrupan bajo el concepto del “procedimiento legislativo especial” y tienen aplicación únicamente en determinados casos previstos en los Tratados (art. 289.2 TFUE). El creciente papel del Parlamento Europeo en el proceso legislativo también repercute en la concreción de Tratados internacionales por parte de la Unión Europea. El Consejo sólo puede adoptar la decisión de celebrar un Tratado internacional previa aprobación del Parlamento Europeo, en los casos que se refiera a ámbitos a los que se aplique el procedimiento legislativo ordinario o, si se requiere la aprobación del Parlamento Europeo, el procedimiento legislativo especial (art. 218.6, (2), letra a, núm. v TFUE).

40

El Parlamento Europeo además, decide conjuntamente con el Consejo sobre el proyecto de presupuesto (art. 14.1, frase 1 TUE-Lisboa; art. 314 TFUE) y dispone de derechos de control político. El Parlamento Europeo elige por mayoría de sus miembros al Presidente de la Comisión, de acuerdo con la propuesta del Consejo Europeo (art. 14.1, frase 3, art. 17.7 TUE-Lisboa). La propuesta debe tener en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo (art. 17.7, (1), frase 1 TUE-Lisboa). Si el candidato no obtiene la mayoría necesaria, el Consejo Europeo debe proponer en el plazo de un mes un nuevo candidato. (art. 17.7, (1), frase 3 TUE-Lisboa). Además, el Parlamento Europeo –al igual que los Parlamentos nacionales– controla las actividades de Europol y participa en la evaluación de la actividad de Eurojust (art. 88.2, (2), art. 85.1, (2) TFUE).

41

El Tratado de Lisboa modifica la composición del Parlamento Europeo, que se elige “por sufragio universal, directo, libre y secreto” (art. 14.3 TUE-Lisboa). El Parlamento ya no está compuesto por representantes “de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad” (art. 189.1 TCE), sino por representantes “de los ciudadanos de la Unión Europea” (art. 14.2, (1), frase 1 TUE-Lisboa). Por primera vez la distribución de escaños en el Parlamento Europeo se establecerá por Derecho derivado (art. 14.2, (2) TUE-Lisboa). De acuerdo con el procedimiento previsto, el Consejo Europeo adoptará por unanimidad, a iniciativa del Parlamento Europeo y con su aprobación, una decisión por la que se fije la composición del Parlamento Europeo. Esta decisión debe respetar las exigencias establecidas en el art. 14.2, (1), frases 2 a 4 TUE-Lisboa, esto es, el número de diputados no excederá de 750 “más el Presidente”, es decir, 751, con lo cual la representación de los ciudadanos será decrecientemente proporcional, con un mínimo de seis diputados por Estado miembro, y ningún Estado miembro obtendrá más de 96 escaños.

42

bb) En virtud del Tratado de Lisboa, el Consejo Europeo se ha revalorizado para

43

convertirse en un órgano de la Unión Europea, que está unificada y dotada de personalidad jurídica (art. 13.1, (2) TUE-Lisboa). Por lo tanto, los actos del Consejo Europeo están sujetos a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque sólo en la medida en que los actos del Consejo Europeo tengan efectos jurídicos frente a terceros (art. 263.1, art. 265.1 TFUE), y en el ámbito de la política exterior y de seguridad común, en la medida en que el Tribunal de Justicia es competente de modo excepcional (art. 275.2 TFUE).

El Tratado de Lisboa crea igualmente el cargo de Presidente (permanente) del Consejo Europeo, que es elegido por el Consejo Europeo por mayoría cualificada para un mandato de dos años y medio (art. 15.5 TUE-Lisboa). El Presidente del Consejo Europeo asume los trabajos inherentes a la preparación y dirección de las reuniones del Consejo Europeo, incluso como impulsor, así como la representación externa de la Unión Europea en los asuntos de la política exterior y de seguridad común “a su nivel” y “sin perjuicio” de las atribuciones del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (art. 15.6, (1) y (2) TUE-Lisboa). El cargo de Presidente del Consejo Europeo es compatible con otros mandatos europeos, pero no con mandatos nacionales (art. 15.6, (3) TUE-Lisboa).

44

cc) El voto por mayoría cualificada está regulado en el Tratado de Lisboa como la regla general (art. 16.3 TUE-Lisboa) del mismo modo que el procedimiento legislativo ordinario (art. 16.1 TUE-Lisboa; art. 289.1 TFUE), en el que el Consejo decide también, en principio, por mayoría cualificada (art. 294.8 y 294.13 TFUE). El sistema actual de voto ponderado deberá ser sustituido a largo plazo por el sistema de “doble mayoría”, según el cual para obtener una mayoría cualificada se requiere básicamente una “doble mayoría” del 55% de los Estados miembros y el 65% de la población de la Unión Europea (art. 16.4 TEU-Lisboa; art. 3 del Protocolo núm. 36 sobre las Disposiciones Transitorias). Cuando el Consejo no actúe a propuesta de la Comisión o del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, a largo plazo será necesaria una “doble mayoría” de 72% de los Estados miembros y 65% de la población de la Unión Europea para lograr una mayoría cualificada (art. 238.2 TFUE; art. 3 del Protocolo núm. 6 sobre las Disposiciones Transitorias). Las restricciones están establecidas por medio del llamado mecanismo de loannina (Declaración núm. 7 relativa al apartado 4 del artículo 16 del Tratado de la Unión Europea y al apartado 2 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Por primera vez se prevé que las deliberaciones y votaciones en el Consejo sobre proyectos de actos legislativos será pública (art. 16.8 TUE-Lisboa).

45

dd) La Comisión, a partir del 1º de noviembre de 2014, deberá estar compuesta por un número de Comisarios correspondiente a los dos tercios del número de Estados miembros, salvo que el Consejo Europeo decida por unanimidad modificar dicho número (art. 17.5 TUE-Lisboa; también el art. 244 TFUE). Después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa podría, no obstante, adoptarse una decisión “de conformidad con los procedimientos jurídicos necesarios”, a fin de que un nacional de cada Estado miembro siga formando parte de la Comisión (cfr. Conclusiones de la Presi-

46

dencia del Consejo Europeo de 11 y 12 de diciembre de 2008 en Bruselas, Boletín UE 12-2008, I.4, núm. marginal 2).

Además, el Tratado de Lisboa reordena las competencias de ejecución autónomas de la Comisión y lo hace por medio de una forma jurídica propia, denominada “actos jurídicos no legislativos” (cfr. actual art. 202 inciso 3, frase 1, art. 211 inciso 4 TCE). Un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo (art. 290.1, (1) TFUE). Los objetivos, el contenido, el alcance y la duración de la delegación de poderes (art. 290.1, (2) TFUE) así como las condiciones a las que estará sujeta la delegación (art. 290.2, (1) TFUE), deben estar delimitados en forma expresa en los actos legislativos. Los denominados actos jurídicos delegados (art. 290.3 TFUE) deben distinguirse de los actos jurídicos de ejecución. En la medida en que en la Unión se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes, éstos podrán conferir competencias de ejecución a la Comisión o de modo excepcional al Consejo (art. 291.2 TFUE). Las medidas adoptadas con fundamento en las competencias de ejecución se califican como actos de ejecución (art. 291.4 TFUE).

47

ee) El nuevo cargo de “Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad” introducido por el Tratado de Lisboa, agrupa varias oficinas que actualmente son competentes para las relaciones exteriores de la Unión Europea y de la Comunidad Europea (art. 18, apartados 2 a 4 TUE-Lisboa). El Alto Representante “estará al frente” de la política exterior y de seguridad común, incluyendo la política común de seguridad y defensa (art. 18.2, frases 1 y 3 TUE-Lisboa). Ello significa que dispone de un derecho de proposición ante el Consejo y ejecuta la política exterior y de seguridad común de la Unión “como mandatario del Consejo” (art. 18.2, frase 2, art. 27.1 TUE-Lisboa). El Alto Representante es nombrado mediante decisión del Consejo Europeo, adoptada por mayoría cualificada, y con la aprobación del Presidente de la Comisión (art. 18.1, frase 1 TUE-Lisboa). Al mismo tiempo, como Vicepresidente de la Comisión, está sujeto al voto de aprobación del Parlamento Europeo (art. 17.4, frase 1, y 17.7, (3) TUE-Lisboa). La duración de su mandato no está regulada (cfr., sin embargo, art. 18.1, frase 2, art. 17.8, frase 3 TUE-Lisboa).

48

En el “ejercicio de su mandato” el Alto Representante se apoyará en un servicio europeo de acción exterior que trabajará en colaboración con los servicios diplomáticos de los Estados miembros y estará compuesto por funcionarios de los servicios competentes de la Secretaría General del Consejo y de la Comisión y por personal en comisión de servicios de los servicios diplomáticos nacionales (art. 27.3, frases 1 y 2 TUE-Lisboa). Otras modalidades, particularmente la organización y el funcionamiento del servicio europeo de acción exterior, deben ser establecidos mediante una decisión del Consejo (art. 27.3, frase 3 TUE-Lisboa; cfr., igualmente, Impreso del Bundestag 16/9316).

49

ff) El Tratado de Lisboa modifica igualmente las disposiciones sobre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, rebautizado como Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia, en principio, no es competente en el ámbito de la política exterior y de seguridad común. Existen excepciones concernientes a su competencia para controlar el respeto del artículo 40 TUE-Lisboa y para pronunciarse sobre los recursos de nulidad relativos al control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas (art. 24.1 (2), frase 5 TUE-Lisboa; art. 275 TFUE). Por el contrario, en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia, el Tribunal de Justicia, en principio, es competente. Excepcionalmente, el Tribunal de Justicia no es competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior (art. 276 TFUE). Además, el Tratado de Lisboa modifica los diferentes tipos de recursos, específicamente el recurso de nulidad.

f) El Tratado de Lisboa prevé en principio tres procedimientos que permiten modificar los Tratados: el procedimiento de revisión ordinario (art. 48, apartados 2 a 5 TUE-Lisboa), el procedimiento de revisión simplificado (art. 48.6 TUE-Lisboa) y el denominado procedimiento pasarela (art. 48.7 TUE-Lisboa). Las modificaciones con arreglo al procedimiento de revisión ordinario que tengan como finalidad aumentar o reducir las competencias atribuidas a la Unión en los Tratados (art. 48.2, frase 2 TUE-Lisboa), son adoptadas como hasta ahora por una Conferencia de los Gobiernos de los Estados miembros –eventualmente tras la convocatoria de una Convención compuesta por representantes de los Parlamentos nacionales, de los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, del Parlamento Europeo y de la Comisión– (art. 48.3 TUE-Lisboa). Estas modificaciones entran en vigor después de haber sido ratificadas por todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (art. 48.4, (2) TUE-Lisboa).

Las modificaciones con arreglo al procedimiento de revisión simplificado requieren una decisión unánime del Consejo Europeo, que entrará en vigor “una vez que haya sido aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales” (art. 48.6, (2) frase 3 TUE-Lisboa); con respecto a la situación hasta ahora vigente en los Tratados, cfr. 17.1, (1), art. 42 TUE; art. 22.2, art. 190.4, art. 229a, art. 269.2 TCE). El ámbito de aplicación del procedimiento de revisión simplificado está limitado a modificaciones de la III Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativas a las políticas y acciones internas de la Unión (art. 48.6, (1) TUE-Lisboa). Las modificaciones no deben conducir a aumentar las competencias atribuidas a la Unión por los Tratados (art. 48.6, (3) TUE-Lisboa). En su versión tras el Tratado de Lisboa, los Tratados incluyen otras disposiciones que reproducen el modelo del art. 48.6 del TUE-Lisboa, pero que están limitadas en cada caso a una materia determinada y ligeramente se amplían por medio del Tratado de

Lisboa (cfr. art. 42.2, (1) TUE-Lisboa – introducción de una política común de defensa; art. 25.2 TFUE – extensión de los derechos de los ciudadanos de la Unión; art. 218.8 (2), frase 2 TFUE – adhesión de la Unión al CEDH; art. 223.1 (2) TFUE – introducción de un procedimiento uniforme para la elección del Parlamento Europeo; art. 262 TFUE – competencia de la Unión Europea para crear títulos europeos de propiedad intelectual; art. 311.3 TFUE – fijación de los medios propios de la Unión Europea).

Las modificaciones adoptadas con arreglo al “procedimiento pasarela general” se basan igualmente en una decisión unánime del Consejo Europeo, que sólo podrá ser dictada después de la aprobación del Parlamento Europeo (art. 48.7, (4) TUE-Lisboa). Esto presupone que la propuesta no sea rechazada por un Parlamento nacional en un plazo de seis meses (art. 48.7, (3) TUE-Lisboa). A diferencia de los procedimientos de revisión ordinario y simplificado, el procedimiento pasarela general se refiere a modificaciones puntuales relativas a la votación en el Consejo o al procedimiento legislativo. El Consejo Europeo podrá, en los casos en que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o el Título V del presente Tratado dispongan que el Consejo se pronuncie por unanimidad en un ámbito o en un caso determinado, adoptar una decisión que autorice al Consejo a pronunciarse por mayoría cualificada en dicho ámbito o en dicho caso (art. 48.7, (1), frase 1 TUE-Lisboa). Quedan exceptuadas las decisiones que tengan repercusiones militares o en el ámbito de la defensa (art. 48.7, (1), frase 2 TUE-Lisboa). El Consejo Europeo podrá, además, decidir que los actos legislativos en el ámbito de aplicación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea puedan ser adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario en lugar del procedimiento legislativo especial (art. 48.7, (2) TUE-Lisboa; cfr. ya art. 67.2, art. 137.2, (2), frase 2, art. 175.2, (1) TCE). Ambas alternativas del procedimiento pasarela general no son aplicables al art. 311, apartados 3 y 4, art. 312.2, (1), art. 352 y art. 354 TFUE (cfr. art. 353 TFUE). El procedimiento pasarela general es complementado por cláusulas pasarela especiales (cfr. art. 31.3 TUE-Lisboa, adopción de decisiones sobre la política exterior y de seguridad común en casos distintos de los mencionados en el art. 31.2 TUE-Lisboa; art. 81.3 (2) y (3) TFUE – las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza; art. 153.2, (4) TFUE – medidas en determinados ámbitos del Derecho del trabajo; art. 192.2 (2) TFUE – medidas en el ámbito de la política medioambiental; art. 312.2 (2) TFEU – fijación del marco financiero plurianual; art. 333 apartados 1 y 2 TFUE – procedimiento de votación en el marco de la cooperación reforzada según el art. 326 y ss. TFUE). Únicamente para las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza está previsto un derecho de oposición de los Parlamentos nacionales con arreglo al art. 48.7, (3) TUE-Lisboa (art. 81.3, (3) TFUE).

g) El art. 50 TUE-Lisboa introduce el derecho de cada Estado miembro de retirarse de la Unión Europea.

53

54

h) El Tratado de Lisboa persigue el objetivo de hacer más transparente el reparto de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros (cfr. Declaración de Laeken de 15 de diciembre de 2001 sobre el futuro de la Unión Europea, Boletín UE 12-2001, I.27 < anejo I >), y amplía las competencias de la Unión Europea. 55

aa) Confirma los principios del reparto y del ejercicio de competencias de la Unión Europea, especialmente el principio de atribución de competencias (art. 5.1, frase 1 y 5.2, frase 1 TUE-Lisboa; cfr. también art. 1.1, art. 3.6, art. 4.1, art. 48.6, (3) TUE-Lisboa; art. 2, apartados 1 y 2, art. 4.1, art. 7, art. 19, art. 32, art. 130, art. 132.1, art. 207.6, art. 337 TFUE; Declaración núm. 18 relativa a la delimitación de las competencias; Declaración núm. 24 relativa a la personalidad jurídica de la Unión Europea) así como los principios de subsidiariedad (art. 5.1 frase 2 y 5.3 TUE-Lisboa) y de proporcionalidad (art. 5.1, frase 2 y 5.4 TUE-Lisboa). Estos últimos se complementan con los procedimientos regulados en el protocolo sobre la subsidiariedad. 56

Adicionalmente, la Unión Europea está obligada a respetar, junto a la identidad nacional de los Estados miembros, expresada como aquella “inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional”, la “igualdad de los Estados miembros ante los Tratados” y “las funciones esenciales del Estado” (art. 4.2, frases 1 y 2 TUE-Lisboa). A título de ejemplos se mencionan “la garantía de la integridad territorial, el mantenimiento del orden público y la salvaguarda de la seguridad nacional”. 57

bb) Las competencias de la Unión Europea se categorizan y clasifican por primera vez mediante el Tratado de Lisboa. Primeramente, en el art. 2 TFUE se formulan diferentes categorías de competencias. Según el grado de intensidad de la acción europea y de sus efectos en los Estados miembros, se hace la distinción fundamental entre competencias exclusivas (apartado 1), competencias compartidas, que corresponden a la anterior categoría de competencias concurrentes (apartado 2), y medidas para apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros (apartado 5). Además de esta tríada de competencias, el art. 2 TFUE menciona dos ámbitos que no son categorías de competencias. La coordinación de la política económica y de empleo (apartado 3) y la política exterior y de seguridad común (apartado 4) se someten a una regulación específica. Seguidamente, en los arts. 3 y ss. TFUE se asignan diferentes ámbitos a las categorías de competencias, aunque no de forma exhaustiva en el sentido de un catálogo de competencias. 58

cc) El Tratado de Lisboa establece competencias adicionales a la Unión Europea, amplía el contenido de competencias existentes y supranacionaliza materias que hasta ahora estaban subordinadas a la cooperación intergubernamental. 59

(1) En el antiguo "primer pilar", el Tratado de Lisboa establece las nuevas competencias de la Unión Europea para la política de vecindad (art. 8 TUE-Lisboa), los servicios de interés económico general (art. 14 TFUE), energía (art. 194 TFUE), turismo (art. 195 TFUE), la protección civil (art. 196 TFUE) y la cooperación administrativa (art. 197 TFUE). Además, se amplía el contenido de las competencias existentes de 60

la Unión Europea, competencias que son adoptadas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Esto concierne especialmente a las regulaciones referentes a la política comercial común, que extienden el contenido de la competencia a las inversiones extranjeras directas y la naturaleza de la competencia sobre el comercio relativo al intercambio de servicios y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual (art. 207.1, frase 1, en concordancia con art. 3.1 letra e TFUE). La cláusula de flexibilidad (art. 352 TFUE) se separa de la limitación al mercado común (cfr. sin embargo, art. 352 apartados 3 y 4 TFUE); su ejercicio está sujeto por primera vez a la aprobación del Parlamento Europeo (art. 352.1 TFUE).

(2) La política exterior y de seguridad común del antiguo “segundo pilar” queda regulada en el Título V del Tratado de la Unión Europea (cfr. art. 40 TUE-Lisboa; art. 2.4 TFUE). Según este Título, la política exterior y de seguridad común se regirá por reglas y procedimientos específicos (art. 24. 1 (2) TUE-Lisboa), que “no afectarán a las bases jurídicas, responsabilidades y competencias existentes de cada Estado miembro en relación con la formulación y conducción de su política exterior [...]” (Declaración núm. 14 referente a la Política Exterior y de Seguridad Común). Las decisiones del Consejo Europeo y del Consejo se adoptarán por unanimidad (art. 31.1 TUE-Lisboa). Sin embargo, por vía de la cláusula pasarela especial contenida en el art. 31.3 TUE-Lisboa, el Consejo Europeo podrá adoptar por unanimidad una decisión que establezca que el Consejo se pronuncie por mayoría cualificada en casos distintos de los previstos en el art. 31.2 TUE-Lisboa. Quedan excluidas las decisiones que tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa (art. 31.4 TUE-Lisboa). También queda excluida la adopción de actos legislativos (art. 24.1 (2), frase 2, art. 31.1, (1), frase 2 TUE-Lisboa). El Parlamento Europeo será consultado e informado sobre los aspectos fundamentales y de la evolución de dichas políticas, y sus opiniones deben ser tomadas en cuenta (art. 36 TUE-Lisboa).

61

La política de seguridad y defensa, ya prevista en el artículo 17 TUE, es formulada más detalladamente en el Tratado de Lisboa y forma parte integrante de la política exterior y de seguridad (artículos 42 a 46 TUE-Lisboa). El Consejo queda facultado para adoptar decisiones sobre misiones “en las que la Unión podrá recurrir a medios civiles y militares” (art. 43.2 TUE-Lisboa). Adicionalmente se introduce una obligación colectiva de ayuda y asistencia. Si un Estado miembro es objeto de una agresión armada en su territorio, “los demás Estados miembros le deberán ayudar y asistir con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas” (art. 42. 7, (1), frase 1 TUE-Lisboa). Ello sin perjuicio del carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros (art. 42.7, (1), frase 2 TUE-Lisboa). La cooperación estructurada permanente, regulada por primera vez por el Tratado de Lisboa, ha de contribuir a la flexibilización de la política común de seguridad y defensa (art. 42.6, art. 46 TUE-Lisboa; Protocolo núm. 10 sobre la cooperación estructurada permanente).

62

(3) El ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, el único que tras los Tratados de Ámsterdam y de Niza había permanecido en el antiguamente denominado “tercer pilar”, se transfiere mediante el Tratado de Lisboa al ámbito de aplicación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, titulado “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, comprende ahora íntegramente el ámbito de Justicia e Interior, que después del Tratado de Maastricht aún estaba sujeto totalmente a la cooperación intergubernamental. 63

(a) El Tratado de Lisboa amplía las competencias en los diversos campos políticos regulados en el Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 64

(aa) En el marco de la cooperación judicial en materia penal, el Tratado de Lisboa autoriza a la Unión Europea a establecer, mediante directivas, “normas mínimas” en materia de Derecho procesal penal “en la medida en que ello sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza” (art. 82.2, (1) TFUE). Estas normas podrán referirse a la admisibilidad “mutua” de pruebas entre los Estados miembros, los derechos “de las personas” durante el procedimiento penal, los derechos de las víctimas de los delitos así como a otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión adoptada por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo (art. 82.2 (2) TFUE). 65

Adicionalmente, el Tratado de Lisboa extiende el contenido de las actuales competencias de la Unión Europea para la armonización de la legislación en el ámbito del Derecho penal (cfr. art. 31.1, letra e TUE). La Unión Europea queda facultada para establecer, mediante directivas, “normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad” y que “tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes” (art. 83.1, (1) TFUE). La enumeración de los ámbitos de criminalidad, que comprende desde el terrorismo, la trata de seres humanos, la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el blanqueo de capitales, la falsificación de medios de pago y la delincuencia informática hasta la delincuencia organizada, no es exhaustiva. Podrá ser ampliada “teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia” mediante decisión del Consejo adoptada por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo (art. 83.1 (3) TFUE). Además de esta competencia para la armonización de la legislación en el Derecho penal, el Tratado de Lisboa introduce una competencia accesoria en materia penal de la Unión Europea para todas aquellas materias que “hayan sido objeto de medidas de armonización”, cuando la “aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión” en esos ámbitos (art. 83.2, frase 1 TFUE). 66

Finalmente, el Tratado de Lisboa permite ampliar las facultades de Eurojust, una agencia de la Unión Europea con personalidad jurídica propia creada para coordinar las autoridades competentes (Fiscalías nacionales) en casos de criminalidad grave con dimensiones transfronterizas (cfr. decisión del Consejo del 28 de febrero de 2002 sobre la creación de Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, DO, núm. L 63/1). De conformidad con el procedimiento legislativo ordinario, a Eurojust se le puede transferir especialmente la tarea de iniciar y coordinar diligencias de investigación penal (art. 85.1 (2), letra a TFUE), quedando los actos formales de carácter procesal reservados a las autoridades penales nacionales competentes (art. 85.2 TFUE). A partir de Eurojust, mediante decisión del Consejo adoptada por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo, se podrá crear adicionalmente una Fiscalía Europea para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión (art. 86.1, (1) TFUE). En este caso, la Fiscalía sería competente para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio, así como ejercer la acción penal relativa a dichas infracciones ante los órganos jurisdiccionales nacionales (art. 86.2 TFUE).

67

(bb) En el marco de la cooperación policial se podrá transferir a la autoridad policial europea Europol, mediante un procedimiento legislativo ordinario, no sólo la tarea de recoger, almacenar, tratar, analizar e intercambiar informaciones (cfr. art. 3.1 del Acuerdo de 26 de julio de 1995 sobre la creación de una Oficina Europea de Policía, DO, núm. C 316/2), sino también la atribución de coordinar, organizar y realizar investigaciones y actividades operativas, llevadas a cabo conjuntamente con las autoridades competentes de los Estados miembros o en el marco de equipos conjuntos de investigación (art. 88.2 TFUE). Sin embargo, cualquier actividad operativa de Europol sólo podrá llevarse a cabo en contacto y de acuerdo con las autoridades de los Estados miembros cuyo territorio resulte afectado (art. 88.3, frase 1 TFUE). La aplicación de medidas coercitivas corresponderá exclusivamente a las autoridades nacionales competentes (art. 88.3, frase 2 TFUE).

68

(b) Para el ejercicio de las competencias rigen disposiciones procesales especiales. En ciertas políticas, el Consejo deberá pronunciar su decisión por unanimidad (cfr. art. 77.3, art. 81.3, (1), art. 86.1, (1), art. 87.3, (1), art. 89 TFUE).

69

(aa) En el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta del Parlamento Europeo, podrá adoptar por unanimidad una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario (art. 81.3 (2) TFUE). Tal propuesta se comunicará a los Parlamentos nacionales, a la que podrán oponerse dentro de los seis meses posteriores a la comunicación (art. 81.3, (3) TFUE).

70

(bb) En los ámbitos de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial, los actos se adoptarán, a propuesta de la Comisión, o por iniciativa de la cuarta parte de los Estados miembros (art. 76, letra b TFUE). Además, el ejercicio

71

de ciertas competencias de la Unión Europea está asociado al procedimiento llamado de freno de emergencia (art. 82.3, art. 83.3, art. 86.1, (2) y (3), art. 87.3 (2) y (3) TFUE; cfr. ya art. 23.2, (2) TUE). De acuerdo con este mecanismo, un miembro del Consejo que considere que un proyecto de directiva de armonización en el ámbito de Derecho penal o procesal afecta a “aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal”, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo (art. 82.3, (1), art. 83.3, (1) TFUE). En caso de que se logre un consenso en el seno del Consejo Europeo, se devolverá el proyecto al Consejo en el plazo de cuatro meses a partir de la suspensión del procedimiento legislativo. Si no se alcanza un consenso, se aplicarán condiciones flexibilizadas para una cooperación reforzada. Cuando al menos nueve Estados miembros quieran establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, la autorización para iniciarla se considerará concedida (art. 82.3 (2), art. 83.3, (2) TFUE), previa notificación al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión (art. 20.2 TUE-Lisboa; art. 329 TFUE). Un “procedimiento de freno de emergencia” ligeramente modificado rige para la creación de la Fiscalía Europea y para la adopción de medidas relativas a la cooperación operativa entre autoridades nacionales de policía, aduanas y otras autoridades con funciones coercitivas. De acuerdo con este procedimiento, un grupo de al menos nueve Estados miembros podrá solicitar que el proyecto de un acto legislativo sea remitido al Consejo Europeo, en la medida en que haya sido imposible alcanzar unanimidad en el Consejo sobre este proyecto (art. 86.1 (2), frase 2, art. 87.3 (2), frase 1 TFUE).

i) La Declaración núm. 17 relativa a la primacía, aneja al Acta final del Tratado de Lisboa, dice: 72

La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia. 73

Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260): 74

“Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007 75

Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa contra ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/64)<sup>1</sup> el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia. 76

1 "(...) se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad."	77
4. El Bundestag alemán aprobó el 24 de abril de 2008, con 515 de los 574 votos emitidos, la Ley por la que se aprueba la ratificación del Tratado de Lisboa (Protocolo de la sesión plenaria del Bundestag 16/157, p. 16483 A). El 23 de mayo de 2008, el Bundesrat aprobó dicha Ley con una mayoría de dos tercios (Protocolo de la sesión plenaria del Bundesrat 844, p. 136). El Presidente de la República Federal de Alemania promulgó el 8 de octubre de 2008 la Ley por la que se aprueba la ratificación. Fue publicada en el Boletín Oficial Federal, Parte II del 14 de octubre de 2008 (p. 1038 ss.) y entró en vigor al día siguiente (art. 2.1 de la Ley de aprobación).	78
5. Además, el Bundestag alemán aprobó el 24 de abril de 2008 las leyes de acompañamiento, la Ley por la que se reforma la Ley Fundamental (artículos 23, 45 y 93) (Ley de reforma – Protocolo de la sesión plenaria del Bundestag 16/157, p. 16477 A), así como Ley sobre la ampliación y el fortalecimiento de los derechos del Bundestag y el Bundesrat en asuntos de la Unión Europea (Ley de ampliación – Protocolo de la sesión plenaria del Bundestag 16/157, p. 16482 D). El Bundesrat aprobó ambas leyes el 23 de mayo de 2008 (Protocolo de la sesión plenaria del Bundesrat 844, p. 136 D).	79
a) La Ley por la que se reforma la Ley Fundamental (artículos 23, 45 y 93) de 8 de octubre de 2008 fue publicada en el Boletín Oficial Federal Parte I el 16 de octubre de 2008 (p. 1926) y entra en vigor el día de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa para la República Federal de Alemania, conforme al art. 6.2 de ese Tratado (art. 2 de la Ley de reforma).	80
El art. 23.1a LF en su nueva versión, conforme al art. 1, núm. 1 de la Ley de reforma, dispone lo siguiente:	81
El Bundestag y el Bundesrat tienen el derecho de interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por violación del principio de subsidiariedad por parte de un acto legislativo de la Unión Europea. El Bundestag está obligado a ello cuando una cuarta parte de sus miembros así lo solicite. Mediante ley, que requiere la aprobación del Bundesrat, pueden admitirse excepciones al art. 42.2, frase 1, y al art. 52.3, frase 1, en lo que concierne al ejercicio de los derechos reconocidos al Bundestag y al Bundesrat en los Tratados constitutivos de la Unión Europea.	82
El art. 45 LF se complementa con la siguiente frase (art. 1, núm. 2 de la Ley de reforma):	83
También podrá autorizarla para ejercer los derechos que le han sido reconocidos al Bundestag en los Tratados constitutivos de la Unión Europea.	84

En el art. 93.1 núm. 2 LF, las palabras “un tercio” se reemplazan por las palabras “un cuarto” (art. 1, núm. 3 de la Ley de reforma). 85

b) La Ley sobre la ampliación y el fortalecimiento de los derechos del Bundestag y el Bundesrat en asuntos de la Unión Europea (Impreso del Bundestag 16/8489) aún no ha sido promulgada ni publicada, porque su contenido presupone la modificación de los artículos 23 y 45 LF y debe esperarse, por consiguiente, la entrada en vigor de la Ley por la que se reforma la Ley Fundamental (cfr. BVerfGE 34, 9 <22 ss.>; 42, 263 <283 ss.>). Entrará en vigor al día siguiente de la publicación, pero no antes del día después a la entrada en vigor de la Ley por la que se reforma la Ley Fundamental (art. 3 de la Ley de ampliación). 86

El art. 1 de la Ley de ampliación contiene la Ley sobre el Ejercicio de los Derechos del Bundestag y del Bundesrat en virtud del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Esta ley debe crear las condiciones internas para el ejercicio de los derechos de participación reconocidos por el Tratado de Lisboa al Bundestag y al Bundesrat, en la medida en que éste puede considerarse como una cámara del Parlamento nacional en el sentido del Tratado (Impreso del Bundestag 16/8489, p. 7). Estos derechos comprenden el derecho de hacer un dictamen motivado de conformidad con el art. 6.1 del Protocolo sobre la aplicación del principio de subsidiariedad (“objeción respecto de la subsidiariedad”) (art. 1 § 2 de la Ley de ampliación), al derecho a interponer, a través del Gobierno federal, recursos por violación del principio de subsidiariedad de un acto legislativo de la Unión Europea según el art. 8 del Protocolo sobre la aplicación del principio de subsidiariedad (“recurso de subsidiariedad”) (art. 1 § 3 de la Ley de ampliación), así como al derecho de oponerse al proyecto de un acto legislativo de la Unión Europea de conformidad con el art. 48.7, (3) TUE-Lisboa y el art. 81.3, (3) TFUE (art. 1 § 4 de la Ley de ampliación). 87

El art. 1 § 2 de la Ley de ampliación en su apartado 1 establece, esencialmente, que el Gobierno federal transmitirá al Bundestag y al Bundesrat una información detallada sobre los proyectos de actos legislativos de la Unión Europea “tan pronto como sea posible”, pero no más tarde de dos semanas después de haberse iniciado el plazo de ocho semanas. El apartado 2 autoriza al Bundestag y al Bundesrat a regular, de acuerdo a sus reglamentos internos, la toma de decisiones en la “objeción respecto de la subsidiariedad”. El apartado 3 establece que el Presidente del Bundestag o del Bundesrat comunique tal decisión a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión e informe de ello al Gobierno federal. 88

El art. 1 § 3 de la Ley de ampliación regula el procedimiento del recurso de subsidiariedad. En particular, según el apartado 2 en concordancia con el art. 44.1, frase 1, y el art. 93.1, núm. 2 LF (versión reformada), el Bundestag está obligado a interponer el recurso cuando una cuarta parte de sus miembros así lo solicite; conforme al apartado 3, el Bundesrat puede regular en su Reglamento interno, cómo debe conducir el procedimiento para interponer el recurso de subsidiariedad. De con- 89

formidad con el apartado 4, el Gobierno federal transmitirá al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “sin dilación”, el recurso en nombre del órgano que haya decidido interponerlo.

El art. 1 § 4 de la Ley de ampliación regula en su apartado 3 la colaboración entre el Bundestag y el Bundesrat en el ejercicio del derecho de oposición previsto en el art. 48.7, (3) TUE-Lisboa, respetando el reparto interno de funciones: 90

1. Cuando una iniciativa se refiere esencialmente a las competencias legislativas exclusivas de la Federación, la iniciativa es rechazada si el Bundestag lo decide por mayoría de votos emitidos. 91

2. Cuando una iniciativa se refiere esencialmente a las competencias legislativas exclusivas de los Länder, la iniciativa se rechaza si el Bundesrat lo decide por mayoría de sus votos. 92

3. En todos los demás casos, el Bundestag o el Bundesrat pueden decidir el rechazo de la iniciativa dentro de los cuatro meses siguientes a la transmisión de la iniciativa por parte del Consejo Europeo. En estos casos, la iniciativa es rechazada sólo si tal decisión es desestimada por el otro órgano, a más tardar dos semanas antes del vencimiento del plazo de seis meses, conforme al art. 48.7, (3), frase 2, del Tratado de la Unión Europea. Por consiguiente, una iniciativa tampoco será rechazada cuando un órgano desestime la decisión del otro órgano dentro de ese plazo, en la medida en que se interprete que no se trata de un caso de los previstos en el número 1 o el número 2. Si el Bundestag ha adoptado la decisión sobre el rechazo de la iniciativa por una mayoría de dos tercios, el rechazo por parte del Bundesrat requiere una mayoría de dos tercios de sus votos. Si el Bundesrat ha adoptado la decisión sobre el rechazo de la iniciativa con una mayoría de al menos dos tercios de sus votos, el rechazo por parte del Bundestag requiere una mayoría de dos tercios, o por lo menos la mayoría de los miembros del Bundestag. 93

De conformidad con el apartado 6 se aplica de manera análoga el apartado 3, frase 1, núm. 3 al ejercicio del derecho de oposición conforme al art. 81.3, (3) TFUE. El apartado 4 dispone que los Presidentes del Bundestag y del Bundesrat transmitan conjuntamente a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión la decisión adoptada según las modalidades previstas en el apartado 3 y que informe de ello al Gobierno federal. 94

El art. 1 § 5 de la Ley de ampliación posibilita al Pleno del Bundestag autorizar a la Comisión para los Asuntos de la Unión Europea, instituida por él de conformidad con el art. 45 LF, a ejercer los derechos correspondientes al Bundestag según el art. 1 de la Ley de ampliación. Respecto a las exigencias previstas en el proceso de toma de decisiones no pueden ser delegables, sin embargo, el derecho de interponer el recurso de subsidiariedad por medio del Gobierno federal (art. 1 § 3.2 de la Ley de ampliación) ni el derecho de oposición (art. 1 § 4.3 de la Ley de ampliación) (Impreso del Bundestag 16/8489, p. 8). El art. 1 § 6 de la Ley de ampliación establece que los 95

detalles del deber de información conforme a esta Ley serán regulados en el acuerdo entre el Bundestag y el Bundesrat según el § 6 de la Ley sobre la Cooperación entre el Gobierno federal y el Bundestag alemán en asuntos de la Unión Europea de 28 de septiembre de 2006 (Boletín Oficial Federal I p. 2177) y en el Acuerdo entre el Gobierno federal y los Länder según el § 9 de la Ley sobre la Cooperación entre el Gobierno federal y los Länder en asuntos de la Unión Europea.

El art. 2 de la Ley de ampliación contiene modificaciones de otras leyes, particularmente de las dos últimas leyes mencionadas. 96

6. El Tratado de Lisboa debe ser ratificado por los Estados miembros de la Unión Europea de conformidad con sus respectivas disposiciones constitucionales (art. 6.1, frase 1, del Tratado de Lisboa). Los instrumentos de ratificación se han de depositar ante el Gobierno de la República italiana (art. 6.1, frase 2, del Tratado de Lisboa). 97

Después de que los recurrentes en amparo citados en III, IV, y V, y los demandantes hubieran solicitado la adopción de una medida cautelar para impedir una vinculación internacional de la República Federal de Alemania al Tratado de Lisboa mediante el depósito del instrumento de ratificación, el Presidente federal, por medio del Jefe de la Oficina de la Presidencia Federal, declaró que no firmaría el instrumento de ratificación hasta tanto el Tribunal Constitucional Federal no hubiera adoptado una decisión definitiva sobre el fondo de la causa principal. 98

## II.

1. Los recurrentes en los procedimientos de recurso de amparo impugnan la Ley por la que se aprueba la ratificación del Tratado de Lisboa (Ley de aprobación). Los recursos de amparo de los recurrentes citados en III y VI conciernen además a la Ley por la que se reforma la Ley Fundamental (artículos 23, 45 y 93), así como a la Ley sobre la ampliación y el fortalecimiento de los derechos del Bundestag y el Bundesrat en asuntos de la Unión Europea. 99

a) Los recurrentes en amparo de modo coincidente sostienen que han sido lesionados sus derechos en virtud del art. 38 LF. En tanto que electores alemanes, el art. 38 LF les confiere el derecho subjetivo de participar en la elección del Bundestag alemán, de contribuir a la legitimación del poder estatal a nivel federal y de influir en el ejercicio de ese poder. Con la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea contemplada en la Ley de aprobación del Tratado, habrían sido afectados en ese derecho, porque se les habría sustraído su influencia en la legitimidad y el ejercicio del poder estatal. Esta transferencia excedería los límites de la autorización para la integración impuestos por el art. 23.1, frase 3, en concordancia con el art. 79.3 LF y sería, por tanto, injustificada. Se lesionaría el principio democrático en cuanto que es un principio intangible según el art. 79.3 LF, en concordancia con el art. 20, apartados 1 y 2 LF, y ello desde un doble punto de vista: por una parte, a través del vaciamiento de las competencias del Bundestag alemán y, por la otra, a través de una insuficiente legitimación democrática de la Unión Europea. 100

aa) El recurrente citado en III alega la violación del principio democrático bajo ambos aspectos. En cuanto al vaciamiento de las competencias del Bundestag alemán, sostiene que la Unión Europea ya no sería más una comunidad económica sectorial. Por el contrario, la Unión ha asumido funciones en todos los ámbitos políticos relevantes de la vida y podría por sí misma llenar las lagunas de competencias subsistentes. Con respecto a la legitimación democrática de la Unión Europea, expone el recurrente que el déficit democrático en Europa no se reduce, sino que se agrava por el Tratado de Lisboa. El Consejo ya no podría proporcionar suficiente legitimidad democrática derivada de los pueblos de los Estados miembros. La cadena de legitimidad que vincula permanentemente con los Parlamentos nacionales se rompería, en particular por la aplicación del principio de decisiones por mayoría, instituido como la regla general. Tampoco se justificaría ya la aplicación del principio de unanimidad. Una vez adoptados, los actos jurídicos no podrían ser derogados mientras un único Estado desee mantenerlo. A pesar del fortalecimiento del Parlamento Europeo, no estaría legitimado democráticamente mientras no haya sido elegido sobre la base de la igualdad democrática.

101

Además, a juicio del recurrente citado en III, numerosas disposiciones particulares del Tratado de Lisboa infringen el principio de democracia. Entre estas disposiciones, el recurrente enumera en primer lugar el art. 14.2 TUE-Lisboa, que situaría al pueblo de la Unión como conjunto de ciudadanos y ciudadanas de la Unión en igualdad de derechos junto a los pueblos de los Estados miembros como fuente de legitimación de la Unión Europea, y con ello constituye un nuevo sujeto de legitimación democrática; en segundo lugar, disposiciones tales como el art. 48.6 TUE-Lisboa y el art. 311 TFUE, que harían posibles las modificaciones de los Tratados sin la aprobación del Bundestag alemán; en tercer lugar, regulaciones tales como el art. 48.7 TUE-Lisboa, que permitiría la transición de las decisiones adoptadas por unanimidad, previstas en el Tratado, a las decisiones adoptadas por mayoría en el Consejo, sin que el Bundestag alemán contribuya suficientemente a esa transición de la unanimidad a la mayoría; y en cuarto lugar, la cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE, que ahora devendría en cuasi universalmente aplicable.

102

bb) El recurrente en amparo citado en IV sostiene que con la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea por el Tratado de Lisboa se traspasaría “el umbral hacia la insignificancia de las competencias legislativas alemanas originarias”. Se llegaría a una “liquidación de las competencias estatales absolutamente propias”. La política exterior y de seguridad común se supranacionalizaría, puesto que las medidas tomadas en este campo serían atribuidas a la Unión Europea, dotada de personalidad jurídica, que a nivel internacional ya no sería representada por los ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros sino por el Alto Representante de la Unión para Política Exterior y de Seguridad. La política común de seguridad y defensa toma deliberadamente el camino de una “defensa europea bajo bandera europea”. Los Estados miembros se verían obligados al rearme. La cooperación policial y judicial en materia penal también se supranacionalizaría. Finalmen-

103

te, la cláusula de flexibilidad permitiría una reforma del Tratado sin un procedimiento formal de reforma.

El recurrente en amparo citado en IV alega asimismo la carencia de legitimación democrática de la Unión Europea. Ciertamente, el Tratado de Lisboa revaloriza notablemente las competencias del Parlamento Europeo. Pero esto sólo podría legitimar el ejercicio del poder soberano por parte de la Unión Europea, si estuviese garantizada la igualdad del voto. Sin embargo, los Estados miembros menos poblados continuarían teniendo, como hasta ahora, un número desproporcionado de votos en comparación con los Estados miembros mas poblados.

104

cc) Los recurrentes citados en V reclaman solamente la carencia de legitimación democrática de la Unión Europea. Opinan que la ampliación de las competencias no iría acompañada de una ampliación o una profundización de la legitimidad democrática de la Unión Europea. El nivel requerido de legitimación democrática no depende de la cualidad de Estado de la Unión Europea, sino que se determina según el alcance de las competencias de la Unión Europea y la relevancia de las decisiones europeas relativas a los derechos fundamentales. Los recurrentes citados en V argumentan que el ejercicio de los derechos de soberanía por parte de la Unión Europea no estaría suficientemente legitimado por los Parlamentos nacionales. Las competencias concretas transferidas por el Tratado de Lisboa no estarían suficientemente determinadas; la objeción respecto de la subsidiariedad sólo permitiría a los Parlamentos nacionales cuestionar los proyectos de un acto legislativo a nivel europeo, más no les posibilitaría hacerlos fracasar. Del mismo modo, el ámbito de aplicación de los Tratados podría ampliarse sin la participación de los Parlamentos nacionales.

105

Además, el ejercicio de los derechos de soberanía de la Unión Europea no estaría suficientemente legitimado por las instituciones europeas. El Consejo sólo podría proporcionar, a priori, una legitimación limitada. El principio democrático exigiría que las decisiones esenciales fueran adoptadas por el Parlamento. La correlación entre los órganos del Estado y el pueblo, decisiva en el Estado democrático, no se agotaría sólo en el recurrente y periódico acto de elección del Parlamento. La formación de la voluntad del Estado se puede describir más bien como un proceso en el que confluyen las distintas opiniones, concepciones del mundo e intereses del pueblo. El Consejo, como representante de intereses nacionales, sólo podría cumplir esa función de forma insuficiente. En primer lugar, no sería un órgano de representación, es decir, que la formación de la voluntad del pueblo estaría tan fuertemente filtrada y reducida en cuanto al número de personas, que la función deliberativa que corresponde a todo Parlamento sólo podría ser ejercida de forma limitada por el Consejo. En segundo lugar, la oposición nacional no estaría representada en el Consejo. El Parlamento Europeo tampoco legitima suficientemente el ejercicio de los derechos de soberanía de la Unión Europea, ya que, por una parte, en la elección del Parlamento Europeo no rige el principio de igualdad de votos y, por otra, el Parlamento Europeo ni legitimaría a la Comisión en suficiente medida, ni el nivel de legitimación

106

de las decisiones europeas se correspondería con el nivel de legislación democrática exigido por el principio de democracia y aceptado por los Estados democráticos desarrollados. El procedimiento de codecisión, rebautizado como “procedimiento legislativo ordinario”, sólo aparentemente se convertiría en el procedimiento habitual, porque en los distintos ámbitos políticos de la Unión se encontrarían numerosas disposiciones especiales que establecerían normas procedimentales distintas. Sin la aprobación del Parlamento Europeo podrían ser adoptadas decisiones esenciales que podrían incidir en los derechos fundamentales, como, por ejemplo, en los ámbitos de aplicación de los art. 87.3, art. 89, art. 113 TFUE.

Por último, el Tratado de Lisboa violaría el principio democrático de la alternancia de las mayorías. La concurrencia por el poder político forma parte del proceso democrático, es decir, el juego de la alternancia entre la minoría y la mayoría. Esta concurrencia, sin embargo, no tendría lugar a nivel europeo. Las instituciones europeas no se organizarían en torno a la centralidad del conflicto político. La falta de reconocimiento de las líneas de conflicto político conduciría a la apatía política, que se manifiesta en la abstención en las elecciones al Parlamento Europeo. 107

dd) Los recurrentes citados en VI también argumentan que las bases democráticas de la Unión Europea no habrían seguido el ritmo del proceso de integración. Los recurrentes exhortan al Tribunal Constitucional Federal a verificar, a la luz de los derechos de soberanía ya transferidos y de aquéllos aún por transferir, si se habrían cumplido las expectativas sobre el desarrollo democrático del Estado de Derecho de la Unión Europea, como habían sido formuladas en su sentencia sobre el Tratado de Maastricht, (cfr. BVerfGE 89, 155 ss.). Los recurrentes citados en VI afirman que la respuesta sería negativa. La práctica legislativa y de toma de decisiones de la Comisión se habría ido desarrollando hacia un “régimen de autohabilitación”. El pacto de estabilidad se estaría despojando de su sustancia, a causa de las excepciones concedidas en el pasado. Por lo tanto, sería imposible continuar hablando de un consentimiento de Alemania a la Unión Monetaria Europea. 108

Adicionalmente, el Tratado de Lisboa convertiría la votación por mayoría cualificada en el Consejo como regla general y de esta manera vaciarían las competencias del Bundestag alemán. En razón de la sobrecarga estructural de los Parlamentos nacionales, los procedimientos previstos en el Protocolo de subsidiariedad para asegurar el respeto y la aplicación de este principio, no serían idóneos para hacer valer efectivamente los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad. Los procedimientos existentes conducirían, además, a que se considerara a los Estados miembros más pequeños en la misma medida que Alemania, en lo que concierne al número de dictámenes motivados de los Parlamentos nacionales que obligan a llevar a cabo una revisión de un proyecto de acto legislativo (art. 7 del Protocolo de Subsidiariedad). El derecho de oposición de los Parlamentos nacionales en el marco del procedimiento pasarela no garantizarían la aprobación democrática, y la ampliación del ámbito de aplicación material de la cláusula de flexibilidad conduciría a una “competencia ilimitada para ampliar la competencia”. 109

Según el recurrente citado en VI es irrelevante, sin embargo, examinar si la distribución de los diputados en el Parlamento Europeo es compatible con el principio de la representatividad democrática. Decisivo sería, más bien, que el Parlamento Europeo no tuviera la posibilidad de oponerse al monopolio de la iniciativa de la Comisión, sino que tuviera la facultad de obligar a la Comisión a abstenerse de ciertas iniciativas legislativas. Además, la competencia de la Comisión en materia de legislación terciaria relativizaría el derecho de codecisión del Parlamento Europeo en el marco de la actividad legislativa (cfr. art. 290 y s. TFUE). 110

b) Los recurrentes citados en III y IV interpretan, además, que la Ley por la que se ratifica el Tratado de Lisboa (Ley de aprobación) conduce a la pérdida de la estatalidad de la República Federal de Alemania. Fundamentan igualmente su alegación en el art. 38 LF. 111

aa) Según la opinión del recurrente citado en III con el Tratado de Lisboa se ha traspasado el límite de lo que aún permitiría el principio de estatalidad soberana en cuanto a la transferencia de derechos de soberanía. La Unión Europea se convertiría en un sujeto del Derecho internacional y podría actuar como un Estado a nivel internacional. La Unión dispondría, por una parte, de un aparato de política exterior que tendría un carácter cuasi estatal hacia el exterior, y por otra, amplias competencias en política exterior. El Derecho de la Unión tendría primacía sin restricciones sobre el Derecho de los Estados miembros, incluso sobre la Ley Fundamental, con la consecuencia de que se eliminaría el control por parte del Tribunal Constitucional Federal. La Unión Europea dispondría de la “competencia sobre la competencia” (*Kompetenz-Kompetenz*) (art. 48, apartados 6 y 7 TUE-Lisboa; art. 311, art. 352 TFUE) y, en atención a sus competencias relativas a la seguridad interior y la persecución penal, la Unión habría penetrado en áreas que constituyen el núcleo de la estatalidad. Ni el principio de atribución de competencias, que ya no tendría una función de constituir un límite efectivo, ni el principio de subsidiariedad, podrían ser opuestos a esta pérdida de soberanía de los Estados miembros. Ello sólo se podría corregir mediante la configuración concreta de competencias taxativas y limitadas o un catálogo negativo de competencias, así como mediante la creación de un órgano de control independiente, como, por ejemplo, un Tribunal de resolución de conflictos de competencias. 112

Además del poder propio de un Estado, la Unión Europea también dispondría de un territorio estatal, a saber, el espacio de libertad, seguridad y justicia, así como de un pueblo estatal. El Parlamento Europeo no estaría compuesto por representantes de los pueblos de los Estados miembros, sino por representantes de los ciudadanos de la Unión. El desarrollo de la Unión Europea hacia un Estado federal excedería las funciones y atribuciones de los órganos constitucionales de la República Federal de Alemania. Sólo una ley constitucional que debería ser adoptada por el pueblo alemán de conformidad con el artículo 146 LF, podría constituir el fundamento requerido para tal grado de integración. 113

- bb) En opinión del recurrente citado en IV la comunidad creada por el Tratado de Lisboa, de hecho, ya no es más una unión de Estados basada en un Tratado Internacional. Más bien se trataría de “una gran federación con personalidad jurídica propia”, que actuaría como un Estado independiente –con órganos legislativos y autoridades propias, además de ciudadanía común. La competencia para la armonización de las legislaciones del Derecho penal y del Derecho procesal penal afectaría el núcleo del poder soberano del Estado, ya que nada representaría más claramente el ejercicio de atribuciones soberanas que el derecho de crear el Derecho penal material y hacerlo cumplir procesalmente. Asimismo, la cuestión de sí y cómo un Estado se defendería, constituye un aspecto determinante de la cualidad estatal de un Estado. 114
- c) Los recurrentes citados en IV, V y VI, con fundamento en el art. 38 LF, alegan adicionalmente que la Ley de aprobación viola otros principios estructurales del Estado. 115
- aa) El recurrente citado en IV alega la violación del principio del Estado de Derecho en tanto éste sería declarado intangible por el art. 79.3 LF en concordancia con el art. 20.3 LF. Dado el alcance de las amplias competencias de la Unión Europea, el control del respeto a los derechos fundamentales a nivel europeo sería insuficiente. El Tratado de Lisboa no habría establecido, en particular, un recurso en casos de violación de derechos humanos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 116
- bb) En opinión del recurrente citado en V, las posibilidades de configuración de una política social y democrática por parte del Bundestag alemán se han visto limitadas por el Tratado de Lisboa debido a que éste habría establecido una Unión Europea con una “economía de mercado abierta” y orientada a la libre competencia. Ciertamente, la Ley Fundamental no contendría una disposición acerca de un orden económico específico. El principio del Estado social obligaría al legislador, sin embargo, a procurar una compensación de las desigualdades sociales, aun cuando para ello habría dejado un amplio margen de actuación. A través de la supuesta promoción de la competencia por la legislación y la jurisprudencia europea, el principio de Estado social podría quedar erosionado contrariando al art. 23.1 frase 3 en concordancia con el art. 79.3 LF. Así, la Unión Europea tendría, según el Tratado de Lisboa, amplias competencias en todas las cuestiones de política económica, pero no en el ámbito del Derecho tributario y de la seguridad social. El derecho de huelga sólo regiría, en la medida en que su ejercicio no cause una restricción desproporcionada de las libertades fundamentales, de acuerdo a las más recientes sentencias del Tribunal de Justicia (cfr. TJCE, sentencia de 11 de diciembre de 2007, Exp. C-438/05, Viking, repertorio 2007, p. I-10779 núm. marginal 90; TJCE, sentencia de 18 de diciembre de 2007, Exp. C-341/05, Laval, repertorio 2007, p. I-11767, núm. marginal 111). 117
- cc) Los recurrentes citados en VI se quejan de una violación del principio de la separación de poderes. En la medida en que aumentarían cuantitativamente los derechos soberanos transferidos a la Unión Europea, también deberían incrementarse 118

las exigencias cualitativas a la organización jurídica interna de la Unión Europea en términos de la separación de poderes. Con la excepción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al que se le asignaría inequívocamente una función jurisdiccional, en los otros órganos de la Unión se mezclarían las funciones ejecutivas y legislativas. El Parlamento Europeo, a diferencia de la Comisión, no dispondría de un derecho de iniciativa sino únicamente de los derechos de codecisión en materia legislativa.

d) Los recurrentes citados en III y V plantean objeciones adicionales contra la Ley de aprobación, que no se basan en el art. 38 LF, sino en otras disposiciones de la Ley Fundamental. 119

aa) El recurrente citado en III en su recurso de 23 de mayo de 2008, alega la violación de los art. 20.4 y 2.1 LF. En su alegato de 21 de octubre de 2008, el recurrente retira parcialmente esa alegación –en la medida en que se había invocado el art. 2.1 LF aludiendo a la violación de principios constitucionales objetivos– y hace valer adicionalmente la violación del art. 1.1, art. 2, apartados 1 y 2, art. 3, art. 4, apartados 1 y 2, art. 5, apartados 1 y 3, artículos 8 a 14, art. 16, art. 19.4, art. 101, art. 103 y art. 104 LF. 120

(1) Del art. 20.4 LF se originaría un derecho que precede al derecho de resistencia, que se dirigiría contra toda acción destinada a eliminar total o parcialmente los fundamentos constitucionales declarados intangibles por el art. 79.3 LF. Un recurso de amparo basado en este derecho no sería subsidiario frente a otros recursos de amparo fundado en otros derechos fundamentales. Ciertamente, se estarían violando el art. 38 y el art. 20.4 LF si se viesan sobrepasados los límites de la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea, que se derivan del principio de democracia y del principio de estatalidad soberana. Sin embargo, la violación de los otros principios constitucionales protegidos por el art. 79.3 LF, en particular, el principio de separación de poderes, conduciría solamente a la violación del art. 20.4 LF. La Ley de aprobación permanecería en un nivel inferior al mínimo necesario de separación de poderes exigido según el art. 79.3 en concordancia con el art. 20.2 LF, cuestión que debería ser tomada en cuenta en el ámbito de aplicación del art. 23 LF. El Gobierno federal dominaría al Bundestag alemán a nivel europeo en la función legislativa. En tanto que miembro del Consejo, el Gobierno federal podría adoptar normas jurídicas de rango superior, que desplazarían la legislación emanada del Bundestag alemán. Con ese “juego sobre la banda”, el Gobierno federal podría eludir al Parlamento y aplicar disposiciones aprobadas a nivel europeo, para las que no lograría la mayoría necesaria en el Bundestag. 121

El recurrente citado en III es de la opinión que “otro recurso”, en el sentido del art. 20.4 LF, tendría que ser procurado por el Tribunal Constitucional Federal por la vía del recurso de amparo. No obstante, el art. 20.4 LF también podría ser interpretado como la garantía de un recurso extraordinario en el sentido del “otro recurso”, que sería procurado en analogía al procedimiento de recurso de amparo. 122

(2) El recurrente citado en III fundamenta la violación del art. 1.1, art. 2, apartados 123

1 y 2, art. 3, art. 4, apartados 1 y 2, art. 5, apartados 1 y 3, artículos 8 a 14, art. 16, art. 19.4, art. 101, art. 103 y art. 104 LF invocando el carácter jurídicamente vinculante conferido a la Carta de los Derechos Fundamentales por el Tratado de Lisboa. Este carácter vinculante conduciría no sólo a que, en el marco de la Unión Europea, la dignidad humana estaría sujeta a la ponderación con otros bienes jurídicos (derechos), en particular con las libertades económicas fundamentales. Además, la Carta de los Derechos Fundamentales dispensaría en gran medida a los órganos del Estado alemán de la obligación de observancia de los derechos fundamentales establecidos en la Ley Fundamental, no solamente en aquellos ámbitos en los que ejecuten disposiciones vinculantes del Derecho de la Unión, sino, también, en los ámbitos en los que estos órganos no estarían obligados por el Derecho de la Unión. Por último, la Carta de los Derechos Fundamentales eliminaría la posición de garante que, para la protección de los derechos fundamentales, correspondería al Tribunal Constitucional Federal según la jurisprudencia conocida como Solange II (cfr. BVerfGE 73, 339 ss.).

bb) Los recurrentes citados en V también argumentan una violación del art. 1.1 LF. Según su opinión, teniendo en consideración el principio de la reserva legal general, esto es, que toda limitación del ejercicio de un derecho deberá ser establecida por la ley (art. 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales), faltaría en el Tratado de Lisboa una aclaración según la cual la dignidad humana no debería ponderarse con otros derechos, en particular con las libertades económicas fundamentales. 124

e) Los recurrentes citados en III y VI alegan además, que las leyes de acompañamiento, la Ley de reforma así como la Ley de ampliación, les vulneraría sus derechos derivados del art. 38 LF. El recurrente citado en III invoca adicionalmente la violación del art. 2.1 y del art. 20.4 LF. 125

aa) El recurrente citado en III solicita en su recurso de 23 de mayo de 2008 que se determine, en primer lugar, que la legislación de acompañamiento le lesionaría en su derecho garantizado en el art. 38 LF. En su escrito de 21 de octubre de 2008, el recurrente limita su solicitud a determinadas disposiciones de la legislación de acompañamiento, específicamente, art. 1, números 1 y 2 de la Ley de reforma y art. 1 § 3.2, § 4.3, núm. 3 y § 4.6, así como § 5 de la Ley de ampliación. Los recurrentes citados en VI igualmente limitan su solicitud a las normas mencionadas. 126

bb) Los recurrentes citados en III y VI exponen de manera concordante, que el art. 1, núm. 1 de la Ley de reforma y el art. 1, § 3.2 de la Ley de ampliación violaría el principio democrático de la mayoría, ya que al Bundestag alemán se le obligaría a interponer un recurso de subsidiariedad en contra de la voluntad de la mayoría. El art. 1 § 4.3 núm. 3 y § 4.6 de la Ley de ampliación tampoco sería compatible con el principio democrático, en la medida que estaría declarado como intangible por el art. 79.3 LF en concordancia con el art. 20, apartados 1 y 2 LF. Al Bundestag alemán se le negaría el derecho de oposición conforme al art. 48.7 (3) TUE-Lisboa cuando la iniciativa del Consejo Europeo, en su esencia, se refiriese a la legislación concu- 127

rente o cuando no pudiese determinarse inequívocamente esa esencia. Por último, el art. 1, núm. 2 de la Ley de reforma y el art. 1, § 5 de la Ley de ampliación violarían el principio de representación democrática por el hecho de que los derechos de participación del Bundestag alemán introducidos por el Tratado de Lisboa podrían ser transferidos a la Comisión de asuntos europeos del Bundestag.

El recurrente citado en III expone que la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el Tratado de Maastricht al menos no excluye que del art. 38 de la Ley Fundamental también se derive un derecho subjetivo a la observancia del principio democrático dentro de la República Federal de Alemania. En todo caso, el derecho existiría en la medida en que se afectase de forma indirecta el derecho a participar en la legitimación democrática del poder del Estado, garantizado por el art. 38 LF. Los recurrentes citados en VI argumentan que la legitimación para recurrir contra la legislación de acompañamiento resultaría de su conexión material. Sin la Ley de aprobación del Tratado, la legislación de acompañamiento perdería su razón de ser. La Ley de aprobación y la legislación de acompañamiento deberían ser consideradas, por lo tanto, como una unidad a los fines del procedimiento constitucional. De ello se concluiría, entre otros, que excepcionalmente la legislación de acompañamiento, al igual que la Ley de aprobación, podrían ser recurridas incluso antes de su promulgación y publicación.

128

cc) En su alegato de 23 de mayo de 2008, el recurrente citado en III invoca, por último, una violación del art. 20.4 y del art. 2.1 LF por parte de la legislación de acompañamiento. En su escrito de 21 de octubre de 2008 el recurrente limita su solicitud a determinadas disposiciones de la legislación de acompañamiento, específicamente, art. 1, números 1 y 2, de la Ley de reforma y art. 1 § 3.2, § 4.3, núm. 3 y § 4.6, así como § 5 de la Ley de ampliación, y toma distancia de su alegación original referida a la violación del art. 2.1 LF. Para fundamentar su argumento expone que la incompatibilidad de las mencionadas disposiciones de la legislación de acompañamiento con el principio democrático también se podría hacer valer invocando el art. 20.4 LF.

129

2. Los demandantes en el procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales impugnan la Ley de aprobación del Tratado de Lisboa; y el demandante citado en I, adicionalmente, la legislación de acompañamiento.

130

a) El demandante citado en I, que a su vez es el recurrente citado en III, es diputado del Bundestag alemán. En su escrito de 23 de mayo de 2008 solicita, en primer lugar, que se declare que la Ley de aprobación y la legislación de acompañamiento infringen la Ley Fundamental, particularmente el art. 20, apartados 1 y 2, art. 2.1, art. 38.1, frase 2, en concordancia con el art. 79.3 así como el art. 23.1 LF, y que por tanto son nulas. Como contraparte en el litigio señala al Presidente federal, al Bundestag alemán y a la República Federal de Alemania. En su escrito de 21 de octubre de 2008 reformula la solicitud, pidiendo, en adelante, que se declare que la Ley de aprobación del Tratado de Lisboa, el art. 1, números 1 y 2 de la Ley de reforma y el art. 1, § 3.2, § 4.3 núm. 3 y § 4.6, así como el § 5 de la Ley de ampliación violan el

131

art. 20 apartados 1 y 2, art. 23.1 y el art. 79.3 LF y lesionan al demandante en sus derechos derivados del art. 38.1 LF. El demandante se distancia de la objeción concerniente a la violación del art. 2.1 LF. Como contraparte en el litigio señala al Bundestag alemán y al Gobierno federal.

El demandante citado en I expone que, en su condición de diputado del Bundestag alemán, la Ley de aprobación y la legislación de acompañamiento vulnerarían los derechos derivados de su estatus conforme al art. 38.1 LF. Si el art. 38.1 LF le confiriese a todo ciudadano el derecho subjetivo a participar en la elección del Bundestag alemán y, con ello, contribuir a la legitimación del poder estatal a través del pueblo a nivel federal e influir en su ejercicio, este derecho debería ser válido en primer lugar para los diputados del Bundestag alemán, cuyo estatus estaría igualmente regulado por el art. 38.1 LF. Si las funciones y atribuciones del Bundestag alemán fuesen vaciadas de su contenido sustancial por la transferencia de derechos soberanos a la Unión Europea, ello no afectaría solamente la posibilidad del elector de contribuir a la legitimación democrática del poder del Estado, sino que afectaría incluso en mayor medida la posibilidad del diputado de representar al pueblo en el ejercicio del poder estatal y de proporcionar legitimación democrática a la legislación y al control del Gobierno. De modo alternativo, el demandante citado en I fundamenta la lesión del derecho derivado de su estatus conforme al art. 38.1 LF, en que él, sería responsable como “representante” de un órgano constitucional, que el Bundestag alemán no actuase *ultra vires*. El Bundestag no debería aprobar leyes que excediesen sus atribuciones. En todo caso, no tendría el derecho de adoptar tales decisiones cuando estas leyes contribuyesen a renunciar al Estado constitucional establecido por la Ley Fundamental o a limitarlo sustancialmente en su estatalidad.

132

Debidamente interpretado, el demandante citado en I argumenta además que sus derechos de participación como diputado del Bundestag alemán, en virtud del art. 38.1 LF, habrían sido reducidos en el procedimiento legislativo. Sería imposible afirmar que ha tenido lugar una formación de voluntad sustancial, fundada sobre la fuerza del argumento, que le habría permitido al diputado asumir la responsabilidad por la toma de sus decisiones. El hecho de que un diputado pudiera haber expresado sus reservas de orden constitucional en el debate del Bundestag por medio de una pregunta al orador de conformidad con el § 27.2 del Reglamento interno del Bundestag alemán (GOBT), no podría considerarse suficiente, habida cuenta del estatus de los diputados. Del mismo modo, tampoco podría considerarse suficiente poder dar lectura a una declaración sobre la inconstitucionalidad de la Ley de aprobación.

133

b) El demandante citado en II, un grupo parlamentario del Bundestag alemán, solicita, haciendo valer en su propio nombre los derechos del Bundestag alemán, que el Tribunal declare que la Ley de aprobación lesiona los derechos del Bundestag alemán como órgano legislativo y que, por tanto, es incompatible con la Ley Fundamental. El demandante no menciona contraparte en su solicitud.

134

El demandante citado en II fundamenta su solicitud en que la Ley de aprobación

135

transferiría competencias de decisión democráticas más allá de los límites autorizados por el art. 23.1, frase 3, en concordancia con el art. 79.3 LF. El principio democrático, en cuanto intangible conforme al art. 79.3 LF estaría siendo lesionado en varios aspectos. En este punto, se remite a la argumentación idéntica a la de los recurrentes citados en V (véase *supra* A. II. 1 c) bb). Adicionalmente, el demandante citado en II argumenta que el principio del “ejército del parlamento” (*Grundsatz der Parlamentsarmee*), derivado del principio democrático, estaría siendo vaciado de contenido por el hecho de que el Bundestag alemán perdería sus competencias de decisión sobre el empleo de las fuerzas armadas alemanas en el ámbito de intervenciones europeas en situaciones de crisis. De acuerdo al art. 42.4 TUE-Lisboa, las decisiones relativas al inicio de una misión para la cual los Estados miembros, según el art. 42.3 TUE-Lisboa, deberían poner a disposición sus propias fuerzas armadas, se adoptarían por unanimidad en el Consejo. Sin embargo, faltaría una mención expresa de que la decisión debería ser tomada de conformidad con los preceptos constitucionales de los Estados miembros. Ciertamente, se podría argumentar que la reserva del Parlamento en materia de defensa prevista constitucionalmente no sería derogada por la Ley de aprobación y que los representantes del Gobierno alemán en el Consejo deberían obtener la aprobación del Bundestag alemán antes de dar su consentimiento en el Consejo a la participación de las fuerzas armadas alemanas en una misión. Tal argumento conduciría, sin embargo, a una ruptura del sistema, ya que la representación de la República Federal de Alemania en el Consejo quedaría normalmente en el ámbito de competencias del Gobierno.

### III.

1. El Bundestag alemán (a), el Gobierno federal (b) y el Bundesrat (c) se pronunciaron por escrito sobre los recursos de amparo citados en III y V, adicionalmente, el Gobierno federal y el Bundesrat incluyeron en su dictamen el recurso de amparo citado en IV. El Parlamento regional (Landtag) del Estado federado alemán de Baden-Württemberg (d) limita su dictamen a los recursos de amparo citados en III y IV. 136

a) El Bundestag alemán sostiene la opinión de que los recursos de amparo citados en III y V son inadmisibles (aa) e infundados (bb). 137

aa) La facultad para interponer un recurso de amparo basada en el art. 38 LF contra actos de integración conforme el art. 23.1 LF estaría limitada a casos en los que el principio democrático, en el alcance garantizado por el art. 79.3 LF estaría manifiesta y gravemente lesionado. Los recurrentes citados en III y V no habrían expuesto en forma sustanciada que este sería el caso. El art. 20.4 LF tampoco podría sustentar el recurso de amparo citado en III. Ya que no podría comprobarse un fracaso manifiesto de los órganos del Estado encargados de la protección y defensa de la Constitución, no cabría invocar un derecho de resistencia. Del art. 20.4 LF no podría deducirse un recurso autónomo independiente del recurso de amparo. Además, no habría evidencia de una lesión a los recurrentes citados en III y V basada en el art. 1.1 LF. La dignidad humana estaría garantizada como intangible también a nivel eu- 138

ropeo. Adicionalmente, la Carta de los Derechos Fundamentales no dispensaría de la garantía de los derechos fundamentales conforme a la Ley Fundamental. Por último, el recurrente citado en III no habría probado, de modo suficientemente sustanciado, la posibilidad de una violación de sus derechos por la legislación de acompañamiento.

bb) Los recursos de amparo citados en III y V serían, en todo caso, infundados, ya que el Tratado de Lisboa sería compatible con la Ley Fundamental. En este sentido, el Bundestag alemán es de la opinión de que el alcance del control material de constitucionalidad por vía de los recursos de amparo estaría limitado a las innovaciones introducidas por el Tratado de Lisboa. El proceso de integración como tal no podría ser objeto del procedimiento. Con la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el Tratado de Maastricht habría una *res iudicata* y una decisión sobre el desarrollo derivado de los Tratados de Ámsterdam y de Niza estaría excluida en razón del § 93 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG).

139

(1) La Ley de aprobación del Tratado no violaría el art. 38 LF. En la medida en que el Tratado de Lisboa fundamentaría nuevas competencias de la Unión Europea o trasladaría determinados ámbitos políticos de la cooperación intergubernamental al método comunitario, no se excederían los límites que el art. 79.3 LF impone para la transferencia de derechos soberanos. Los Estados miembros sólo sufrirían una mínima pérdida de competencias y obtendrían, en contrapartida, nuevos márgenes de actuación y posibilidades de configuración política. El hecho de que la votación por mayoría cualificada se convierta en la regla general para adoptar las decisiones en el Consejo no podría cuestionarse. El Tribunal Constitucional Federal habría aceptado, en su sentencia sobre el Tratado de Maastricht, los procedimientos para la adopción de decisiones por mayoría y, con ello, la posibilidad de ser derrotado por mayoría de votos en el Consejo (cfr. BVerfGE 89, 155 ss.). A los Estados miembros les corresponderían todavía competencias sustanciales. Los ámbitos de la seguridad interior y exterior, así como la política de defensa permanecerían totalmente dentro del ámbito de competencias de los Estados miembros, al igual que la política económica, financiera y de empleo.

140

Tampoco estaría lesionado un posible derecho a la legitimación democrática de la Unión Europea derivado del art. 38 LF. La legitimación democrática del Consejo descansaría, por una parte, sobre la base constitucional que regularía los procedimientos de toma de decisiones del Consejo y por la otra, sobre el debate que tiene lugar en el Consejo. El Parlamento Europeo también sería fuente de legitimación democrática. A ello no se opondría la falta de igualdad en el valor del voto en la elección del Parlamento Europeo; esta sería más bien una consecuencia de la particular estructura de la Unión Europea, estructura constituida sobre los Estados miembros y que comprendería formas particulares de representación democrática. El Tratado de Lisboa fortalecería la legitimación democrática no sólo mediante la revalorización del Parlamento Europeo, sino también a través del aumento de la publicidad de las sesiones del Consejo, así como por la introducción del mecanismo de alerta temprana

141

para el control del cumplimiento del principio de subsidiariedad. Además, la posición del Bundestag alemán se mejoraría a través del Tratado de Lisboa.

El Tratado de Lisboa no conferiría a la Unión Europea la *Kompetenz-Kompetenz*. La cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE no podría ser entendida como una competencia ilimitada para la extensión de las competencias. El art. 311 TFUE no iría más allá de la regulación actual sobre la adquisición de recursos propios. Tampoco las normas sobre la revisión simplificada de los Tratados o las regulaciones relativas a la transición hacia las decisiones por mayoría en el Consejo fundamentarían una *Kompetenz-Kompetenz* de la Unión Europea. Por el contrario, las referidas modificaciones de los Tratados ya habrían sido anticipadas por estas disposiciones. El contenido y las modalidades de los procedimientos de toma de decisiones estarían establecidos de modo suficientemente determinado.

142

(2) En opinión del Bundestag alemán tampoco existe una violación del principio de estatalidad soberana. La Ley Fundamental garantizaría la estatalidad de la República Federal de Alemania en forma de una estatalidad abierta, tal como se dispondría, entre otros, en el Preámbulo de la Ley Fundamental así como en los artículos 23 al 25 LF. Debido a ello, la integración europea no sólo estaría permitida, sino deseada por la Ley Fundamental. El Tratado de Lisboa no fundamentaría una estatalidad propia de la Unión Europea. Ni el reconocimiento de personalidad jurídica de la Unión ni la fusión del Derecho comunitario con el Derecho de la Unión, implicarían tal estatalidad propia. Por lo demás, no se estaría abandonando la distinción entre campos de actividades supranacionales e intergubernamentales. La referencia hecha a las ciudadanas y ciudadanos de la Unión en el art. 14.2 TUE-Lisboa pondría de relieve su estatus como sujetos de legitimación de la Unión Europea sin constituir un pueblo europeo. La primacía del Derecho de la Unión a la que hace referencia la Declaración núm. 17 no otorgaría estatalidad alguna a la Unión, sino que solamente resalta el carácter de comunidad de Derecho de la Unión Europea. La Declaración, que no forma parte integrante de los componentes normativos del Tratado, no modificaría la situación jurídica actual ni conduciría a un principio de supraordenación del Derecho de la Unión sobre la Constitución nacional. El derecho a retirarse de la Unión contradeciría la supuesta estatalidad de la Unión Europea; la Unión Europea no tendría competencia para aplicar medidas coercitivas o de ejecución forzosa.

143

(3) Tampoco habría tenido lugar una violación del principio de separación de poderes. El Tratado de Lisboa ni fundamentaría una legislación por vía ejecutiva del Gobierno federal ni establecería nuevas posibilidades para lo que el recurrente califica como "juego sobre la banda". Este tipo de actuaciones podrían justamente impedirse de modo más efectivo a causa de las nuevas disposiciones sobre la publicidad de las sesiones del Consejo y de los derechos de control reforzados de los Parlamentos nacionales conforme al Protocolo de Subsidiariedad.

144

(4) Por último, el recurso de amparo citado en III carecería de sustento en lo que concierne a la impugnación de las leyes de acompañamiento. El hecho de que el

145

Bundestag alemán, conforme al art. 1 núm. 1 de la Ley de reforma y al art. 1, § 3.2 de la Ley de ampliación pudiera ser obligado, a petición de una cuarta parte de sus miembros, a interponer un recurso de subsidiariedad, no lesionaría el principio democrático. Esta regulación sería la expresión de la protección de las minorías, inherente a toda democracia que funcione. La regulación establecida en el art. 1, núm. 1 de la Ley de reforma así como en el art. 1 § 4, apartados 3 y 6, de la Ley de ampliación, referentes al ejercicio del derecho de oposición previsto en el art. 48.7 (3) TUE-Lisboa, se correspondería con el reparto interno de competencias entre el Bundestag y el Bundesrat, así como con el principio del Estado Federal. La posibilidad de transferir competencias de decisión a la Comisión de asuntos europeos conforme al art. 1 núm. 2 de la Ley de reforma y al art. 1 § 5 de la Ley de ampliación, no podría constituir una violación del derecho, porque sólo mediante estas disposiciones no tendría lugar una transferencia de competencias, sino que simplemente se habilitaría para ello al Bundestag.

b) El Gobierno federal considera también que los recursos de amparo citados en III, IV y V son inadmisibles (aa), pero, en todo caso, infundados (bb). 146

aa) Los recursos de amparo citados en III, IV y V serían, *ab initio*, inadmisibles, ya que los recurrentes no habrían sido perjudicados de modo personal, actual y directo en sus derechos derivados del art. 38 LF ni por la Ley de aprobación, ni por la leyes de acompañamiento. Además, la legislación de acompañamiento no podría válidamente ser objeto de impugnación antes de su entrada en vigor, por cuanto —a diferencia de la Ley de aprobación— sólo podría ser objeto de un recurso de amparo una vez concluido el procedimiento legislativo parlamentario. Las objeciones de los recurrentes citados en III y V sustentadas en el art. 1.1 LF y del recurrente citado en III respecto a los demás derechos fundamentales de libertad, igualdad y justicia, carecerían de sustancia. La dignidad humana sería intangible de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales, y los derechos fundamentales consagrados por el Derecho de la Unión serían, en el ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales, aplicados paralelamente a los derechos fundamentales garantizados por la Ley Fundamental. 147

bb) (1) La Ley de aprobación del Tratado de Lisboa sería particularmente compatible con el principio democrático. El papel del Consejo en el procedimiento legislativo y la inherente limitada representación de las cifras reales de población no serían censurables. Ello se debería a la singularidad de la Unión Europea como unión de Estados. El Parlamento Europeo jugaría un papel relevante en el marco de la legislación europea, rol que se reforzaría con la ampliación del ámbito de aplicación del procedimiento legislativo ordinario. El hecho de que el principio de igualdad de todos los ciudadanos se cumpliría sólo de modo insuficiente en la elección del Parlamento Europeo, sería consecuencia de la necesidad de ajustar este principio a la luz del principio de la igualdad de los Estados. 148

El Tratado de Lisboa no posibilitaría una reforma de los Tratados sin la aprobación 149

de la República Federal de Alemania. Una decisión del Consejo Europeo conforme al art. 48.6 (2) TUE-Lisboa requeriría, según el art. 59.2 LF una Ley de aprobación del Bundestag. Asimismo, en el marco de la transición de la unanimidad al procedimiento de mayoría cualificada permitido por el art. 48.7 TUE-Lisboa, la República Federal de Alemania dispondría de un derecho de veto.

(2) El Tratado de Lisboa ni conduciría a la formación de un Estado de la Unión ni debilitaría la estatalidad de la República Federal de Alemania. El Tratado evitaría toda aproximación terminológica a la estatalidad, y el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Unión Europea tampoco aportaría indicios para ello. El derecho de retirarse libremente confirmaría la subsistencia de la soberanía del Estado. Los Estados miembros continuarían siendo “señores de los Tratados” y no habrían cedido la *Kompetenz-Kompetenz* a la Unión Europea. El principio de atribución de competencias continuaría teniendo vigencia. La aplicación de la cláusula de flexibilidad estaría sometida por el Tratado de Lisboa a requisitos materiales y mecanismos procesales para su salvaguardia. 150

A la Unión Europea se le transferirían escasamente nuevas competencias sustanciales. Incluso aun después de eliminada la distinción entre la Unión Europea y la Comunidad Europea, las medidas adoptadas en el marco de la política exterior y de seguridad común no tendrían carácter supranacional. El espacio de libertad, seguridad y justicia no afectaría la soberanía territorial de los Estados miembros, sino que garantizaría la cooperación necesaria entre los Estados miembros en un espacio sin fronteras interiores. Tampoco se establecería un “pueblo de la Unión”. Ni la Carta de los Derechos Fundamentales ni la primacía del Derecho comunitario conducen a la creación de un Estado europeo. 151

(3) Además, la estructura institucional de la Unión Europea creada por el Tratado de Lisboa sería compatible con el principio de separación de poderes. La configuración de la Unión Europea como unión de Estados (*Staatenverbund*) iría acompañada de un reforzamiento del poder de decisión de los Ejecutivos estatales. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional Federal ya habría considerado el actual sistema institucional de la Unión Europea como compatible con la Ley Fundamental, y el Tratado de Lisboa conduciría hacia un fortalecimiento de los Parlamentos nacionales. 152

c) El Bundesrat considera que las leyes impugnadas son conformes con la Constitución. El Tratado de Lisboa reforzaría la legitimación democrática de la Unión Europea, particularmente por medio del fortalecimiento del papel del Parlamento Europeo, así como de los Parlamentos nacionales. El Tratado no conduciría a una pérdida de la estatalidad de la República Federal de Alemania. La delimitación de competencias se habría mejorado; se transferirían nuevas competencias sólo de manera limitada. La salvaguardia de la soberanía estatal se manifestaría claramente en el reconocimiento expreso del respeto a la identidad nacional previsto en el art. 4.2 TUE-Lisboa, así como en el derecho a retirarse conforme al art. 50 TUE-Lisboa. 153

d) El Parlamento del Land Baden-Württemberg considera infundados los recursos 154

de amparo citados en III y IV.

2. En el procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales, el Bundestag alemán (a), el Gobierno federal (b), el Bundesrat y el Parlamento del Land Baden-Württemberg (c) se pronunciaron por escrito. 155

a) En opinión del Bundestag alemán, las demandas presentadas en los procedimientos relativos al conflicto entre órganos constitucionales son inadmisibles (aa), pero, en todo caso, infundados (bb). 156

aa) (1) En la medida en que el demandante en el procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales citado en I pretendiera la declaración de nulidad de la Ley de aprobación y de la legislación de acompañamiento, el contenido de la demanda sería el típico de un control abstracto de normas según el art. 93.1, núm. 2 LF para el cual el demandante, como diputado a título individual, no estaría legitimado. El Bundestag alemán no se pronuncia sobre la modificación de la demanda presentada por el demandante citado en I en su escrito de 21 de octubre de 2008. En la medida en que el demandante citado en I alegare un déficit en la formación de la voluntad durante el debate en el Bundestag alemán, su argumentación no estaría suficientemente sustanciada. Además, el demandante citado en I no tendría la capacidad para ser parte en el procedimiento, ya que, como parte del órgano constitucional Bundestag alemán pretendería hacer valer en su nombre los derechos de este órgano. El Tribunal Constitucional Federal habría rechazado expresamente la posibilidad de que un diputado, de forma individual, actúe haciendo valer en su propio nombre los derechos del Bundestag alemán. Por último, el demandante no estaría haciendo valer los derechos del órgano al que pertenece frente a otro órgano, sino que estaría procediendo en contra de una decisión de ese mismo órgano. Ello conduciría a un procedimiento contra sí mismo, inadmisibles en virtud del Derecho procesal constitucional. 157

(2) También la demanda presentada en el procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales citado en II es inadmisibles. El demandante no estaría legitimado para presentar la demanda, ya que no habría justificado de manera plausible que se estuvieran vulnerando sus derechos como Grupo parlamentario. En comparación con el Bundestag, al Grupo parlamentario no le correspondería ni un derecho al respeto de los límites de la integración ni un derecho general al cumplimiento de la Ley Fundamental. Del mismo modo, tampoco existiría un derecho del Grupo parlamentario a preservar la competencia de decisión del Bundestag. El demandante tampoco podría hacer valer en su propio nombre los derechos del Bundestag en contra del mismo Bundestag. Adicionalmente, al demandante le faltaría demostrar el interés legítimo a la tutela jurisdiccional, ya que su demanda, en esencia, se correspondería con un control abstracto de normas, procedimiento en el cual el Grupo parlamentario no tendría la capacidad para ser parte en dicho procedimiento. 158

bb) El Bundestag alemán señala que el alcance del control en el procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales citados en I y II se limitaría a la rela- 159

ción jurídico constitucional en concreto. La constitucionalidad objetiva de las leyes impugnadas no podría examinarse. Respecto a la falta de fundamentación de los procedimientos relativos al conflicto entre órganos constitucionales citados en I y II, el Bundestag alemán remite a sus observaciones relativas a los recursos de amparo citados en III y V (véase *supra* A. III 1. a) bb).

b) El Gobierno federal defiende igualmente el criterio de que las demandas concernientes al conflicto entre órganos constitucionales son inadmisibles (aa) y, en todo caso, infundadas (bb). 160

aa) (1) El demandante en el procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales citado en I no estaría legitimado para presentar dicha demanda. El demandante no estaría afectado en la posición jurídica que le otorga el art. 38.1 LF y que se deriva de su pertenencia a un órgano constitucional, sino que, por la vía del procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales, estaría intentando lograr un control general de constitucionalidad de las leyes impugnadas ante el Tribunal Constitucional Federal. En todo caso, lo que procedería es un control abstracto de normas, sin embargo, el demandante no estaría facultado para incoar este procedimiento. La legislación de acompañamiento impugnada sólo serviría para reforzar los derechos del Bundestag alemán, por lo que quedaría excluida una vulneración de los derechos del demandante. 161

En la medida en que el demandante hace valer que no habría tenido oportunidad suficiente de exponer su opinión disidente en el Bundestag, no estaría claro hasta qué punto se estaría impugnado una medida del Bundestag alemán. Además, las disposiciones pertinentes del Reglamento interno del Bundestag alemán establecerían una restricción de los derechos de los diputados derivados de su estatus de un modo permitido constitucionalmente. Adicionalmente, el demandante habría tenido la posibilidad de presentar, conforme al § 31.1 del Reglamento interno del Bundestag (GOBT) una declaración escrita o una breve exposición oral tomando posición. 162

(2) La demanda presentada en el procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales citado en II también sería inadmisibles. No habría una adecuada contraparte. No sería admisible un procedimiento, en el marco de una controversia entre órganos, que sólo se dirija contra una Ley. Adicionalmente, no resultaría evidente en qué medida los derechos concernientes al estatus del Grupo parlamentario demandante hubiesen sido violados. El demandante no podría hacer valer en su propio nombre los derechos del Bundestag frente al propio Bundestag. Por cuanto el demandante no habría alcanzado el quórum requerido de conformidad con el art. 93.1, núm. 2, LF, también quedaría excluida una interpretación de la pretensión como demanda de control abstracto de normas. 163

bb) Respecto a la carencia de fundamento de las demandas en los procedimientos relativos al conflicto entre órganos constitucionales citados en I y II, el Gobierno federal remite a sus argumentaciones sobre la falta de fundamentos de los recursos de amparo citados en III y V (véase *supra* A. III. 1. b) bb). En cuanto que se estaría 164

impugnando la Ley de aprobación, el Gobierno federal complementa exponiendo que el Tratado de Lisboa sólo contendría pocas innovaciones en el ámbito de la política común de seguridad y defensa. Los derechos de participación del Bundestag alemán permanecerían salvaguardados, ya que ningún Estado miembro podría ser obligado a participar en acciones militares contra su voluntad.

c) El Bundesrat y el Landtag de Baden-Württemberg consideran infundadas las demandas presentadas en el procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales por los mismos motivos ya expuestos con respecto a los recursos de amparo (véase *supra* A. III. 1. c) y d). 165

#### IV.

El Tribunal Constitucional Federal ha realizado una audiencia pública los días 10 y 11 de febrero de 2009, en la que las partes han expuesto y profundizado sus posiciones jurídicas. 166

#### B.

Los recursos de amparo interpuestos contra la Ley de aprobación del Tratado de Lisboa son admisibles, en tanto en ellos sobre la base del art. 38.1, frase 1 LF, se alega una violación del principio democrático, una pérdida de estatalidad de la República Federal de Alemania y una violación del principio del Estado social. Los recursos de amparo citados en III y VI interpuestos contra la legislación de acompañamiento son admisibles en tanto se fundamenten en el art. 38.1, frase 1 LF (I). La demanda interpuesta en el procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales citado en II es admisible, en tanto que el demandante hace valer una violación de las competencias de decisión del Bundestag alemán sobre las misiones de las fuerzas armadas alemanas (II). Por lo demás, los recursos de amparo y las demandas interpuestas en los procedimientos sobre conflicto entre órganos constitucionales son inadmisibles. 167

#### I.

Los recursos de amparo son admisibles en tanto los recurrentes alegan, de conformidad con el art. 38.1, frase 1 LF una violación del principio democrático, la pérdida de la estatalidad de la República Federal de Alemania y una violación del principio del Estado social por la Ley de aprobación y la legislación de acompañamiento. 168

1. Los recurrentes tienen la capacidad para recurrir, pues forman parte del círculo de personas que, como “cualquiera”, pueden elevar un recurso de amparo en el sentido del § 90.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. Esto rige también para los recurrentes citados en III y V, que son miembros del Bundestag alemán, pero que elevan el recurso de amparo como ciudadanos de la República Federal de Alemania. Ellos no invocan su estatus constitucional frente a un órgano constitucional capaz de ser parte en el procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales, sino que alegan una lesión en sus derechos fundamentales por parte del poder público 169

(cfr. BVerfGE 64, 301 <312>; 99, 19 <29>; 108, 251 <267>).

2. La Ley de aprobación del Tratado de Lisboa y la legislación de acompañamiento promulgada a tal efecto, en tanto son actos del poder público alemán, pueden válidamente ser objeto de un recurso de amparo constitucional, independientemente de que estas leyes aún no hayan entrado en vigor. En tanto que el carácter vinculante del Tratado de Lisboa en términos del Derecho internacional sólo depende todavía de que el instrumento de ratificación sea firmado por el Presidente y que lo consigne ante el Depositario, la Ley de aprobación puede ser excepcionalmente objeto de los recursos de amparo antes de su entrada en vigor (cfr. BVerfGE 108, 370 <385>). Ello es válido también para la legislación de acompañamiento, cuya entrada en vigor depende de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El art. 2 de la Ley de reforma se refiere a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y el art. 3 de la Ley de ampliación se refiere a la entrada en vigor de la Ley de reforma. 170

3. La legitimación para interponer un recurso de amparo exige que los recurrentes reclamen que la autoridad pública, de forma personal, directa y actual, les ha lesionado en un derecho fundamental u otro derecho equivalente a un derecho fundamental susceptible de ser alegado en recurso de amparo conforme al art. 93.1, núm. 4a LF y § 90.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. Los recurrentes deben establecer de manera suficientemente motivada que tal lesión parece posible (§ 23.1 frase 2, § 92 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal; cfr. BVerfGE 99, 84 <87>; 112, 185 <204>). Los recurrentes cumplen con este requisito en distintos grados. 171

a) En tanto los recurrentes en amparo hacen valer una vulneración de su derecho equivalente a un derecho fundamental derivado del art. 38.1, frase 1 LF, la legitimación para introducir el recurso de amparo depende del contenido de las diferentes alegaciones. 172

aa) Con sus alegaciones de que el principio democrático sería violado en lo concerniente al vaciamiento de las competencias del Bundestag alemán, los recurrentes en amparo citados en III, IV y VI exponen en forma suficientemente sustanciada una vulneración de su derecho equivalente a un derecho fundamental derivado del art. 38.1, frase 1 LF. 173

El art. 38, apartados 1 y 2 LF garantiza el derecho subjetivo a participar en la elección de los diputados del Bundestag alemán (cfr. BVerfGE 47, 253 <269>; 89, 155 <171>). Este contenido de garantía individualizado asegura que al ciudadano le corresponde el derecho de sufragio para elegir al Bundestag alemán y que en las elecciones se respetan los principios jurídicos constitucionales del Derecho electoral. La garantía se extiende también al contenido democrático fundamental de ese derecho (cfr. BVerfGE 89, 155 <171>). Con la elección no solamente se legitima el poder estatal a nivel federal conforme al art. 20, apartados 1 y 2 LF, sino que adicionalmente se ejerce una influencia determinante sobre el ejercicio de ese poder estatal (cfr. BVerfGE 89, 155 <172>). En efecto, los ciudadanos con derecho de sufragio pueden 174

elegir entre candidatos y partidos que compiten entre sí y se presentan a elección con propuestas y conceptos políticos diferentes.

El voto perdería su sentido si el órgano estatal electo no dispusiera de funciones y competencias suficientes, dentro de las cuales pueda ejercerse el poder de actuación legitimado por el voto. En otras palabras, el Parlamento no solamente está investido de una abstracta “responsabilidad de garantía” por la actuación soberana de otras asociaciones dotadas de poder político (*Herrschaftsverbände*), sino de una responsabilidad concreta por la actuación del Estado. Mediante el art. 23.1, frase 3, en concordancia con el art. 79.3 y el art. 20, apartados 1 y 2 LF, la Ley Fundamental ha declarado como intangible esta relación legitimadora entre el ciudadano con derecho de sufragio y el poder del Estado. En el ámbito de aplicación del art. 23 LF, el art. 38.1, frase 1 LF excluye que se vacíe de contenido la legitimación del poder estatal y la influencia en su ejercicio derivada de las elecciones como consecuencia del traslado de funciones y competencias del Bundestag al nivel europeo, de forma tal que se viole el principio democrático (cfr. BVerfGE 89, 155 <172>). 175

bb) En tanto los recurrentes citados en III, IV, V y VI hacen valer que la Unión Europea no estaría suficientemente dotada de legitimación democrática, el art. 38.1, frase 1 LF les confiere la capacidad para interponer el recurso de amparo. 176

Los ciudadanos con derecho a voto pueden alegar el déficit constitucionalmente relevante de legitimación democrática de la Unión Europea en base al mismo derecho que tienen de impugnar el déficit de democracia interna del Estado afectado por la integración europea en cuanto a la extensión de sus competencias. La correlación entre el art. 38.1, frase 1, y el art. 20, apartados 1 y 2 LF, que originalmente sólo tenía relevancia interna, experimenta una ampliación, paso a paso, por la progresiva integración europea. A consecuencia de la transferencia de derechos de soberanía conforme al art. 23.1, frase 2 LF se desplazan al nivel europeo decisiones que afectan a los ciudadanos de manera directa. Teniendo en consideración el principio democrático, que el art. 38.1 frase 1 LF ha transformado en Derecho público subjetivo susceptible de recurso de amparo, la cuestión de si el poder soberano ejercido a nivel europeo está democráticamente legitimado no puede sin embargo ser insignificante cuando se transfieren derechos soberanos a la Unión Europea. Por cuanto la República Federal de Alemania sólo puede participar en una Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democráticos conforme al art. 23.1 frase 1 LF debe existir justamente una relación de legitimación entre los ciudadanos con derecho de sufragio y el poder público europeo, relación a la cual el ciudadano tiene un derecho en virtud de la concepción original y todavía vigente que constitucionalmente se ha expresado en el art. 38.1, frase 1 LF en concordancia con el art. 20 apartados 1 y 2 LF. 177

cc) En la medida en que los recurrentes citados en III y IV argumentan la pérdida de la estatalidad de la República Federal de Alemania a causa de la Ley de aprobación, su capacidad para interponer el recurso de amparo se deriva igualmente del 178

art. 38.1, frase 1 LF.

De conformidad con la Ley Fundamental, los electores están en el derecho de decidir “en plena libertad de decisión” sobre un cambio de identidad de la República Federal de Alemania, tal como se produciría por la transformación en un Estado federado de un Estado federal europeo, y el reemplazo de la Ley Fundamental a que daría lugar. El art. 146 LF crea –al igual que el art. 38.1, frase 1 LF– un derecho de participación del ciudadano con derecho de sufragio: el art. 146 LF confirma el derecho pre-constitucional a darse una Constitución de la cual surge el poder constituido y al cual está sujeto. El art. 38.1, frase 1 LF garantiza el derecho de participar en la legitimación del poder constituido y de ejercer influencia sobre su ejercicio. Junto a los requisitos materiales del art. 23.1, frase 1 LF, el art. 146 LF formula el límite máximo de la participación de la República Federal de Alemania en la integración europea. Sólo el poder constituyente, más no el poder constituido, es el que tiene el derecho para liberar el Estado constituido por la Ley Fundamental.

179

El hecho de que el art. 146 de la Ley Fundamental no da lugar a un derecho individual susceptible de ser alegado en amparo en el sentido del art. 93.1, núm. 4 LF, que pueda ser invocado de manera autónoma en un procedimiento constitucional, no se opone a la capacidad de recurrir alegando la pérdida de la estatalidad en un procedimiento constitucional (cfr. BVerfGE 89, 155 <180>). En efecto, ello no excluye que el art. 146 LF en concordancia con los derechos fundamentales y los derechos equivalentes a derechos fundamentales mencionados en el art. 93.1, núm. 4a –en este caso el art. 38.1, frase 1, LF– pueda ser denunciado como violado. La argumentación de los recurrentes citados en III y IV tampoco está dirigida directamente a realizar por ejemplo un referéndum. La exposición de los recurrentes citados en III y IV está dirigida más bien contra la alegada pérdida de estatalidad de la República Federal de Alemania en razón de la Ley de aprobación y con ello también contra la sustitución tácita de la Ley Fundamental.

180

dd) En la medida en que los recurrentes citados en IV, V y VI reclaman la violación de otros principios estructurales del Estado sobre la base del art. 38.1, frase 1 LF, los recursos de amparo solamente son admisibles en lo concerniente a la alegada violación del principio del Estado social.

181

Los recurrentes citados en V establecen la necesaria relación con el principio democrático, directamente susceptible de ser alegado en amparo por la vía del art. 38.1, frase 1 LF, exponiendo de manera suficientemente determinada que las posibilidades de configuración democrática del Bundestag alemán en el área de la política social estarían limitadas de tal modo por las competencias de la Unión Europea conforme al Tratado de Lisboa, que el Bundestag alemán ya no podría cumplir con las exigencias mínimas del principio del Estado social que se derivan del art. 23.1, frase 3, en concordancia con el art. 79.3 LF.

182

En tanto los recurrentes citados en IV y VI alegan la violación del principio del Estado de derecho y del principio de separación de poderes, éstos no demuestran una

183

relación equivalente. En este sentido los recursos de amparo son inadmisibles.

b) En tanto no están sustentados en el art. 38.1, frase 1 LF, los recursos de amparo de los recurrentes citados en III y V son inadmisibles. 184

aa) En tanto que el recurrente en amparo citado en III se basa en el derecho equivalente a los derechos fundamentales derivados del art. 20.4 LF, no está legitimado para interponer el recurso de amparo. El recurrente no expone de manera suficientemente sustanciada que en este caso podría ser relevante el derecho de omisión de cualquier actuación que generaría una situación de resistencia, derecho postulado por el recurrente como derivado del art. 20.4 LF que sería preferente y susceptible de recurso de amparo, o el recurso administrativo extraordinario de “otro remedio” que, en su opinión, concede el art. 20.4 LF. 185

El derecho de resistencia, conforme al art. 20.4 LF, es un derecho subsidiario excepcional, que en tanto *ultima ratio*, sólo entra en consideración cuando todos los demás recursos legales disponibles en el ordenamiento jurídico ofrecen tan pocas perspectivas de un recurso efectivo, que el ejercicio de la resistencia constituye el último recurso para el mantenimiento o el restablecimiento del Derecho (cfr. en relación con el derecho de resistencia ya BVerfGE 5, 85 <377>). En consecuencia, no puede ser alegada una violación del art. 20.4 LF en un procedimiento en el cual justamente se busca un remedio jurisdiccional contra la supuesta supresión del orden constitucional. Nada cambia la mención del art. 20.4 LF en el art. 93.1, núm. 4a LF. El carácter subsidiario de este derecho no se ve afectado por su conformación como derecho equivalente a los derechos fundamentales, incluso procesalmente. 186

bb) Los recurrentes citados en III y V carecen además de la capacidad para interponer el recurso en lo concerniente a la violación de otros derechos fundamentales y de derechos fundamentales equivalentes a través de la Ley de aprobación. 187

(1) Al afirmar que en razón del carácter jurídicamente vinculante de la Carta de los Derechos Fundamentales, conferido por el art. 6.1, frase 1 TUE-Lisboa, la dignidad humana se transformaría en un derecho susceptible de ser ponderado con otros derechos, los recurrentes citados en III y V no exponen de manera suficientemente sustanciada que sea posible una vulneración de su derecho fundamental derivado del art. 1.1 LF. 188

El establecimiento de un límite general de los derechos en virtud del art. 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales puede restringir, a lo sumo, la dignidad humana garantizada en el art. 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales, pero no el art. 1.1 LF. En efecto, hay que distinguir entre el nivel de los derechos fundamentales europeo y el nacional. La exposición de los recurrentes no establece una diferencia suficientemente clara entre los niveles de derechos fundamentales. Por otra parte el art. 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales, a priori, sólo podría tener relevancia para el nivel nacional de los derechos fundamentales en la medida en que a nivel europeo ya no estaría garantizándose sustancialmente una protección 189

de los derechos fundamentales comparable a la Ley Fundamental, en el sentido del art. 23.1, frase 1 LF. Tal déficit no se deduce de la argumentación de los recurrentes. La relativización general de la dignidad humana por ellos alegada, no se desprende sin más ni de la Carta de los Derechos Fundamentales, ni de la jurisprudencia citada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Corresponderá determinar en decisiones que se adopten en futuros procedimientos, si y en qué medida un menor nivel de protección europea de los derechos fundamentales a través de modificaciones del Derecho primario puede ser legítimamente recurrido sobre la base del art. 1.1 LF y qué requisitos probatorios deben ser presentados en una reclamación de este tipo (respecto a la violación de derechos fundamentales de la Ley Fundamental por medio del Derecho secundario de la Unión. cfr. BVerfGE 102, 147 <164>).

(2) En tanto que el recurrente citado en III hace valer, adicionalmente, que los órganos del Estado alemán, en el ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales, jurídicamente vinculante conforme al art. 6.1, frase 1 TUE-Lisboa, quedan exentos en gran medida de su obligación de salvaguardia de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, el recurrente no expone de manera suficientemente sustanciada que sea posible una vulneración de sus derechos fundamentales o de sus derechos equivalentes a los Derechos fundamentales. 190

Independientemente del alcance del ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales definido por el art. 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales, los derechos fundamentales de la Ley Fundamental pertenecen al núcleo de los contenidos esenciales que limitan la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea conforme al art. 23.1, frase 2 LF (cfr. BVerfGE 37, 271 <279 s.>; 73, 339 <376>). El Tribunal Constitucional Federal no ejercerá su jurisdicción sobre la aplicabilidad del Derecho comunitario derivado y otros actos de la Unión Europea, que constituyen el fundamento jurídico para una actuación de los tribunales y autoridades alemanas en el territorio de la República Federal de Alemania, únicamente mientras la Unión Europea garantice con carácter general una protección de los derechos fundamentales que en cuanto a su contenido y eficacia sea esencialmente equiparable a la protección de los derechos fundamentales considerada intangible por la Ley Fundamental (cfr. BVerfGE 73, 339 <376, 387>; 102, 147 <164>). 191

c) Las alegaciones de los recurrentes citados en III y VI, según las cuales el principio democrático también estaría siendo vulnerado por la legislación de acompañamiento, son admisibles, en tanto que se basan en el art. 38.1 frase 1 LF. 192

Los recurrentes citados en III y VI exponen de manera suficientemente sustanciada que es posible una vulneración del art. 38.1, frase 1 LF, por medio de la legislación de acompañamiento. La capacidad para interponer recurso de amparo derivada del art. 38.1, frase 1 LF también puede extenderse a leyes que estén directamente relacionadas con una Ley de aprobación conforme al art. 23.1, frase 2 LF. En este sentido, los recurrentes citados en VI explican de modo comprensible que la Ley de aprobación y la legislación de acompañamiento constituyen una unidad procesal 193

constitucional. El alegato conforme al cual, la legislación de acompañamiento no garantizaría en el ámbito estatal interno las condiciones suficientes para el ejercicio de los derechos de participación reconocidos al Bundestag alemán y al Bundesrat por el Tratado de Lisboa, afecta el contenido democrático del art. 38.1 LF. En cuanto a la Ley de reforma, los recurrentes citados en III y VI establecen además suficiente referencia al criterio de apreciación del control de constitucionalidad de las leyes de reforma constitucional derivado del art. 79.3, en concordancia con el art. 20, apartados 1 y 2, LF.

## II.

La demanda citada en I, presentada en el procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales es inadmisibles (1). La demanda citada en II presentada en el procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales es admisible en la medida en que el demandante hace valer una lesión de las competencias de decisión del Bundestag alemán sobre el empleo de las fuerzas armadas alemanas (2). 194

1. La demanda citada en I, concerniente al conflicto entre órganos constitucionales y para cuya sentencia debe apreciarse la versión del escrito contentivo de los alegatos del demandante citado en I de 21 de octubre de 2008, es inadmisibles. 195

a) La demanda es inadmisibles, en tanto que está dirigida contra el Gobierno federal. Las medidas recurridas –las decisiones del Bundestag alemán sobre la adopción de la Ley de aprobación y de la legislación de acompañamiento– sólo pueden atribuirse al Bundestag alemán, más no al Gobierno federal (cfr. BVerfGE 84, 304 <320 s.>; 86, 65 <70>; 99, 332 <336>). El Gobierno federal únicamente ha presentado en el Bundestag alemán los proyectos de la Ley de aprobación y de la legislación de acompañamiento (art. 76.1 LF). 196

b) La demanda es inadmisibles en todo lo demás. 197

aa) Con la alegación de que su derecho a participar en el trabajo del Bundestag habría sido reducido, el demandante citado en I no explica de modo suficiente que este derecho (cfr. BVerfGE 80, 188 <218>; 90, 286 <343>) podría haber sido violado o estar en peligro de ser violado por la legislación recurrida (§ 64.1, § 23.1, frase 2, de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). Es posible que, tal como opina el demandante citado en I, la promulgación de la Ley de aprobación y las decisiones relativas a la legislación de acompañamiento se basen en un insuficiente debate en el Bundestag; sin embargo, los actos legislativos propiamente no lesionan los derechos de participación del demandante citado en I. 198

bb) En la medida en que el demandante citado en I expone que se habría lesionado su derecho como diputado del Bundestag alemán a representar al pueblo en el ejercicio del poder público y a conferir legitimación democrática, tanto la cuestión de la existencia de ese derecho que el demandante deduce del art. 38.1 LF así como su factible violación por la legislación impugnada, no tienen que ser decididas. Como ciudadano de la República Federal de Alemania, el demandante citado en I puede 199

interponer un recurso de amparo y así lo ha hecho. El recurso de amparo permite hacer valer todos los derechos derivados del art. 38.1 LF, en cuya vulneración se fundamenta la demanda en el procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales. Paralelamente al recurso de amparo, no existe ningún otro interés de protección jurídica para el solicitante que sea específicamente inherente a su estatus de diputado.

cc) El demandante citado en I tampoco está legitimado para hacer valer los derechos del Bundestag alemán en nombre propio invocando una legitimación procesal para ejercer en su propio nombre los derechos de un tercero o a título de “representante” del órgano constitucional Bundestag. La posibilidad de hacer valer en juicio en nombre propio los derechos de un tercero constituye una excepción del principio procesal general según el cual las partes en un procedimiento judicial sólo pueden hacer valer sus propios derechos. Por lo tanto, quien actúe en representación procesal de un derecho ajeno requiere una autorización legal expresa (cfr. BVerfGE 60, 319 <325>; 90, 286 <343>). Tal autorización no existe en este caso, ya que las disposiciones de la Ley del Tribunal Constitucional Federal –§ 63 y § 64.1– sólo se refieren a la posibilidad de la representación procesal en el caso de que una parte del órgano pueda actuar en nombre de todo el órgano y un diputado como tal no es una “parte del órgano” (cfr. BVerfGE 2, 143 <160>; 67, 100 <126>; 90, 286 <343 s.>; 117, 359 <367 s.>). Conforme al Reglamento interno del Bundestag, sólo están llamadas a hacer valer los derechos del Bundestag como “partes del órgano” las subdivisiones permanentemente existentes. Un solo diputado no es una “subdivisión” del Bundestag.

2. La demanda presentada en el procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales citado en II es parcialmente admisible. 201

a) En tanto que Grupo parlamentario del Bundestag alemán, el demandante citado en II está legitimado para ser parte en el procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales (§ 13, núm. 5, § 63 ss. de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). Como subdivisión permanente existente en el Bundestag, el Grupo parlamentario, conforme al Reglamento interno, puede hacer valer en su propio nombre derechos que le corresponden al Bundestag (cfr. BVerfGE 1, 351 <359>; 2, 143 <165>; 104, 151 <193>; 118, 244 <255>). El Bundestag alemán, contra el que está dirigida la interpretación invocada en la demanda, puede ser parte demandada (§ 63 Ley del Tribunal Constitucional Federal). 202

b) El demandante citado en II está parcialmente legitimado para presentar la demanda. 203

aa) Con su alegación de que la Ley de aprobación lesiona la reserva parlamentaria en materia de defensa prevista constitucionalmente (cfr. BVerfGE 90, 286 <383>), el demandante citado en II expone en forma suficientemente motivada que, a través de la Ley de aprobación, los derechos del Bundestag alemán podrían haber sido lesionados o estado directamente en peligro de ser violados (§ 23.1, frase 2, § 64.1 de la 204

Ley del Tribunal Constitucional Federal). El demandante citado en II expone que, por medio de las disposiciones del Tratado de Lisboa, el Bundestag alemán perdería sus competencias de decisión sobre el empleo de las fuerzas armadas alemanas en el ámbito de intervenciones europeas en situaciones de crisis, ya que conforme al art. 42.4 TUE-Lisboa es el Consejo el que decidiría sobre el “inicio de una misión”. Dado que esa decisión no tendría que ser adoptada en concordancia con las disposiciones constitucionales de los Estados miembros, se plantea la cuestión de si el representante del Gobierno alemán en el Consejo estaría obligado a obtener la aprobación del Bundestag alemán antes de la votación en el Consejo.

La legitimación para presentar la demanda no puede ser denegada con el argumento de que se trataría de un procedimiento contra sí mismo. La posibilidad de una representación procesal prevista en el § 64.1, de la Ley del Tribunal Constitucional Federal sitúa el conflicto entre órganos constitucionales en el contexto real de la relación entre las fuerzas políticas, en el que la separación de poderes no se realiza tanto en la confrontación clásica entre quienes detentan el poder como bloques monolíticos, sino más bien principalmente por el establecimiento de los derechos de la oposición y de las minorías. El sentido y la finalidad de la posibilidad de la representación procesal radican, por tanto, en conservar para la oposición y la minoría parlamentaria la atribución de hacer valer los derechos del Bundestag no sólo cuando éste no quiera ejercer sus derechos, particularmente en relación con el Gobierno federal al que sustenta (cfr. BVerfGE 1, 351 <359>; 45, 1 <29 s.>; 121, 135 <151>), sino también cuando la minoría parlamentaria quiera hacer valer los derechos del Bundestag contra la mayoría parlamentaria que sostiene políticamente al Gobierno federal (cfr. Lorenz, en: Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, tomo 1, 1976, p. 225 <253 s.>). El reconocimiento de la facultad para la representación procesal constituye tanto una expresión de la función de control del Parlamento como un instrumento de protección de las minorías (cfr. BVerfGE 45, 1 <29 s.>; 60, 319 <325 s.>; 68, 1 <77 s.>; 121, 135 <151>; Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 7e ed., 2007, No 94).

205

bb) El demandante citado en II carece de la capacidad para presentar la demanda en cuanto hace valer que la Ley de aprobación transferiría facultades de decisión democrática más allá del límite permitido en el art. 23.1, frase 3, en concordancia con el art. 79.3 LF. El demandante citado en II no explica suficientemente que a través de la Ley de aprobación los derechos del Bundestag alemán podrían haber sido lesionados o habrían estado en peligro inminente de ser violados (§ 23.1, frase 2, § 64.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). El principio democrático garantizado en el art. 20, apartados 1 y 2 LF no es un derecho del Bundestag, ni siquiera en la medida en que es declarado intangible por el art. 79.3 LF. Un control general y abstracto de la constitucionalidad de una medida impugnada que no esté vinculado con los derechos del Bundestag, no tiene lugar en un conflicto entre órganos constitucionales (cfr. BVerfGE 68, 1 <73>; 73, 1 <30>; 80, 188 <212>; 104, 151 <193 s.>).

206

## C.

### I.

En la medida en que son admisibles los recursos de amparo citados en III y VI, están parcialmente fundamentados. La Ley sobre la ampliación y el fortalecimiento de los derechos del Bundestag y el Bundesrat en asuntos de la Unión Europea no contiene la regulación requerida y en ese sentido es inconstitucional. Por lo demás, los recursos de amparo y la demanda presentada en el procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales por el demandado citado en II son, en la medida en que admisibles, infundadas. De conformidad con los argumentos expuestos en los fundamentos, no existen objeciones relevantes de orden constitucional contra la Ley de aprobación del Tratado de Lisboa y la Ley de reforma de la Ley Fundamental (artículos 23, 45 y 93). 207

1. El criterio de apreciación del control de constitucionalidad de la Ley de aprobación del Tratado de Lisboa se determina por el derecho de sufragio en tanto que derecho equivalente a un derecho fundamental (art. 38.1, frase 1, en concordancia con el art. 93.1, núm. 4a LF). El derecho de sufragio sirve de base al derecho a la autodeterminación democrática, a la participación libre e igual en el poder público ejercido en Alemania, así como a la observancia del principio democrático, incluyendo el respeto al poder constituyente del pueblo. En la constelación procesal dada en este caso, la verificación de una violación del derecho de sufragio también abarca las infracciones a los principios que el art. 79.3 LF fija como identidad de la Constitución (cfr. BVerfGE 37, 271 <279>; 73, 339 <375>). 208

a) El art. 38.1 LF garantiza a cada elector alemán el derecho a elegir a los diputados del Bundestag alemán. Mediante elecciones generales, libres e iguales, de los diputados del Bundestag alemán, el pueblo federal manifiesta directamente su voluntad política. El pueblo se gobierna regularmente a través de una mayoría (art. 42.2 LF) que surge en el seno de la asamblea representativa así elegida. De esta Asamblea emana el Canciller –y con ello el Gobierno federal–, ante la que es responsable. A nivel federal del Estado constitucional regido por la Ley Fundamental, la elección de los diputados es la fuente del poder público, éste emana del pueblo, renovándose una y otra vez mediante elecciones periódicas (art. 20.2 LF). 209

El derecho de sufragio es el derecho subjetivo más importante a la participación democrática que la Ley Fundamental garantiza a los ciudadanos (art. 20, apartados 1 y 2 LF). En el orden estatal estructurado por la Ley Fundamental la elección de los diputados al Bundestag alemán tiene una importancia decisiva. Sin la elección libre e igual del órgano que ejerce una influencia determinante en el Gobierno y en la legislación de la Federación, el principio constitutivo de la libertad personal permanecería incompleto. Por ello el ciudadano, invocando el derecho de sufragio, puede reclamar la violación de principios democráticos mediante un recurso de amparo (art. 38.1, frase 1, art. 20, apartados 1 y 2 LF). El derecho que corresponde a todo ciudadano a participar en condiciones de igualdad en la autodeterminación democrática 210

tica (derecho de participación democrática) puede ser también lesionado por el hecho de que la organización del poder estatal sea modificada de una manera tal, que la voluntad del pueblo ya no pueda formarse efectivamente como lo prescribe el art. 20.2 LF y en ese sentido los ciudadanos no puedan gobernar con la voluntad de la mayoría. El principio de la democracia representativa puede ser vulnerado cuando en la estructura constitucional de los órganos del Estado se reducen en forma sustancial los derechos del Bundestag, resultando con ello una pérdida importante del poder de configuración democrática para aquel órgano constitucional que emana directamente de los principios de una elección libre e igual (cfr. BVerfGE 89, 155 <171 s.>).

b) El derecho de los ciudadanos a determinar en libertad e igualdad a través de elecciones y votaciones a nivel personal y objetivo la conformación del poder público, es el elemento esencial del principio democrático. El derecho a la participación libre e igual en el poder público está anclado en la dignidad humana (art. 1.1 LF). Este derecho forma parte de los principios del Derecho constitucional alemán establecidos como intangibles por el art. 20, apartados 1 y 2. LF en concordancia con el art. 79.3 LF.

211

aa) En la medida en que en el ámbito público se adopten decisiones de carácter vinculante para los ciudadanos, particularmente aquéllas que restrinjan derechos fundamentales, esas decisiones deberán tener su origen en una voluntad mayoritaria del pueblo formada libremente. El orden constitucional establecido por la Ley Fundamental emana del valor intrínseco y de la dignidad del hombre como ser capaz de vivir en libertad. Este orden constitucional es el régimen del Estado de derecho sobre el fundamento de la autodeterminación del pueblo basado sobre la voluntad de la mayoría respectiva, formada en libertad e igualdad (cfr. BVerfGE 2, 1 <12>). Según esto, los ciudadanos no están sometidos a ningún poder político del cual no puedan apartarse y que no sean capaces en principio de determinar personal y objetivamente en igual proporción y libertad.

212

bb) Una autodeterminación del pueblo a través del principio de las mayorías generada por elecciones y votaciones es inherente al orden constitucional establecido por la Ley Fundamental. Esta autodeterminación actúa en un espacio de formación libre de la opinión pública y en la competencia organizada entre las fuerzas políticas en la relación entre un gobierno responsable y una oposición parlamentaria. El ejercicio del poder público está sujeto al principio de la mayoría, con formación regular de un gobierno responsable y de una oposición sin impedimentos para asumir en su oportunidad el gobierno. Particularmente en la elección de la asamblea representativa del pueblo, o en la elección de cargos de muy alta jerarquía en el Gobierno, debe existir la posibilidad de articular una voluntad mayoritaria generalizada, a nivel personal o material, y, a partir de la correspondiente elección, deben poder adoptarse decisiones de dirección política.

213

Esta exigencia central de la democracia puede lograrse sobre la base de distintos

214

modelos. Conforme al Derecho electoral alemán, el régimen parlamentario representativo exigido por la Constitución se alcanza reflejando la voluntad de los electores, tan proporcionalmente como sea posible, en la distribución de los escaños. Una decisión de la mayoría parlamentaria representa al mismo tiempo una decisión mayoritaria del pueblo. Cada diputado representa a la totalidad del pueblo y por tanto es miembro de un órgano de representación integrado por miembros iguales (art. 38.1 LF), que adquirieron su mandato bajo igualdad de condiciones. La Ley Fundamental exige que todo ciudadano sea libre e igual en derecho (ante la ley). Para el principio democrático esto significa que una parte igual del ejercicio del poder público corresponde a cada ciudadano nacional en edad de votar y que no haya sido privado de su derecho de sufragio. (cfr. BVerfGE 112, 118 <133 s.>). La igualdad entre los votantes debe seguir posteriormente influyendo en los otros niveles del desarrollo de la formación de la voluntad democrática, especialmente en el estatus del diputado. Por esta razón, forma parte del estatus de los diputados el derecho a igual participación en el proceso de formación de la voluntad parlamentaria garantizado en el art. 38.1, frase 2 LF (cfr. BVerfGE 43, 142 <149>; 70, 324 <354>; 80, 188 <218>; 96, 264 <278>; 112, 118 <133>).

En los sistemas presidencialistas o en el sistema de votación mayoritaria, la configuración del requisito esencial de la democracia puede también tomar formas diferentes. Sin embargo hay un aspecto que todos los sistemas de democracia representativa tienen en común: la configuración de una voluntad de la mayoría surgida en condiciones de igualdad y de libertad se forma a través del voto –sea en circunscripción electoral o en asamblea elegida de manera proporcional–. La decisión de la mayoría de los electores sobre la orientación política ha de reflejarse en el Parlamento y en el Gobierno; la minoría vencida permanece visible como alternativa política y actúa en el espacio de la formación de la opinión pública, así como en procedimientos formales de decisión, como oposición, susceptible de convertirse en mayoría en futuras elecciones.

215

c) El principio democrático no es ponderable; es intangible (cfr. BVerfGE 89, 155 <182>). El poder constituyente de los alemanes que se dio la Ley Fundamental pretendió establecer un límite infranqueable a todo desarrollo político ulterior. Una modificación de la Ley Fundamental mediante la cual se afecten los principios establecidos en los arts. 1 y 20 LF es inadmisibles (art. 79.3 LF). Con la llamada garantía de eternidad, el propio legislador de reforma de la Constitución no puede disponer sobre la identidad del orden constitucional liberal. Con ello la Ley Fundamental no sólo presupone sino que garantiza la condición de Estado soberano de Alemania.

216

La cuestión de si a causa de los valores universales de la dignidad, la libertad y la igualdad, esa restricción se aplica incluso al poder constituyente, es decir, para el caso de que el pueblo alemán, actuando en libre autodeterminación pero en una continuidad con el régimen constitucional establecido por la Ley Fundamental, se dé una nueva Constitución (cfr. Isensee, en: Isensee/Kirchhof, HStR VII, 1992, § 166 núm. marginal 61 ss.; Moelle, Der Verfassungsbeschluss nach Art. 146 GG, 1996, p.

217

73 ss.; Stückrath, Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität, 1997, p. 240 ss.; cfr. también BVerfGE 89, 155 <180>) puede permanecer abierta. En todo caso, en el ordenamiento constitucional los principios de la estructura del Estado del art. 20 LF, es decir, la democracia, el Estado de derecho, el carácter social del Estado, la República, el Estado Federal, así como la sustancia de los derechos fundamentales elementales imprescindibles para el respeto de la dignidad humana, quedan sustraídos, en su esencia, de cualquier modificación.

Desde el punto de vista del principio democrático la violación de la identidad constitucional establecida en el art. 79.3 LF constituye al mismo tiempo, una usurpación del poder constituyente del pueblo. En este sentido, el poder constituyente no ha conferido a los representantes y órganos del pueblo un mandato para disponer de la identidad constitucional. A ningún órgano constitucional se le ha otorgado competencia para modificar los principios constitucionales fundamentales contenidos en el art. 79.3 LF. El Tribunal Constitucional Federal vela por ello. Con la llamada garantía de eternidad la Ley Fundamental, por una parte, reacciona ante experiencias históricas de un vaciamiento solapado o incluso abrupto de la sustancia liberal de un ordenamiento fundamental democrático; por otra parte también establece con claridad que la Constitución de los alemanes, coincidiendo con el desarrollo internacional desde que existen las Naciones Unidas, posee una base universal que no debe estar sujeta a modificaciones por el Derecho positivo.

218

2. La configuración del principio democrático tal como la prevé la ley Fundamental está abierta al objetivo de integrar a Alemania en un orden de paz internacional y europeo. La nueva forma de poder político resultante no está sujeta esquemáticamente a los requisitos del Estado constitucional vigentes a nivel interno y no debe ser comparada de manera automática con las manifestaciones concretas del principio democrático en un Estado miembro o Estado signatario del Tratado. La autorización para la integración europea permite una configuración distinta de la formación de la voluntad política de la que determina la Ley Fundamental para el ordenamiento constitucional alemán. Esto se aplica en tanto no se afecte el límite de la identidad constitucional, declarada intangible (art. 79.3 LF). El principio de autodeterminación democrática y de participación igualitaria en el poder público no se ve afectado por el objetivo de lograr la paz y la integración deseada por la Ley Fundamental, ni por el principio constitucional de apertura al Derecho internacional público (cfr. BVerfGE 31, 58 <75 s.>; 111, 307 <317>; 112, 1 <26>; BVerfGK 9, 174 <186>).

219

a) La Constitución alemana persigue una apertura del ordenamiento estatal a la cooperación pacífica entre las naciones y a la integración europea. Ni la integración en la Unión Europea en igualdad de derechos, ni la participación en sistemas colectivos de mantenimiento de la paz, tales como las Naciones Unidas implican una sumisión a poderes externos. Se trata, más bien, de una vinculación voluntaria, recíproca y en igualdad de derechos que asegura la paz y fortalece las posibilidades de configuración política a través de acciones coordinadas. La Ley Fundamental protege la libertad individual –como la libre autodeterminación del individuo– no con la fi-

220

nalidad de promover un comportamiento arrogante carente de todo compromiso, ni la realización de los intereses personales sin consideración por los demás. Es lo mismo en lo que concierne al derecho soberano de autodeterminación de la comunidad política.

El Estado constitucional se vincula con otros Estados que comparten el mismo fundamento de los valores de libertad e igualdad de derechos y que, como él mismo, sitúan en el centro del ordenamiento jurídico la dignidad humana y los principios de la libertad personal igual para cada individuo. Los Estados constitucionales democráticos sólo pueden lograr una influencia determinante sobre una sociedad cada vez más dinámica e interconectada de forma transfronteriza, si actúan mediante una cooperación efectiva que tome en consideración tanto su interés individual como el interés colectivo. Sólo el que se vincula consciente de la necesidad de una conciliación pacífica de intereses divergentes y de las posibilidades de la configuración conjunta, logra la necesaria amplitud de posibilidades de acción que permitan, también en el futuro, crear responsablemente las condiciones para una sociedad libre. Estas exigencias se reflejan en la Ley Fundamental con su apertura a la integración europea y sus compromisos internacionales.

221

b) El Preámbulo de la Ley Fundamental no sólo subraya, tras las experiencias de guerras devastadoras, incluso entre pueblos europeos, la base moral de la autodeterminación responsable, sino también la voluntad de servir a la paz mundial como miembro en igualdad de derechos en una Europa unida. Ello se concreta en las autorizaciones para integrarse a la Unión Europea (art. 23.1 LF), para participar en instituciones internacionales (art. 24.1 LF), para adherirse a sistemas de seguridad colectiva mutua (art. 24.2 LF), así como en la prohibición de participar en guerras de agresión (art. 26 LF). La Ley Fundamental desea la participación de Alemania en organizaciones internacionales, en un orden establecido entre los Estados, caracterizado por una convivencia pacífica de intereses mutuos y una cooperación organizada en Europa.

222

Esta concepción de la soberanía se refleja en los objetivos previstos en el Preámbulo. La Ley Fundamental se deslinda de una concepción autoritaria y autárquica de la soberanía del Estado y retorna a una concepción del poder del Estado nacional que entiende la soberanía como “libertad organizada por y sujeta al Derecho internacional público” (von Martitz, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, tomo I, 1888, p. 416). La Ley Fundamental rompe con todas las formas de maquiavelismo político y con una concepción rígida de la soberanía, que todavía a comienzos del siglo XX consideraba el derecho a participar en guerras –incluso en guerras de agresión– como un derecho sobrentendido del Estado soberano (cfr. Starck, *Der demokratische Verfassungsstaat*, 1995, p. 356 s.; Randelzhofer, *Use of Force*, en: Bernhardt, *Encyclopedia of Public International Law*, tomo IV, 2000, p. 1246 ss.), aunque con las Convenciones suscritas en la Conferencia de Paz de La Haya el 29 de julio de 1899, que aún reafirmaban la defensa del *ius ad bellum*, comenzó sin embargo a surgir una proscripción progresiva de la violencia entre Estados.

223

La Ley Fundamental establece, por el contrario, la preservación de la paz y la superación del antagonismo destructivo entre los Estados europeos como objetivos políticos primordiales de la República Federal de Alemania. Según la concepción de la Ley Fundamental, la estatalidad soberana representa un espacio pacífico que garantiza un orden basado en la libertad individual y la autodeterminación colectiva. El Estado no es ni un mito, ni un fin en sí mismo, sino la forma de organización globalmente reconocida y resultado de la evolución histórica de una comunidad política que tiene la capacidad de actuar. 224

El mandato constitucional para la materialización de una Europa unida derivado del art. 23.1 LF y del Preámbulo (cfr. Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit, 2007, p. 247) significa especialmente para los órganos constitucionales alemanes, que no queda sujeta a su conveniencia política participar en la integración europea o no. La Ley Fundamental quiere una integración europea y un orden de paz internacional: por ello no solamente rige el principio de la apertura al Derecho internacional público, sino también el principio de la apertura al Derecho europeo. 225

c) La Ley Fundamental habilita ciertamente al legislador para proceder a una amplia transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea. Sin embargo, dicha autorización está sujeta a la condición de que se mantenga garantizada la estatalidad constitucional soberana sobre la base de un programa de integración conforme con el principio de atribución de competencias y que respete la identidad constitucional de los Estados miembros y, al mismo tiempo, que los Estados miembros no pierdan su capacidad de configuración política y social de las condiciones de vida bajo su propia responsabilidad. 226

aa) El objetivo de integración que el Preámbulo y el art. 23.1 LF fijan para el pueblo alemán no se pronuncia sobre el carácter definitivo de la organización política de Europa. Mediante el art. 23, la Ley Fundamental autoriza la participación en un orden cooperativo supranacional promotor de la paz. Esto no incluye la obligación de realizar la autodeterminación democrática a nivel supranacional de manera idéntica a la forma que la Ley Fundamental establece a nivel interno para la Federación y, a través del art. 28.1 frase 1 LF también para los Länder, sino que permite divergencias en relación a los principios de organización de la democracia interna, que están condicionadas por las exigencias de una Unión Europea fundada sobre el principio de igualdad entre Estados y negociada en el marco de un Tratado de Derecho internacional. 227

La integración presupone la voluntad de organización común y la aceptación de una formación de voluntad comunitaria y autónoma. La integración en una comunidad libre no exige sin embargo ni una subordinación sustraída de los límites y del control constitucional, ni la renuncia a la propia identidad. La Ley Fundamental no habilita a los órganos que actúan en nombre de Alemania a renunciar al derecho de autodeterminación del pueblo alemán, manifestada en la forma de la soberanía internacional de Alemania, por el ingreso en un Estado federal. En razón de la transfe- 228

rencia irrevocable de soberanía a un nuevo sujeto de legitimación que tal paso implicaría, está reservado exclusivamente a la voluntad directamente expresada por el pueblo alemán.

2) bb) La Constitución vigente muestra otro camino: aspira a la adhesión de Alemania, en igualdad de derechos, a sistemas de seguridad colectiva mutua, como el de las Naciones Unidas o el de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y la participación en la unificación europea. El art. 23.1 LF al igual que el art. 24.1 LF subraya que la República Federal de Alemania participe en el desarrollo de una Unión Europea concebida como unión de Estados (*Staatenverbund*), a la que se transfieren derechos de soberanía. El concepto de unión (*Verbund*) implica una asociación estrecha y duradera de Estados que conservan su soberanía, que ejerce el poder público sobre la base de un Tratado internacional, pero cuyo ordenamiento fundamental está exclusivamente a disposición de los Estados miembros y en la cual los pueblos –es decir, los ciudadanos nacionales– de los Estados miembros continúan siendo los sujetos de legitimación democrática.

229

Esta relación aparece más explícita en el art. 23.1, frase 1 LF, que establece condiciones estructurales vinculantes para la participación de Alemania en el desarrollo de la Unión Europea. Según el art. 23.1, frase 3 LF, la Ley Fundamental puede ser adaptada al desarrollo de la Unión Europea; al mismo tiempo, el art. 79.3 LF, al que hace referencia dicha norma, impone un límite absoluto a esa posibilidad. El estándar mínimo protegido por el art. 79.3 LF tampoco puede descender por efecto de la integración de Alemania en estructuras supranacionales.

230

cc) La autorización para la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea u otras instituciones interestatales permite un desplazamiento del poder político a organizaciones internacionales. Sin embargo, la habilitación para ejercer competencias supranacionales proviene de los Estados miembros de tal organización. Por lo tanto, ellos continúan siendo de modo permanente los “señores de los Tratados”. La fuente del poder público comunitario y de la Constitución europea que lo constituye, en el sentido funcional, son los pueblos de Europa democráticamente constituidos en sus Estados. La “Constitución de Europa”, el Derecho internacional de los Tratados o Derecho primario, continúa siendo un ordenamiento fundamental derivado. Este ordenamiento funda una autonomía supranacional ciertamente amplia en la práctica política cotidiana, mas está siempre limitada a ciertos ámbitos determinados. La autonomía sólo puede ser entendida aquí, como es habitual en el Derecho de la administración autónoma, como un poder público independiente, pero derivado, es decir, cedido por otros sujetos de derecho. Por el contrario, la soberanía internacional y estatal requiere, en razón de sus propias bases constitucionales, la independencia de toda voluntad extranjera (cfr. Carlo Schmid, Generalbericht in der Zweiten Sitzung des Plenums des Parlamentarischen Rates am 8. September 1948, en: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, tomo 9, 1996, p. 20 ss.). No es determinante si una organización internacional tiene personalidad jurídica, es decir, si puede actuar en forma vinculan-

231

te como sujeto de relaciones jurídicas de Derecho internacional público. La cuestión determinante es cómo está configurada la relación jurídica fundamental entre la organización internacional y los Estados miembros o Estados parte, que crearon esa organización y le otorgaron personalidad jurídica.

Conforme a la autorización para la integración del art. 23.1 LF en concordancia con el Preámbulo, el art. 20, el art. 79 y el art. 146 LF, no puede haber para el poder público europeo un sujeto independiente de legitimación, que se pudiera constituir a sí mismo, sin derivar de una voluntad exterior y por derecho propio a un nivel en cierto modo superior. 232

d) La Ley Fundamental no habilita a los órganos del Estado alemán para transferir derechos de soberanía de modo tal que el ejercicio de la misma permitan fundamentar otras competencias para la Unión Europea de forma independiente. La Ley Fundamental prohíbe la transferencia de la *Kompetenz-Kompetenz* (cfr. BVerfGE 89, 155 <187 s., 192, 199>; cfr. también BVerfGE 58, 1 <37>; 104, 151 <210>). Incluso, una ampliación del grado de autonomía del poder político de la Unión Europea, a través de la atribución de competencias cada vez mas numerosas y de la superación gradual de los casos en que la unanimidad aún es requerida o de las regulaciones hasta ahora determinantes de la igualdad entre los Estados, sólo puede tener lugar, desde la perspectiva del Derecho constitucional alemán, a partir de la libertad de acción del pueblo que se autodetermina. En virtud de la Constitución, tales pasos de la integración deben ser materialmente limitados por el acto de transferencia y ser, por principio, revocables. Por esta razón –no obstante la vinculación por tiempo indeterminado establecida en los Tratados– una eventual retirada de la asociación de integración europea (*Integrationsverband*) no debe ser impedida por otros Estados miembros ni por el poder público autónomo de la Unión. No se trata de una secesión de una asociación de Estados (*Staatsverband*) –problemática desde el punto de vista del Derecho internacional público– (Tomuschat, *Secession and Self-Determination*, en: Kohen, *Secession – International Law Perspectives*, 2006, p. 23 ss.), sino simplemente del abandono de una unión de Estados (*Staatenverbund*), unión sustentada en el principio del compromiso autónomo y reversible. 233

Por esta razón, el principio de atribución de competencias no es sólo un principio del Derecho europeo (art. 5.1 TCE; art. 5.1, frase 1, y 5.2 TUE-Lisboa; cfr. Kraußer, *Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages*, 1991), sino que –al igual que la obligación de la Unión Europea de respetar la identidad nacional de los Estados miembros (art. 6.3 TUE; art. 4.2, frase 1 TUE-Lisboa)– adopta principios constitucionales de los Estados miembros. En este sentido, el principio de atribución de competencias y la obligación de Derecho europeo de respetar la identidad son expresión, en los Tratados, del fundamento del poder público de la Unión en el Derecho constitucional estatal. 234

La identidad constitucional, que no es transferible y en esa medida está protegida frente al proceso de integración (art. 79.3 LF), se corresponde con la obligación del 235

Derecho europeo de respetar el poder constituyente de los Estados miembros como “señores de los Tratados”. En el marco de su competencia, el Tribunal Constitucional Federal habrá de verificar, de darse el caso, si estos principios son respetados.

e) El programa de integración de la Unión Europea debe estar suficientemente definido. En la medida en que el pueblo no está llamado a decidir directamente, sólo lo que puede ser aprobado por el Parlamento puede considerarse como democráticamente legitimado (cfr. BVerfGE 89, 155 <212>). Los órganos constitucionales alemanes no están facultados para conferir una habilitación en blanco para el ejercicio del poder público, sobre todo si ésta produce un efecto vinculante directo en el ordenamiento jurídico interno (cfr. BVerfGE 58, 1 <37>; 89, 155 <183 s., 187>). En tanto en cuanto los Estados miembros configuren el Derecho de los tratados de manera tal que, preservando fundamentalmente el principio de atribución de competencias, sea posible adoptar una modificación de este Derecho sin un procedimiento de ratificación, solamente o de manera determinante a través de los órganos de la Unión –aunque se adopte por unanimidad– recae, junto a la responsabilidad del Gobierno federal, una especial responsabilidad sobre los cuerpos legislativos en el marco de la participación. En Alemania, dicha participación debe satisfacer a nivel interno las exigencias del art. 23.1 LF (responsabilidad en el proceso de integración) y, en su caso, puede ser exigida en un procedimiento ante el Tribunal Constitucional.

aa) Toda adhesión a un sistema para mantener la paz, a organizaciones internacionales o supranacionales, abre la posibilidad de que las instituciones así creadas, incluso y precisamente cuando sus órganos actúan conforme al mandato que les ha sido asignado, se desarrollen de manera autónoma y muestren una tendencia hacia su propio reforzamiento político. Por esta razón, una ley que autoriza la integración –tal como la Ley de aprobación del Tratado– podrá únicamente, a pesar del principio de atribución de competencias, esbozar un programa dentro de cuyos límites tendrá lugar un desarrollo político que no puede estar preestablecido en todos los puntos. Quien se fundamenta en la integración debe ser consciente de que es posible la formación autónoma de la voluntad de los órganos de la Unión. Por lo tanto, se debe aceptar una tendencia a preservar el acervo comunitario (*acquis communautaire*) y a interpretar las competencias de modo eficaz en el sentido de la doctrina norteamericana de *implied powers* (cfr. también Corte Internacional de Justicia, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion del 11 de abril de 1949, ICJ Reports 1949, p. 174 <182 ss.>) o de la regla del *effet utile* del Derecho de los tratados internacionales (cfr. respecto al buen sentido de esta regla: Gill, *The League of Nations from 1929 to 1946*, 1996; Rouyer-Hameray, *Les compétences implicites des organisations internationales*, 1962, p. 90 ss.; especialmente sobre el Derecho europeo: Pescatore, *Monisme, dualisme et „effet utile“ dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne*, en: *Festschrift für Rodríguez Iglesias*, 2003, p. 329 ss.; cfr. respecto al desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Die Selbstautorisierung des Agenten, Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum US Supreme Court*, 2008,

236

237

p. 320 ss.). Esto forma parte del mandato de integración deseado por la Ley Fundamental.

bb) En virtud de la Constitución, la confianza en la fuerza constructiva del mecanismo de integración no puede, sin embargo, ser ilimitada. Cuando en el proceso de integración europeo el Derecho primario es modificado o interpretado de manera extensiva por los órganos, surge una tensión constitucionalmente relevante entre el principio de atribución de competencias y la responsabilidad constitucional en el proceso de integración de cada Estado miembro. Cuando las competencias legislativas o de administración son transferidas sólo de manera indeterminada o para favorecer un desarrollo dinámico ulterior, o cuando los órganos pueden establecer nuevas competencias, completar competencias ampliándolas o extender materialmente ciertas competencias, estos órganos corren el riesgo de sobrepasar el programa de integración preestablecido y de actuar fuera de la autorización que le ha sido atribuida. Se mueven por un camino al final del cual se encuentra el poder de disposición sobre sus fundamentos convencionales, es decir, la competencia para disponer de sus competencias. Existe la amenaza de transgresión del principio de atribución de competencias, principio constitutivo de la Unión, y de la responsabilidad en el proceso de integración que involucra a los Estados miembros, cuando los órganos de la Unión Europea pueden decidir sin restricción y sin control externo –aunque éste sea muy restringido y entendido como excepcional– cómo debe interpretarse el Derecho de los tratados.

238

Por esta razón, conforme a la Constitución, se exige no estipular en los Tratados disposiciones dinámicas con carácter de habilitación en blanco o, cuando dichas disposiciones aún pueden interpretarse de una manera que respete la responsabilidad nacional de integración, que se adopten medidas internas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo de esa responsabilidad. La Ley de aprobación y la legislación nacional de acompañamiento deben estar concebidas de tal manera que la integración europea continúe rigiéndose por el principio de atribución de competencias, sin que exista para la Unión Europea la posibilidad de apoderarse de la *Kompetenz-Kompetenz* o de lesionar la identidad constitucional de los Estados miembros, protegida frente al proceso de integración, en el caso de Alemania, la identidad de la Ley Fundamental. En lo concerniente a los casos que están al límite de lo aún permitido constitucionalmente, el legislador alemán deberá eventualmente tomar medidas efectivas en las leyes de acompañamiento de la aprobación del Tratado para asegurar que la responsabilidad en el proceso de integración de los órganos legislativos se pueda ejercer de manera suficientemente adecuada.

239

Dentro de la jurisdicción alemana debe ser posible, además, poder exigir la responsabilidad en el proceso de integración en el caso de que se excedan manifiestamente los límites en el ejercicio de las competencias por parte de la Unión Europea –ello fue subrayado también por los apoderados del Bundestag alemán y del Gobierno federal en la audiencia pública– y para la salvaguardia del núcleo esencial intangible de la identidad constitucional de la Ley Fundamental en el marco de un control juris-

240

dicional de la identidad (cfr. BVerfGE 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>; 113, 273 <296>). A este fin, el Tribunal Constitucional Federal ya ha abierto la vía del control *ultra vires*, que se aplica en caso de violación de los límites en el ejercicio de las competencias por los órganos comunitarios y de la Unión. Cuando no sea posible obtener protección jurídica a nivel de la Unión, el Tribunal Constitucional Federal controla si los actos jurídicos de las instituciones y órganos europeos, conforme al principio de subsidiariedad del Derecho comunitario y del Derecho de la Unión (art. 5.2 TCE; art. 5.1, frase 2, y art. 5.3 TUE-Lisboa), respetan los límites de los derechos de soberanía que le han sido transferidos por la vía del principio de atribución de competencias (cfr. BVerfGE 58, 1 <30 s.>; 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>; en lo relativo a actos que traspasan estos límites). Adicionalmente, el Tribunal Constitucional Federal controla si queda garantizado el núcleo esencial intangible de la identidad constitucional de la Ley Fundamental de conformidad con el art. 23.1, frase 3, en concordancia con el art. 79.3 LF (cfr. BVerfGE 113, 273 <296>). El ejercicio de esta competencia de control dotada de fundamento constitucional respeta el principio de apertura hacia el Derecho europeo por parte de la Ley Fundamental (*Euro-parechtsfreundlichkeit*), y por tanto no contradice el principio de la cooperación leal (art. 4.3 TUE-Lisboa); sólo así pueden garantizarse, en el marco del continuo proceso de integración, las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los Estados miembros soberanos que reconoce el art. 4.2, frase 1, TUE-Lisboa. En este sentido, la garantía de la identidad constitucional nacional en el Derecho constitucional y en el Derecho de la Unión van de la mano en el espacio jurídico europeo. El control del respeto de la identidad constitucional permite verificar si se están violando los principios del art. 1 y del art. 20 LF declarados como intangibles por el art. 79.3 LF a consecuencia de la actuación de los órganos europeos. Con ello se garantiza que la primacía del Derecho de la Unión sólo rige en virtud y dentro del marco de la habilitación constitucional vigente.

Tanto el control *ultra vires* como el de identidad constitucional pueden conducir a que el Derecho comunitario, o en el futuro el Derecho de la Unión, sea declarado inaplicable en Alemania. A fin de proteger la funcionalidad del ordenamiento jurídico comunitario, la aplicación del Derecho constitucional de manera abierta al Derecho europeo y en observancia del principio jurídico contenido en el art. 100.1 LF, exige que tanto la declaración de que un acto es *ultra vires* como la declaración de una violación de la identidad constitucional sean competencia exclusiva del Tribunal Constitucional Federal. No es necesario decidir en este punto en qué procedimientos específicos el Tribunal Constitucional Federal puede ejercer ese control. Entra en consideración la utilización de procedimientos ya previstos, como son el control abstracto (art. 93.1 núm. 2 LF) y el control concreto (art. 100.1 LF) de normas, el conflicto entre órganos constitucionales (art. 93.1, núm. 1 LF), el conflicto entre la Federación y los Länder (art. 93.1, núm. 3 LF) y el recurso de amparo (art. 93.1, núm. 4a LF). Sin embargo, también sería posible la creación por parte del legislador de un procedimiento contencioso constitucional adicional, diseñado especialmente para el control *ultra vires* y el control de identidad constitucional, a fin de garantizar la obli-

241

gación de los órganos alemanes de dejar de aplicar en Alemania, en casos concretos, los actos jurídicos de la Unión que sobrepasen las competencias de la Unión o violen la identidad constitucional.

Si el Derecho de los tratados determina las competencias de la Unión Europea de una manera que puede, en principio, ser aprobada, pero éstas pueden ser desarrolladas más allá de las posibilidades que ofrece una interpretación basada en el principio del *effet utile* o de una competencia implícita para redondear las competencias transferidas, es decir, si el contenido de una competencia sólo es definido concretamente mediante actos jurídicos específicos a nivel de la Unión, y los procesos de decisión pueden ser modificados en ese nivel de forma autónoma, Alemania está autorizada a participar sólo si se garantiza a nivel interno que las exigencias constitucionales son respetadas. Con la ratificación de Tratados de Derecho internacional que regulan las relaciones políticas de la Federación (art. 59.2 LF), se garantiza de manera general la participación de los órganos legislativos en las relaciones exteriores exigida por la Constitución (cfr. BVerfGE 104, 151 <194>) y se imparte la orden de aplicación en el Derecho interno del Derecho de los tratados acordado por el ejecutivo (cfr. BVerfGE 99, 145 <158>; BVerwGE [decisión del Tribunal Federal Contencioso-administrativo] 110, 363 <366>).

242

Para la integración europea rige la reserva de ley prevista en el art. 23.1, frase 2 LF, según la cual los derechos de soberanía sólo pueden ser transferidos mediante ley y con la aprobación del Bundesrat. A fin de salvaguardar la responsabilidad en el proceso de la integración y de proteger la estructura constitucional, esta reserva de ley se ha de interpretar en el sentido que permita abarcar toda modificación de los textos que constituyen los fundamentos del Derecho primario europeo. Así, los órganos legislativos de la Federación también ejercen su responsabilidad política, comparable a la que ejercen en el marco del procedimiento de ratificación, igualmente en relación a los procedimientos de revisión simplificados o para redondear los Tratados, en todos los casos de modificaciones competenciales ya reguladas pero que aún requieren su concreción por otros actos jurídicos así como en los casos de modificación de las disposiciones relativas a los procedimientos de decisión. Con ello se garantiza una protección jurídica que se corresponde con la proporcionada en un proceso de ratificación.

243

3. La configuración de la Unión Europea debe corresponder a principios democráticos tanto en la naturaleza y alcance de la transferencia de derechos de soberanía como en la estructuración organizativa y procedimental del poder de actuación autónomo de la Unión (art. 23.1, art. 20 apartados 1 y 2, en concordancia con el art. 79.3 LF). Ni la integración europea puede conducir a un vaciamiento del sistema de gobierno democrático en Alemania (a), ni el poder público supranacional por sí mismo puede dejar de cumplir las exigencias democráticas fundamentales (b).

244

a) Sobre los órganos constitucionales alemanes recae una responsabilidad en el proceso de integración duradera en el tiempo. Esa responsabilidad está orientada,

245

en el contexto de una evaluación general, a garantizar que en la transferencia de derechos de soberanía y en la configuración de los procedimientos de decisión europeos tanto el sistema político de la República Federal de Alemania como el de la Unión Europea se correspondan con los principios democráticos en el sentido del art. 20, apartados 1 y 2, en concordancia con el art. 79.3 LF.

La elección por el pueblo de los diputados del Bundestag alemán sólo cumple con su rol trascendente en el sistema de interdependencias federales y supranacionales de poder, si el Bundestag alemán, en representación del pueblo, y el Gobierno federal sustentado por el Bundestag, conservan una influencia determinante sobre el desarrollo político en Alemania. Este es el caso cuando el Bundestag alemán conserva funciones y atribuciones propias de relevancia política sustancial o cuando el Gobierno federal, que debe responder políticamente al Bundestag, está en condiciones de ejercer una influencia determinante en los procesos de decisión europeos (cfr. BVerfGE 89, 155 <207>).

246

aa) La federalización hacia el interior y la supranacionalización hacia el exterior pueden abrir nuevas posibilidades de participación ciudadana. De ellas se deriva una cohesión reforzada entre unidades más pequeñas o más grandes y mejores oportunidades de conciliación pacífica de intereses divergentes entre regiones y Estados. Las interdependencias federales o supranacionales crean posibilidades de acción que de otro modo se encontrarían con límites prácticos o territoriales y facilitan la conciliación pacífica de intereses divergentes. Pero, al mismo tiempo dificultan la formación de una voluntad mayoritaria capaz de imponerse y que emane directamente del pueblo (art. 20.2, frase 1 LF). La asignación de decisiones a determinados actores que son responsables pierde transparencia, lo cual trae como consecuencia que los ciudadanos, al votar, prácticamente no pueden orientarse en relaciones de responsabilidad tangibles. Por esa razón, el principio democrático impone límites de contenido a la transferencia de derechos de soberanía, límites que no derivan de la indisponibilidad del poder constituyente y de la soberanía estatal.

247

bb) La preservación de la soberanía exigida por el principio democrático en el sistema constitucional vigente en el sentido de apertura a la integración y al Derecho público internacional ordenado por la Ley Fundamental, no significa por sí sola que una cantidad determinable previamente o que ciertos tipos de derechos de soberanía deberían permanecer en manos del Estado. La participación de Alemania en el desarrollo de la Unión Europea permitida por el art. 23.1, frase 1, LF abarca, además de la formación de una comunidad económica y monetaria, también una unión política. Esta unión política significa el ejercicio conjunto del poder público, incluyendo el poder legislativo, que comprende los ámbitos que tradicionalmente forman el núcleo de las competencias del Estado. Ello está previsto en la idea europea de paz y unión, particularmente cuando se trata de la coordinación de situaciones relativas a la vida transfronteriza y de la garantía de un espacio económico y jurídico común dentro del cual los ciudadanos de la Unión puedan desarrollarse libremente (art. 3.2 TUE-Lisboa).

248

cc) La unificación europea, sobre la base de una unión establecida entre Estados soberanos mediante tratados internacionales, no debería lograrse de tal manera que en los Estados miembros ya no quede margen de acción política suficiente para configurar las condiciones de vida económicas, culturales y sociales. Ello es especialmente predicable en aquellos ámbitos materiales que determinan las circunstancias vitales de los ciudadanos, en particular su espacio privado (protegido por los derechos fundamentales) y de seguridad personal y social, que está bajo su propia responsabilidad. Lo mismo ha de afirmarse respecto a las decisiones políticas que dependen especialmente de concepciones previas de aspectos culturales, históricos y lingüísticos particulares y que se adoptan en un proceso de discusión política en un espacio público organizado por el régimen parlamentario y por los partidos políticos. Entre las áreas esenciales de la configuración democrática se cuentan, la ciudadanía, el monopolio del poder civil y militar, los ingresos y egresos, incluyendo los créditos, así como las restricciones más importantes en el contexto de la realización de los derechos fundamentales, incluidas la privación de libertad impuesta por el sistema penal o en el caso de medidas de internamiento. También forman parte de estas áreas significativas los temas culturales, tales como la utilización de la lengua, la configuración de las condiciones familiares y educativas, el ordenamiento de la libertad de opinión, de prensa y de reunión, o el manejo de la confesión religiosa o de la cosmovisión.

249

dd) Democracia no significa sólo respeto a los principios formales de organización (cfr. BVerfGE 89, 155 <185>) y tampoco es sólo una incorporación corporativa de grupos de intereses. La democracia vive, en primer lugar de y en una opinión pública capaz de funcionar, que se concentra sobre las decisiones esenciales de la orientación política y en la atribución periódica de cargos políticos relevantes en los que compiten el gobierno y la oposición. Esa opinión pública hace visibles las alternativas existentes en las elecciones y votaciones y también las toma en consideración para las decisiones sobre cuestiones particulares, de manera que permanezcan presentes en el espacio de información pública y contribuyan a la formación de la voluntad política del pueblo a través de los partidos, que están abiertos a la participación de todos los ciudadanos. En este sentido, el art. 38 y el art. 20, apartados 1 y 2 LF también protegen la relación entre la decisión política y la voluntad mayoritaria constituida a través de las elecciones y del dualismo gobierno-oposición derivado de ellas, en un sistema de diversidad de partidos políticos en competencia y con una opinión pública que observa y controla.

250

A pesar de que los grandes éxitos de la integración europea han creado un espacio político público europeo en franca cooperación temática en sus respectivos espacios de resonancia estatales que crece visiblemente (cfr. al respecto BVerfGE 89, 155 <185>; Trenz, Europa in den Medien, Die europäische Integration im Spiegel nationaler Öffentlichkeit, 2005), no se puede ignorar la percepción pública de determinadas personas y líderes políticos y de temas específicos, la cual permanece en gran medida asociada a los modelos de identificación nacionales, idiomáticos, históricos

251

y culturales. Por eso, tanto el principio democrático como el principio de subsidiariedad, igualmente exigido estructuralmente por el art. 23.1 frase 1 LF, requieren limitar materialmente de una manera previsible la transferencia y el ejercicio de derechos soberanos a la Unión Europea, particularmente en áreas políticas fundamentales para el desarrollo personal y la organización social de las condiciones de vida. En estos ámbitos resulta especialmente conveniente trazar una línea límite donde la coordinación de situaciones transfronterizas es objetivamente necesaria.

Los ámbitos considerados como especialmente sensibles para la propia capacidad de configuración democrática de un Estado constitucional han sido tradicionalmente relacionados con las decisiones sobre el Derecho penal material y formal (1), la disposición sobre el monopolio de la fuerza –fuerza policial hacia el interior, fuerzas armadas hacia el exterior (2), las decisiones fundamentales fiscales relativas a los ingresos y gastos públicos– en particular las motivadas por consideraciones de política social– (3), la conformación de las condiciones de vida en el Estado social (4), y las decisiones de singular importancia desde una perspectiva cultural, tales como en el Derecho de familia, el sistema escolar y educativo o el tratamiento de las comunidades religiosas (5).

252

(1) La administración de justicia penal depende, tanto en lo que concierne a las condiciones de punibilidad como en lo relativo a la concepción de lo que es un procedimiento penal justo y razonable, al igual que de concepciones previas sobre aspectos culturales, históricos, lingüísticos y de las alternativas que se van formando en el proceso deliberativo, que mueven a la opinión pública respectiva (cfr. Weigend, *Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur?* ZStW 1993, p. 774 <785>). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca de las garantías en el procedimiento penal demuestra las coincidencias a este respecto, pero también las diferencias entre las naciones europeas (cfr. Contribuciones de Bank <Cap. 11>; Grabenwarter/Pabel <Cap. 14> y Kadelbach <Cap. 15> en: Grote/Marauhn, *EMRK/GG*, 2006; Gollwitzer, *Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR*, 2005). Sin embargo, la penalización de la conducta social sólo se puede derivar normativamente en forma limitada de valores y premisas morales compartidos en toda Europa. La decisión respecto a la punibilidad de una conducta, sobre el rango de bienes jurídicos y sobre el sentido y la medida de la amenaza penal, es más bien, y particularmente, responsabilidad del proceso de decisión democrático (cfr. BVerfGE 120, 224 <241 s.>). En este ámbito tan importante desde el punto de vista constitucional, una transferencia de derechos de soberanía más allá de la cooperación intergubernamental sólo debería conducir a una armonización para determinados hechos de carácter transfronterizo y bajo condiciones muy restrictivas; en todo caso los Estados miembros deberán conservar, por principio, sustanciales márgenes de acción (cfr. BVerfGE 113, 273 <298 s.>).

253

(2) La Ley Fundamental establece una limitación similar con respecto a las decisiones sobre el empleo de las fuerzas armadas alemanas (*Bundeswehr*). Con la excepción de los casos de defensa, las misiones de las fuerzas armadas en el extranjero

254

solamente están permitidas en sistemas de seguridad colectiva mutua (art. 24.2 LF), con lo que cada misión concreta depende de forma constitutiva de la aprobación del Bundestag alemán (cfr. BVerfGE 90, 286 <381 s.>; 100, 266 <269>; 104, 151 <208>; 108, 34 <43>; 121, 135 <153 s.>; jurisprudencia reiterada). El *Bundeswehr* es un “ejército del Parlamento” (BVerfGE 90, 286 <382>), y sobre su empleo ha de decidir el órgano de representación del pueblo (cfr. BVerfGE 90, 286 <383 ss.>). El uso de las fuerzas armadas tiene una influencia fundamental sobre los derechos individuales de las/los soldados así como de otras personas afectadas por las acciones militares y conlleva riesgos de profundas implicaciones.

Aun cuando la Unión Europea se desarrollara hacia un sistema regional de seguridad colectiva mutua orientado a conservar la paz en el sentido del art. 24.2 LF, una supranacionalización que trajera consigo una primacía de aplicación respecto al empleo concreto de las fuerzas armadas alemanas, no es admisible en este ámbito, en razón de la exigencia de paz y democracia, que prima sobre la autorización para la integración regulada en el art. 23.1 LF. La reserva parlamentaria constitutiva para el empleo del *Bundeswehr* en el extranjero se encuentra protegida frente al proceso de integración. Sin embargo, con ello no se ha trazado constitucionalmente una barrera insuperable para la integración técnica de una misión de las fuerzas armadas europeas a través de cuadros de mando comunes, para la formación de dispositivos comunes de las fuerzas armadas o para una coordinación de adquisición de armamento conjunto entre países europeos. Sólo la decisión sobre la misión concreta respectiva depende de la aprobación constitutiva del Bundestag alemán.

255

(3) Si la determinación de la naturaleza y cuantía de los impuestos que afectan al ciudadano se supranacionalizara de manera considerable, habría una transferencia de los derechos del Bundestag alemán en materia presupuestaria, violatoria del contenido esencial del principio democrático y del derecho de elegir a los miembros del Bundestag alemán. Le corresponde al Bundestag alemán decidir sobre la suma de las cargas impositivas y asumir la responsabilidad ante el pueblo. Lo mismo rige para gastos esenciales del Estado. En este ámbito precisamente la responsabilidad en la política social corresponde al proceso de decisión democrático, sobre el cual los ciudadanos desean influir a través del sufragio libre e igual. La prerrogativa sobre el presupuesto representa el ámbito en el que tienen lugar las decisiones políticas conceptuales sobre la relación entre las cargas económicas y los beneficios otorgados por el Estado. Por esa razón la discusión parlamentaria del presupuesto –incluyendo la cuantía del endeudamiento– es entendida como debate político general. No todo compromiso europeo o internacional con efecto sobre el presupuesto pone en riesgo la capacidad organizativa del Bundestag como legislador del presupuesto. La adaptación a las exigencias y compromisos que el legislador del presupuesto debe incluir en su propia planificación como factores no directamente influenciados, forma parte de la apertura del ordenamiento jurídico y social y de la integración europea deseada por la Ley Fundamental. Sin embargo, lo decisivo es que la responsabilidad general aún pueda ser asumida en el Bundestag alemán con suficientes márgenes de dis-

256

crecionalidad política en lo relativo a los ingresos y gastos.

(4) El principio del Estado social se fundamenta en la obligación del Estado de garantizar un ordenamiento social justo (cfr. BVerfGE 59, 231 <263>; 100, 271 <284>). El Estado debe cumplir con esta obligación sobre la base de un amplio margen de discrecionalidad, por lo que hasta el presente, de este principio sólo en casos excepcionales se han derivado obligaciones constitucionales de actuar en concreto. El Estado solamente debe crear las condiciones mínimas para una existencia digna de sus ciudadanos (cfr. BVerfGE 82, 60 <80>; 110, 412 <445>). El principio del Estado social asigna una tarea al Estado, pero sin embargo guarda silencio sobre cómo debe alcanzarse. 257

Las exigencias constitucionales para una integración social o una “unión social” están claramente limitadas. La participación de Alemania en el proceso de integración según el art. 23.1, frase 1 LF depende de la obligación de la Unión Europea de respetar, entre otros, los principios sociales. Así, la Ley Fundamental protege no sólo defensivamente las tareas sociales para el Estado alemán frente a las incursiones supranacionales, sino que aspira comprometer a la autoridad pública europea con la responsabilidad social en el cumplimiento del espectro de funciones transferidas (cfr. Heinig, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, 2008, p. 531 ss.). Sin embargo, para los órganos de la Unión Europea también se aplica la máxima de que el principio del Estado social necesariamente presupone la concreción política y jurídica para poder surtir efecto. 258

Así, las decisiones fundamentales de la política social deben ser tomadas por los órganos legislativos alemanes bajo su propia responsabilidad. En particular, la tarea de garantizar el mínimo existencial del individuo, una función del Estado no sólo basada en el principio del Estado social, sino también en el art. 1.1 LF, debe permanecer como función primaria de los Estados miembros, aun cuando no se excluya la coordinación que pueda conducir a una armonización progresiva. Esto se corresponde con las limitadas posibilidades de la Unión Europea, tanto en lo jurídico como en lo fáctico, de conformar las estructuras de un Estado social. 259

(5) Por último, la autodeterminación democrática depende especialmente de la posibilidad de poder realizarse en su propio espacio cultural, particularmente cuando se trata de decisiones tomadas en el sistema escolar y educativo, en el Derecho de familia, en el idioma, en ámbitos parciales del ordenamiento de los medios y sobre el estatus de iglesias, comunidades religiosas y comunidades filosóficas. Las actividades de la Unión Europea en estas áreas que ya son perceptibles, interfieren en la sociedad a un nivel que corresponde en primer lugar a los Estados miembros y a sus entidades territoriales. La configuración de planes de estudio y sus contenidos educativos, así como el diseño de un sistema escolar organizado en tipos de escuela, constituyen decisiones políticas fundamentales que guardan una estrecha relación con las raíces culturales y los valores de cada uno de los Estados. Al igual que el derecho que rige las relaciones familiares y las decisiones sobre cuestiones del idio- 260

ma y de la incorporación de lo trascendente a la vida pública, la configuración del sistema escolar y educativo afecta especialmente convicciones y valores que están arraigados en tradiciones y experiencias históricas específicas. En este caso, la autodeterminación democrática exige que la comunidad política unida por tales tradiciones y convicciones continúe siendo sujeto de legitimación democrática.

b) La cláusula de garantía estructural del art. 23.1, frase 1 LF limita el objetivo, mencionado en la definición de los fines del Estado, de participar en una Unión Europea que en sus estructuras elementales se corresponda con el núcleo de los principios protegidos por el art. 79.3 LF, incluso frente a su posible modificación por el legislador de reforma de la Constitución. La configuración de la Unión Europea en cuanto a la transferencia de derechos de soberanía, órganos y procedimientos de decisión debe estar en conformidad con los principios democráticos (art. 23.1, frase 1 LF). Las exigencias concretas a los principios democráticos dependen del alcance de los derechos de soberanía transferidos y del grado de autonomía de los procedimientos de decisión europeos.

261

aa) Las exigencias constitucionales del principio democrático en relación a la estructura organizativa y a los procedimientos de decisión de la Unión Europea dependen del alcance de las funciones soberanas que se transfieren a la Unión Europea y del grado de autonomía política en el ejercicio de los derechos de soberanía transferidos. Un fortalecimiento de la integración puede ser inconstitucional si el nivel de legitimación democrática no es coherente con el alcance y la importancia del poder político supranacional. Mientras y en tanto el principio de atribución de competencias quede garantizado en una unión de Estados soberanos con marcados rasgos de cooperación ejecutiva e intergubernamental, la legitimación de los Estados miembros proporcionada a través de los Parlamentos y Gobiernos nacionales es, en principio, suficiente y es complementada y sostenida por el Parlamento Europeo, elegido en sufragio directo (cfr. BVerfGE 89, 155 <184>).

262

Si por el contrario, se traspasara el umbral del Estado federal y de la renuncia a la soberanía nacional, lo que en Alemania presupone una decisión libre del pueblo que iría más allá de la vigencia actual de la Ley Fundamental, deberían cumplirse los requerimientos democráticos a un nivel que se correspondieran totalmente con las exigencias de legitimación democrática de una asociación soberana (*Herrschaftsverband*) organizada como Estado. Este nivel de legitimación ya no podría estar impuesto por los ordenamientos constitucionales nacionales.

263

Habría un déficit democrático estructural intolerable, según el art. 23 en concordancia con el art. 79.3 LF, si el alcance de las competencias, el poder de configuración política y el grado de formación autónoma de la voluntad de los órganos de la Unión llegase a alcanzar un nivel tal que se correspondiese con el nivel de la Federación en un Estado federal (análogo al de un Estado), porque, por ejemplo, las competencias legislativas esenciales para la autodeterminación democrática se ejercerían predominantemente a nivel de la Unión. Si en el transcurso de la evolución de la inte-

264

gración europea surgiera una desproporción entre el tipo y el alcance de los derechos de soberanía ejercidos, por una parte, y el grado de legitimación democrática por otra, le corresponde a la República Federal de Alemania, en virtud de su responsabilidad en el proceso de integración, actuar en procura de una reforma y, en caso extremo, incluso rehusarse a continuar participando en la Unión Europea.

bb) Para salvaguardar los fundamentos democráticos puede ser necesario resaltar claramente en los Tratados y en su aplicación e interpretación el principio de atribución de competencias a fin de preservar el equilibrio de las fuerzas políticas de Europa entre los Estados miembros y el nivel de la Unión como condición para la distribución de derechos de soberanía dentro de la unión. 265

Sin embargo, el art. 23.1, frase 1 LF no exige, en cuanto al cumplimiento de los principios democráticos por parte de la Unión Europea, una “congruencia estructural” (respecto a este término cfr. Kruse, “Strukturelle Kongruenz und Homogenität”, en: Mensch und Staat in Recht und Geschichte, Festschrift für Herbert Kraus, 1954, p. 112 <123>) ni tampoco una compatibilidad del orden institucional de la Unión Europea con el orden que el principio democrático de la Ley Fundamental establece para el nivel interno. Se requiere, sin embargo, una configuración democrática acorde con el estatus y la función de la Unión (cfr. Hobe, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, p. 153; Pernice, en: Dreier, GG, tomo II, 2ª ed. 2006, Art. 23 núm. marginal 48; Rojahn, en: von Münch/Kunig, GG, tomo 2, 5ª ed. 2001, Art. 23 núm. marginal 21; Röben, Außenverfassungsrecht, 2007, p. 321: “strukturelle Kompatibilität”). Se desprende del significado y propósito de la cláusula de garantía estructural que el principio democrático de la Ley Fundamental no necesariamente debe realizarse de la misma manera al nivel europeo en que todavía se exigía en la década de 1950 y a principios de la década de 1960 para instituciones internacionales en el sentido del art. 24.1 LF (cfr. por ejemplo Kruse, *op.cit.*, p. 112 <123>; Friauf, Zur Problematik rechtsstaatlicher und demokratischer Strukturelemente in zwischenstaatlichen Gemeinschaften, DVBl 1964, p. 781 <786>). 266

El principio democrático está, esencialmente, abierto a los requerimientos derivados de una organización supranacional, no para adaptar su propio contenido normativo a la facticidad respectiva de cada organización de poder político, sino para preservar una efectividad constante en circunstancias cambiantes (cfr. BVerfGE 107, 59 <91>). Por lo tanto, el art. 23.1, frase 1 LF se sustenta en la premisa de que los principios democráticos no pueden ser realizados en la Unión Europea de la misma manera que en la Ley Fundamental (cfr. Impreso del Bundestag 12/3338, p. 6). 267

cc) En los Estados territoriales modernos la autodeterminación de un pueblo se realiza esencialmente por la elección de los órganos de una asociación soberana que ejerce la función pública. Los órganos deben constituirse por decisión mayoritaria de los ciudadanos, quienes pueden intervenir e influir en la orientación de la base política, tanto en el ámbito personal como material. Una opinión pública libre y la 268

oposición política deben ser capaces de observar críticamente el proceso de decisión en sus rasgos esenciales y de imputarlo razonablemente a los responsables –que por lo general se trata del gobierno– (cfr. art. 20.2, frase 2 LF; BVerfGE 89, 155 <185>; 97, 350 <369>; en Derecho comparado Cruz Villalón, *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich en: von Bogdandy/Cruz Villalón/Huber, Handbuch Ius Publicum Europaeum*, tomo I, 2007, § 13 núm. marginal 102 ss. con más referencias).

Las manifestaciones prácticas de la democracia concretan estos lineamientos respetando los principios de libertad e igualdad del sufragio, ya sea solamente en un órgano de representación parlamentaria que posteriormente cumple la tarea de la formación del gobierno –como por ejemplo, en Gran Bretaña, Alemania, Bélgica, Austria y España– o en un sistema presidencial con una figura de Jefe del Ejecutivo elegido adicionalmente por votación directa –como por ejemplo en los Estados Unidos de América, Francia, Polonia y Bulgaria–. La voluntad directa del pueblo puede expresarse tanto a través de la elección de una representación popular (parlamentaria) como a través de la elección de un Jefe del Poder Ejecutivo (Presidente) como por la decisión mayoritaria en referéndum sobre cuestiones materiales. Los sistemas presidenciales como los de los Estados Unidos de América o de Francia son democracias representativas constituidas de forma dual, mientras que Gran Bretaña o Alemania son ejemplos de sistemas de representación parlamentaria monista. En Suiza el monismo parlamentario es complementado a su vez por fuertes elementos plebiscitarios que también cumplen parte de las funciones de una oposición parlamentaria (cfr. Loewenstein, *Verfassungslehre*, 2ª ed. 1959, con apéndice 1969, p. 67 ss.; Sommermann, *Demokratiekonzepte im Vergleich*, en: Bauer/Huber/Sommermann, *Demokratie in Europa*, 2005, p. 191 ss.; Mastronardi, *Verfassungslehre, Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat*, 2007, p. 268 s.).

269

En una democracia, el pueblo debe poder designar al gobierno y al poder legislativo en elecciones libres e iguales. Este núcleo esencial puede ser complementado por votaciones plebiscitarias en cuestiones materiales que en Alemania también podrían hacerse posible mediante una reforma de la Ley Fundamental. En la democracia lo que está en el centro de la formación y del ejercicio de poder es la decisión del pueblo: todo gobierno democrático tiene el temor de perder el poder como consecuencia de una derrota electoral. En su sentencia sobre la prohibición del Partido Comunista de Alemania en el año 1956, el Tribunal Constitucional Federal describió a la democracia como la “lucha por el poder político” regulada por el Derecho procesal que se lleva a cabo para lograr la mayoría. Indica la sentencia que se trata de la voluntad de la mayoría real del pueblo que se manifiesta mediante procedimientos cuidadosamente reglamentados y precedida por un debate abierto. El hecho de que la mayoría “siempre puede cambiar”, y de que existe un sistema multipartidista y el derecho a la “oposición política organizada”, fue considerado como constitutivo para la organización democrática del poder del Estado (cfr. BVerfGE 5, 85 <198 s.>).

270

La propia Unión Europea reconoce esta idea fundamental de la democracia como tradición constitucional común europea (cfr. art. 3.1 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 20 de marzo de 1952 < Protocolo núm. 1 al CEDH> <Boletín Oficial Federal 2002 II p. 1072>; CSCE, Documento de la Reunión de Copenhague de la Conferencia sobre la Dimensión Humana de la CSCE, EuGRZ 1990, p. 239 ss., núm. marginal 7) cuando establece los correspondientes requisitos estructurales para los Estados miembros y declara su efectiva realización permanente como condición para poder participar en la integración europea (art. 6.1 TUE; art. 2, TUE-Lisboa; cfr. ya las Conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo en Copenhague de 21 y 22 de junio de 1993, Boletín EU 6-1993, I.13; Agenda 2000, COM (97) 2000 final, Parte I, p. 52). Por cuanto y en la medida que ella misma sólo ejerce poder público derivado, la Unión Europea no necesita satisfacer plenamente tales requisitos. A diferencia de la organización de un Estado federal, el Consejo a nivel europeo no es una segunda cámara, sino el órgano de representación de los “señores de los Tratados” y por consiguiente, no está constituido según la representación proporcional, sino de conformidad con el principio de la igualdad entre los Estados miembros. El Parlamento Europeo, como órgano de representación de los pueblos elegido directamente por los ciudadanos de la Unión, constituye una fuente adicional autónoma de legitimación democrática (cfr. BVerfGE 89, 155 <184 s.>). En tanto que órgano de representación de los pueblos en una comunidad supranacional, caracterizada como tal por una voluntad de unidad limitada, el Parlamento Europeo en su composición no puede ni debe corresponder a los requerimientos que a nivel estatal se derivan del mismo derecho político de sufragio de todos los ciudadanos. La Comisión, en tanto que órgano supranacional específico, tampoco necesita cumplir en toda su extensión las condiciones de un gobierno plenamente responsable ante el Parlamento o ante la decisión mayoritaria de los electores, porque la propia Comisión no depende de manera comparable de la voluntad del elector.

En tanto el orden competencial europeo esté regido por el principio de atribución de competencias y se configuren los procedimientos de decisión de manera cooperativa, salvaguardando la responsabilidad en el proceso de integración de los Estados miembros, y en tanto se conserve un balance equilibrado entre las competencias de la Unión y las competencias de los Estados miembros, la democracia de la Unión Europea no puede, ni necesita, estar configurada de manera análoga a un Estado. La Unión Europea más bien tiene libertad para buscar vías propias de complementación democrática mediante formas adicionales y novedosas de procedimientos de decisión política transparentes o participativos. La participación meramente deliberativa de los ciudadanos y sus organizaciones sociales en el poder político –esto es, su implicación directa en las deliberaciones de los órganos competentes para adoptar las decisiones políticas vinculantes– no puede ciertamente reemplazar la relación de legitimación originada en elecciones y votaciones. Tales elementos de democracia participativa pueden, sin embargo, asumir una función complementaria en la legitimación del poder público europeo. Esto abarca especialmente aquellas formas de

legitimación, en las que el compromiso de la ciudadanía se pueda incorporar de manera más directa, especializada y profunda en relación al asunto pertinente, brindando por ejemplo a los ciudadanos de la Unión y a las asociaciones sociales relevantes (art. 11.2 TUE-Lisboa: “asociaciones representativas”) la oportunidad de articular sus puntos de vista de manera adecuada. Estas formas de participación descentralizada, basadas en la distribución de tareas y con potencial de elevar el grado de legitimación, contribuyen por su parte a hacer más efectiva la relación de legitimación primaria de la democracia representativa.

## II.

El Tratado de Lisboa y la Ley de aprobación satisfacen –de conformidad con los argumentos expuestos en los fundamentos de la presente sentencia– las exigencias constitucionales señaladas (1). La Ley por la que se reforma la Ley Fundamental (artículos 23, 45 y 93) tampoco es objetable desde el punto de vista del Derecho constitucional (2). La Ley sobre la ampliación y el fortalecimiento de los Derechos del Bundestag y el Bundesrat en asuntos de la Unión Europea no cumple los requerimientos derivados del art. 38.1 en concordancia con el art. 23.1 LF y debe ser reformulada de manera conforme a la Constitución previamente a la ratificación del Tratado (3). 273

1. La Ley de aprobación del Tratado de Lisboa es compatible con las exigencias de la Ley Fundamental, particularmente con el principio democrático. El derecho de sufragio garantizado por el art. 38.1 LF no está violado. A través de la elección libre e igual de los diputados del Bundestag alemán y de las elecciones similares en los Länder, el pueblo alemán asume siempre, tanto en la Federación como en los Länder, las decisiones sobre las cuestiones políticas fundamentales. Con la elección de los escaños correspondientes a los diputados de Alemania en el Parlamento Europeo se abre una posibilidad de participación complementaria para los ciudadanos alemanes, en su derecho de sufragio, en el sistema institucional europeo, que a través del sistema de competencias transferidas según el principio de atribución, proporciona un nivel suficiente de legitimación. 274

A la vista del alcance de las competencias transferidas y del grado de autonomía alcanzado en los procedimientos de decisión, el nivel de legitimación de la Unión Europea todavía cumple las exigencias constitucionales, siempre que el principio de atribución de competencias quede preservado procesalmente en mayor medida que la prevista en los Tratados (a). Con el Tratado de Lisboa ni se transfiere el poder constituyente, sustraído a la disposición de los órganos constitucionales, ni se renuncia a la soberanía de Estado de la República Federal de Alemania (b). El Bundestag alemán aún conserva funciones y competencias propias de suficiente relevancia (c). 275

a) En el estado actual del proceso de integración, e incluso después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión Europea aún no alcanza una configuración que corresponda al nivel de legitimación propio de una democracia constituida en la forma de Estado constitucional. 276

No sólo desde la perspectiva de la Ley Fundamental la participación de Alemania en la Unión Europea no constituye una transposición de un modelo de Estado federal al nivel europeo, sino se trata más bien de la ampliación del modelo federal constitucional a una dimensión cooperativa supranacional. El Tratado de Lisboa también se ha pronunciado en contra del concepto de una Constitución federal europea en cuyo centro estuviese un Parlamento europeo en tanto que órgano de representación de un nuevo pueblo federal creado constitucionalmente. No puede constatarse una voluntad dirigida a fundar un Estado. Incluso a la luz de los principios del sufragio libre e igual y a las exigencias de un poder ejercido por una mayoría con capacidad para actuar, la Unión Europea no se corresponde con el nivel de la Federación en un Estado federal. Por consiguiente, el Tratado de Lisboa no cambia el hecho de que el Bundestag, como órgano de representación del pueblo alemán, se halla en el centro de un sistema democrático interrelacionado.

277

La Unión Europea cumple los principios democráticos, porque a la luz de un examen cualitativo de la organización de sus funciones y su poder, no reviste justamente una estructura análoga a la de un Estado. El argumento presentado en los escritos de la demanda y del recurso de amparo y que constituye el punto central de las impugnaciones, de que con el Tratado de Lisboa se reemplaza el sujeto de legitimación democrática, no es correcto. La Unión Europea, incluso como unión dotada de personalidad jurídica propia, continúa siendo la obra de Estados democráticos soberanos. Por lo tanto, en el estado actual del proceso de integración no es imperativo configurar el sistema institucional europeo democráticamente de una manera análoga a la de un Estado. En vista del mantenimiento del principio de atribución de competencias y siguiendo una interpretación conforme al texto, el sentido y la finalidad de las nuevas competencias atribuidas por el Tratado de Lisboa, la composición del Parlamento Europeo no debe necesariamente estar en conformidad con el principio de igualdad de una manera tal que se prescindiera de las diferencias en la ponderación del voto de los ciudadanos de la Unión dependiendo del número de habitantes de los Estados miembros.

278

aa) La regla democrática fundamental de la igualdad del efecto de cada voto (“*one man, one vote*”) solamente rige en un pueblo, no con respecto a un órgano de representación supranacional que –si bien la ciudadanía de la Unión se destaca ahora de manera particular– continúa siendo una representación de los pueblos unidos entre sí sobre la base de un Tratado.

279

Examinada bajo las exigencias de un Estado constitucional, la Unión Europea carece de un órgano de decisión política con capacidad de representación unitaria de la voluntad del pueblo, surgido del sufragio igual de todos los ciudadanos de la Unión, incluso tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En relación con ello, falta adicionalmente un sistema de organización del poder en el cual, de una parte, una voluntad mayoritaria europea sirva de soporte a la formación del gobierno de tal manera que tenga su origen en las decisiones de los electores en un sufragio libre e igual y, de otra parte, pueda surgir una competencia real y transparente para los ciu-

280

dadanos entre gobierno y oposición. El Parlamento Europeo, incluso tras la nueva redacción del art. 14.2 TUE-Lisboa y contrariamente a la pretensión que el tenor del art. 10.1 TUE-Lisboa pareciera hacer valer, no es un órgano de representación de un pueblo europeo soberano. Ello se refleja en el hecho de que, como representación de los pueblos mediante las respectivas cuotas nacionales de diputados, el Parlamento Europeo no está concebido como representación de los ciudadanos de la Unión como unidad indiferenciada según el principio de la igualdad de voto de los electores.

Tampoco de la manera en que el Tratado de Lisboa configura las competencias de la Unión Europea surge una soberanía popular autónoma de la totalidad de los ciudadanos de la Unión. En caso de decisiones por escaso margen entre las distintas orientaciones políticas en el Parlamento Europeo, no existe garantía de que la mayoría de los votos emitidos también representa a la mayoría de los ciudadanos de la Unión. Por esta razón, la formación de un gobierno autónomo, que tiene su origen en el Parlamento y está dotado de las potestades habituales que tienen los gobiernos estatales, estaría sujeta a objeciones fundamentales. Una minoría de ciudadanos que existe conforme a las condiciones del sistema de representación podría eventualmente gobernar a través de una mayoría de los diputados en contra de la voluntad política de una mayoría opositora de ciudadanos de la Unión que no se halla reflejada como tal mayoría. Ciertamente, el principio de la igualdad del voto de los electores sólo asegura una representación tan exacta como sea posible de la voluntad popular únicamente si se aplica con rigor un sistema de representación proporcional. Pero también en sistemas de votación mayoritaria existe suficiente garantía de igualdad de los votos de los electores, al menos para el valor numérico y la oportunidad de éxito. Esta garantía se perdería en un sistema que comporte, en una medida no irrelevante, la distribución de escaños por cuotas.

281

bb) La igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio del derecho de sufragio constituye una de las bases esenciales del ordenamiento fundamental liberal-democrático de un Estado, tal como el creado por la Ley Fundamental (cfr. BVerfGE 6, 84 <91>; 41, 399 <413>; 51, 222 <234>; 85, 148 <157 s.>; 99, 1 <13>; 121, 266 <295 s.>).

282

La igualdad de voto no es una particularidad del ordenamiento jurídico alemán. Ella forma parte de los fundamentos jurídicos vinculantes para todos los Estados europeos. El art. 3 del Protocolo Adicional núm. 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) garantiza el derecho a participar en las elecciones a los cuerpos legislativos de un Estado signatario de la Convención, es decir, de votar y de presentarse como candidato para asumir un mandato. Ciertamente, los Estados parte de la Convención disponen de un amplio margen de apreciación en lo concerniente a la configuración de su derecho de sufragio en detalle, considerando particularidades nacionales y su desarrollo histórico. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos deduce del hecho de que las elecciones han de garantizar “la libre expresión de la opinión del pueblo” la conclusión de que el principio de igualdad de trato

283

de los ciudadanos que ejerzan su derecho de sufragio es una parte esencial de la garantía de este derecho. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye explícitamente en esta igualdad de trato el valor numérico de cada voto, mientras que admite excepciones en la igualdad de la contribución de los votos al éxito y en la igualdad de oportunidades de éxito de los candidatos (CEDH, sentencia de 2 de marzo de 1987, núm. 9267/81, Mathieu-Mohin y Clerfayt vs. Bélgica, núm. marginal 54; sentencia de 7 de febrero de 2008, núm. 39424/02, Kovach vs. Ucrania, núm. marginal 49; respecto a la aplicación del art. 3 del Protocolo Adicional al Parlamento Europeo como “cuerpo legislativo”: CEDH, sentencia de 18 de febrero de 1999, núm. 24833/94, Matthews vs. Reino Unido, núm. marginal 40 = NJW 1999, p. 3107 <3109>).

cc) Vista esta situación, en el asunto de la distribución de los escaños por cuotas de los Estados miembros, el Parlamento Europeo sigue siendo una representación de los pueblos de los Estados miembros. El principio de la representación proporcionalmente decreciente que el art. 14.2, (1), frase 3 TUE-Lisboa prescribe para la composición del Parlamento Europeo tiene una posición intermedia entre el principio de Derecho internacional de igualdad entre Estados y el principio estatal de igualdad del derecho de sufragio. Según las disposiciones de Derecho primario de la Unión que concretan las grandes líneas del principio de la proporcionalidad decreciente, el número máximo de diputados es de 750 (más el Presidente del Parlamento Europeo); ningún Estado miembro tiene más de 96 escaños y ninguno menos de seis escaños (art. 14.2, (1), frases 2 a 4, TUE-Lisboa). Ello conduce a que el efecto del voto de un ciudadano de un Estado miembro con escasa población pueda tener aproximadamente doce veces el efecto del voto de un ciudadano de un Estado miembro más poblado.

284

El 11 de octubre de 2007 el Parlamento Europeo presentó un proyecto de Resolución que asume la vigencia del art. 14.2, (2) TUE-Lisboa (Resolución del Parlamento Europeo sobre la composición del Parlamento Europeo, DO 2008 núm. C 227 E/132, anejo 1). Este proyecto de Resolución aprobado por la Conferencia Intergubernamental (cfr. Declaración núm. 5 sobre el acuerdo político del Consejo Europeo para la elaboración de un proyecto de Resolución sobre la composición del Parlamento Europeo) sólo podrá ser aceptado por el Consejo Europeo después de la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa. De acuerdo con el proyecto de Resolución, el principio de proporcionalidad decreciente ha de aplicarse de tal manera que el número mínimo y máximo de escaños sean aprovechados en su totalidad, que el número de escaños de un Estado miembro guarde una relación aproximada al tamaño de su población, y que el número de habitantes representados por un mandato sea mayor para los Estados miembros con mayor población (art. 1 del proyecto de Resolución). A la República Federal de Alemania se le asignan 96 escaños (art. 2 del proyecto de Resolución). De acuerdo con el proyecto de resolución, un diputado elegido en Francia representaría aproximadamente a 857.000 ciudadanos de la Unión y con ello, al igual que un diputado elegido en Alemania, que representaría a alrededor de 857.000 ciudadanos de la Unión. En cambio, un diputado elegido en Luxemburgo,

285

con unos 83.000 ciudadanos luxemburgueses de la Unión sólo representaría a una décima parte de esa cifra, y en el caso de Malta, con alrededor de 67.000 ciudadanos de la Unión, sólo lo haría una doceava parte. En un Estado termino medio como Suecia, cada diputado elegido representaría a unos 455.000 ciudadanos de la Unión de su país en el Parlamento Europeo (según las cifras que sirven de base cfr. Eurostat, Europa in Zahlen, Jahrbuch Eurostat 2008, 2008, p. 25).

Por lo general en Estados federales estos desequilibrios tan marcados sólo son tolerados en la segunda cámara del Parlamento –en Alemania y Austria esta corresponde al Bundesrat, y en Australia, Bélgica y los Estados Unidos de América al Senado–, pero no son aceptados en el propio órgano de representación popular, ya que de otro modo éste no podría representar al pueblo de una manera igualitaria de acuerdo al principio de la libertad individual. Sin embargo, la configuración del derecho de sufragio en la Unión Europea no debe estar en contradicción con el art. 10.1 TUE-Lisboa, según el cual el funcionamiento de la Unión Europea se basa en la democracia representativa; pues las democracias de los Estados miembros con sus mayorías y decisiones políticas están siendo representados a nivel institucional europeo en el Consejo y también en el Parlamento. Por tanto, se trata sólo de una representación indirecta de la relación entre las fuerzas políticas de los Estados miembros. Ésta es una de las principales razones por las cuales se percibiría como insuficiente, si observando más estrictamente el principio de igualdad del voto, un Estado miembro pequeño estuviese representado por un solo diputado en el Parlamento Europeo. De otro modo, según alegan los Estados afectados, el reflejo representativo de las condiciones de mayoría nacionales ya no sería posible al nivel europeo. Debido a esta consideración lo que se representa en el sentido del art. 10.1 TUE-Lisboa no es el pueblo europeo, sino los pueblos de Europa organizados en sus respectivos Estados con sus proporciones de fuerzas respectivas, realizadas a través de elecciones democráticas igualitarias, y configuradas a través de los partidos políticos.

286

Al mismo tiempo esta consideración permite ilustrar por qué la representación en el Parlamento Europeo no está asociada a la igualdad de los ciudadanos de la Unión (art. 9 TUE-Lisboa), sino a la nacionalidad; un criterio que en sí mismo constituye una prohibición absoluta de hacer distinciones en la Unión Europea. Para que un proyecto político como la unión económica pueda tener éxito, una de las ideas fundamentales de la organización de la integración europea desde su fundación ha sido la prohibición o limitación de discriminaciones por motivos de nacionalidad (art. 12, art. 18 TCE; art. 18, art. 21 TFUE). La concepción del mercado interno se sustenta en la convicción de que no se establece ninguna diferencia acerca de qué Estado miembro provenga un producto o servicio, o de dónde sea un trabajador o un empresario, o acerca del origen de las inversiones. Es precisamente este criterio de la nacionalidad el que, de conformidad con el art. 14.2, (1), frase 3 TUE-Lisboa debe ser decisivo cuando se atribuyen a los ciudadanos las posibilidades de influencia política en la Unión Europea. Con ello la Unión Europea se encuentra en un conflicto de va-

287

lores sobre la concepción que tiene de si misma como unión de ciudadanos, la cual sólo puede ser explicada por su carácter de Unión Europea como unión de Estados soberanos.

Si bien la democracia de la Unión Europea se aproxima a los modelos de Estados federales, respecto al principio de democracia representativa estaría sustancialmente sobrefederalizada. En la composición de los miembros del Consejo Europeo, del Consejo, de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el principio de igualdad entre los Estados continúa estando asociado a derechos de determinación nacional que en principio son iguales. Incluso si el Parlamento Europeo fuese elegido conforme al principio de igualdad, esta estructura constituiría un grave obstáculo para la dotación del personal y material de una mayoría parlamentaria que sea representativa. Incluso después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la dotación de personal del Tribunal de Justicia –por ejemplo– siempre tendrá que hacerse siguiendo el principio de “un Estado, un juez” y con la influencia determinante de los Estados, independientemente del número de sus habitantes. El funcionamiento de la Unión Europea continúa estando marcado por la influencia de los gobiernos en las negociaciones y la competencia organizativa y administrativa de la Comisión, aun cuando los derechos de participación del Parlamento Europeo en general se han fortalecido. La influencia parlamentaria ha sido desarrollada correctamente dentro de este sistema con la concesión del derecho de veto en áreas legislativas centrales. Con la introducción del procedimiento legislativo ordinario a través del Tratado de Lisboa, lo que con el actual derecho vigente es ya determinante en muchas áreas, se convierte ahora en norma: en el procedimiento de codecisión no se puede adoptar una directiva o un reglamento en contra de la voluntad del Parlamento Europeo.

288

dd) El déficit de poder público europeo existente –en razón de los requerimientos de un Estado democrático– no puede ser compensado ni justificado por otras regulaciones del Tratado de Lisboa.

289

(1) La Unión Europea intenta compensar su significativa sobrefederalización particularmente a través del fortalecimiento de los derechos, tanto de los ciudadanos como de las asociaciones, orientados a la participación y la transparencia, así como a través de un mayor protagonismo de los Parlamentos nacionales y de las regiones. El Tratado de Lisboa fortalece estos elementos de la democracia participativa orientados a la participación en los procesos. Adicional a los elementos de la democracia participativa complementaria, tales como la exigencia de dar a los ciudadanos de la Unión y a las asociaciones “representativas” la oportunidad de comunicar sus puntos de vista, el Tratado de Lisboa también prevé elementos de democracia asociativa y directa (art. 11 TUE-Lisboa). Entre ellos se cuentan el diálogo de las instituciones de la Unión con asociaciones “representativas” y la sociedad civil, así como la Iniciativa Ciudadana Europea. Ésta permite solicitar sin compromiso alguno a la Comisión que presente proyectos de regulación idóneos sobre temas políticos. Tal solicitud está sujeta a un quórum de al menos un millón de ciudadanos de la Unión que sean nacionales de “un número significativo de Estados miembros” (art. 11.4 TUE-Lisboa).

299

La Iniciativa Ciudadana está limitada a materias que se encuentren dentro del marco de competencias de la Comisión y requiere la configuración del Derecho secundario a través de un reglamento (art. 24.1 TFUE). La Iniciativa Ciudadana Europea constituye al mismo tiempo una medida para incentivar la formación de un espacio público europeo promovido en la Declaración de Laeken.

(2) Como justificación de la desigualdad en la elección del Parlamento Europeo –entre otros el Gobierno federal alemán (cfr. Impreso del Bundestag 16/8300, p. 133 <135 s.>)– hacen referencia al otro eslabón de legitimación del poder público europeo: la participación del Consejo en el procedimiento legislativo, el cual, en el caso de decisiones que se adoptan por mayoría, actúa con votos ponderados. La llamada doble mayoría cualificada debe impedir el dominio de la mayoría de habitantes en el Consejo. De acuerdo con ella, en caso de una votación por mayoría en el Consejo no solamente será necesario alcanzar una mayoría del 55% de los Estados miembros, sino adicionalmente una mayoría del 65% de la “población de la Unión” (art. 16.4 TUE-Lisboa). El sistema actual de ponderación de votos que atribuye un cierto número de votos a los Estados miembros según su tamaño, dejará de aplicarse después de un período de transición.

291

Si bien la Unión Europea con este enfoque del Tratado de Lisboa vuelve a adoptar el principio clásico del Derecho internacional público de la igualdad de los Estados –un Estado, un voto–, el nuevo correctivo de la mayoría de la población incorpora un nuevo sujeto de imputación, constituido por los pueblos de los Estados miembros de la Unión, no haciendo referencia a los ciudadanos de la Unión como sujetos de poder político, sino a los habitantes de los Estados miembros como expresión de la fuerza de representación que ante el Consejo ejerce el representante del respectivo Estado miembro. En el futuro, una decisión del Consejo ha de estar respaldada por una mayoría numérica de las personas que viven en la Unión Europea. Si bien con esta ponderación dependiente del número de habitantes se contrarresta la sobrefederalización, con ella no se cumple el requisito democrático de la igualdad de voto. La legitimación democrática del poder político, a la luz de la igualdad de voto y del mecanismo de representación parlamentaria directa, está pensada también en las democracias de partidos en la categoría del voto del individuo y no se evalúa en función del número de personas afectadas.

292

(3) El reconocimiento institucional de los Parlamentos de los Estados miembros por el Tratado de Lisboa no permite compensar el déficit que existe en la legitimación directa del poder público europeo basado en la elección de los diputados al Parlamento Europeo. La posición de los Parlamentos nacionales queda seriamente disminuida mediante la reducción del número de decisiones que requieren ser adoptadas por unanimidad, así como por la supranacionalización de la cooperación policial y judicial en materia penal. La compensación a través del fortalecimiento del procedimiento de subsidiariedad previsto en el Tratado desplaza los derechos políticos de autodeterminación –esto se destacó de manera unánime en la audiencia pública– hacia opciones de influencia procesales y de derechos de participación recurribles

293

por la vía legal.

(4) Ni los derechos de participación adicionales, considerablemente complejos por los efectos de los diferentes niveles de acción y el gran número de Parlamentos de los Estados miembros, ni los derechos de petición de carácter asociativo y directo ante la Comisión, son idóneos para reemplazar el dominio de la mayoría, que se sustenta en el sufragio. Sin embargo, estos derechos deben y pueden ciertamente elevar el nivel de legitimidad bajo las condiciones de una unión de Estados limitada en sus funciones. 294

La mera participación de los ciudadanos en el poder político para ocupar el lugar de un gobierno autónomo del pueblo para el pueblo, no puede sustituir la relación de legitimidad de un gobierno sustentado en elecciones y votaciones: el Tratado de Lisboa no conduce a un nuevo nivel de desarrollo de la democracia. Los elementos de la democracia participativa, como la exigencia de dar a los ciudadanos de la Unión y a las asociaciones “representativas” la oportunidad de plantear sus puntos de vista, así como los elementos de la democracia asociativa y directa sólo pueden tener una función complementaria en la legitimación del poder público europeo, pero no juegan un papel fundamental. Descripciones y exigencias de una “Europa de los ciudadanos” o de un “fortalecimiento del Parlamento Europeo” pueden influir políticamente en el nivel europeo y contribuir a aumentar la aceptación de “Europa”, y a explicar sus instituciones y procesos. Sin embargo, si son llevadas a preceptos normativos –tal como sucede en parte con el Tratado de Lisboa– sin estar asociadas a una configuración de las instituciones conforme al principio de igualdad, entonces no son idóneas para constituir por sí mismas un modelo totalmente nuevo en el ámbito del derecho. 295

ee) El desarrollo de la arquitectura institucional mediante el Tratado de Lisboa no sólo refuerza los derechos de participación y no sólo mejora la transparencia en el proceso de toma de decisiones, por ejemplo en la actividad legislativa del Consejo. El Tratado también contiene contradicciones, ya que a través de él los Estados miembros siguen el modelo de construcción de un Estado federal sin crear las bases democráticas en los Tratados para poder alcanzar en la misma elección una representación nacional sustentada en la fuerza legitimadora de un pueblo de la Unión y de un gobierno parlamentario europeo. 296

Sobre la base de la legislación vigente la Comisión Europea ya ha asumido la función –compartida con el Consejo y el Consejo Europeo– de un gobierno europeo. No se vislumbra cómo podría promoverse aún más este proceso de autonomía política sin sujeción directa a unas elecciones por el pueblo conforme al principio de igualdad, que incluya la posibilidad del sufragio revocatorio y de esta manera adquiera efecto político. Si continuase el desplazamiento del epicentro de la configuración política hacia la Comisión, tal como se aspira en las propuestas conceptuales para el futuro de la Unión Europea, y si la elección del presidente de la Comisión se realizase tanto jurídicamente como de hecho sólo por el Parlamento Europeo (cfr. art. 17.7 297

TUE-Lisboa), entonces con la elección de los diputados se decidiría al mismo tiempo –aún más allá de la medida establecida actualmente– sobre el gobierno europeo. En cuanto a la situación jurídica según el Tratado de Lisboa esta consideración confirma que la actuación de la Unión Europea sin un fuerte piso democrático en los Estados miembros, carece de una base de legitimación adecuada.

b) Como organización supranacional, la Unión Europea en cuanto a la atribución y ejercicio de sus competencias debe continuar cumpliendo con el principio de atribución de competencias ejercidas de manera controlada. Justo después del fracaso del proyecto de una Constitución para Europa se hizo evidente con el Tratado de Lisboa que ese principio de unión permanecía vigente. Los Estados miembros continúan siendo los “señores de los Tratados”. A pesar de que se ha producido una ampliación de las competencias, el principio de atribución de competencias se mantiene. Las disposiciones del Tratado pueden ser interpretadas de tal manera que se conservan tanto la identidad constitucional y política de los Estados miembros organizados de forma plenamente democrática como su responsabilidad por la orientación fundamental y el diseño de las políticas de la Unión. La República Federal de Alemania continúa siendo un Estado soberano y con ello sujeto jurídico del Derecho internacional público, aún después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El poder público alemán, incluyendo el poder constituyente, continúa estando protegido en su esencia (aa), el territorio alemán continúa asignado exclusivamente a la República Federal de Alemania como sujeto de derecho (bb), y no hay lugar a dudas sobre la existencia y continuidad del pueblo del Estado alemán (cc).

298

aa) El poder del público soberano se mantiene conforme a las reglas de la distribución y delimitación de competencias (1). Las nuevas disposiciones de Derecho primario sobre modificaciones a los Tratados no se contraponen a ello (2). La continuación del poder público soberano también se pone de manifiesto en el derecho de retirarse de la Unión Europea (3) y está protegido por el derecho a decidir que corresponde al Tribunal Constitucional Federal en última instancia (4).

299

(1) La distribución y delimitación de las competencias de la Unión Europea con respecto a los Estados miembros se rige por el principio de atribución de competencias (a) y otros mecanismos de protección referidos a competencias específicas (b).

300

(a) El principio de atribución de competencias es un mecanismo de protección destinado a preservar la responsabilidad de los Estados miembros. La Unión Europea es competente en una materia sólo en la medida en que esa competencia le ha sido transferida por los Estados miembros. Los Estados miembros representan por tanto, el espacio político-constitucional primario constituido por sus respectivas comunidades, mientras que la Unión Europea tiene una responsabilidad secundaria, es decir, delegada para el ejercicio de las funciones que le han sido transferidas. El Tratado de Lisboa reafirma expresamente el principio de atribución de competencias actualmente en vigor: “La Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos

301

determinan” (art. 5.1, frase 1, y 5.2 TUE-Lisboa; cfr. también art. 1.1, art. 3.6, art. 4.1, art. 48.6, (3) TUE-Lisboa; art. 2 apartados 1 y 2, art. 4.1, art. 7, art. 19, art. 32, art. 130, art. 132.1, art. 207.6, art. 337 TFUE; Declaración núm. 18 relativa a la delimitación de las competencias, Declaración núm. 24 relativa a la personalidad jurídica de la Unión Europea).

Un mecanismo de salvaguardia, regulado por primera vez, desde una perspectiva formal, lo constituye la categorización y clasificación de las competencias de la Unión Europea en competencias exclusivas y compartidas, así como en competencias relativas a las medidas de apoyo, de coordinación o de complemento (cfr. Rossi, *Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedsstaaten*, en: Scholz, *Europa als Union des Rechts – Eine notwendige Zwischenbilanz im Prozeß der Vertiefung und Erweiterung*, 1999, p. 196 <201>).

302

La transparencia proporcionada por esta categorización de las competencias se ve en efecto limitada por el hecho de que las competencias “paralelas”, reclamadas tanto por los Estados miembros como por la Unión Europea, no son asignadas inequívocamente a una determinada categoría en el Tratado de Lisboa (cfr. art. 2.5, (1) y art. 4, apartados 3 y 4 TFUE), también por el hecho de que la política exterior y de seguridad común y la coordinación de la política económica y de empleo se hallan fuera de las tres categorías de competencias y de que el denominado método de coordinación abierta no es mencionado. Estas divergencias respecto al enfoque básico de sistematización no afectan sin embargo el principio de atribución de competencias y tampoco someten a cuestionamiento el objetivo de una clara delimitación de competencias en cuanto a su naturaleza y alcance.

303

(b) Además, los mecanismos de protección de derecho sustantivo, particularmente las reglas relativas al ejercicio de las competencias, deben garantizar que las competencias ya atribuidas de modo singular al nivel europeo sean ejercidas de manera tal que se salvaguarden las competencias de los Estados miembros. Entre las reglas sobre el ejercicio de las competencias figuran la obligación de respetar la identidad nacional de los Estados miembros (art. 4.2 TUE-Lisboa), el principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE-Lisboa), el principio de subsidiariedad (art. 5.1, frase 2 y 5.3 TUE-Lisboa) y el principio de proporcionalidad (art. 5.1, frase 2 y 5.4 TUE-Lisboa). El Tratado de Lisboa confirma estos principios y los precisa parcialmente en su contenido.

304

El principio de subsidiariedad se ve fortalecido procesalmente a través del Protocolo núm. 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Este fortalecimiento tiene lugar mediante la incorporación de los Parlamentos nacionales a través del llamado sistema de alerta temprana (art. 12, letra b TUE-Lisboa, art. 4 ss. del Protocolo de subsidiariedad) en el control del respeto del principio de subsidiariedad y mediante la correspondiente extensión a los Parlamentos nacionales y al Comité de las Regiones de la condición de legitimados para introducir un recurso de nulidad ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La efectividad de este mecanismo depende de en que medida los Parlamentos nacionales puedan or-

305

ganizarse para utilizar razonablemente el mecanismo dentro del breve plazo disponible de ocho semanas (cfr. Mellein, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente, 2007, p. 269 ss.). También será decisivo si el derecho a interponer un recurso por parte de los Parlamentos nacionales y del Comité de Regiones se extiende a la cuestión, antecedida de una revisión del respeto al principio de subsidiariedad, de saber si la Unión Europea dispone de competencia para adoptar en el caso concreto, un proyecto legislativo (cfr. Wuermeling, Kalamität Kompetenz: Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten in dem Verfassungsentwurf des EU-Konvents, EuR 2004, p. 216 <225>; von Danwitz, Der Mehrwert gemeinsamen Handelns, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 23 de octubre de 2008, p. 8).

(2) La transferencia controlada y responsable de derechos de soberanía a la Unión Europea, única vía constitucionalmente posible, no está sujeta a cuestionamientos ni siquiera por determinadas disposiciones del Tratado de Lisboa. Las instituciones de la Unión Europea no pueden modificar de forma autónoma las bases de la Unión Europea establecidas en los Tratados, ni el orden de competencias frente a los Estados miembros, ni en el marco del procedimiento de revisión ordinario para la modificación de los Tratados (a) ni en el simplificado (b) ni a través de las llamadas cláusulas pasarela (c) o la cláusula de flexibilidad.

306

(a) El procedimiento de revisión ordinario de las bases convencionales de los Tratados de la Unión Europea establecido en los Tratados (art. 48 apartados 2 a 5, TUE-Lisboa) se corresponde con el procedimiento clásico de modificación de los Tratados multilaterales comparables. Una Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, convocada por el Presidente del Consejo, tiene la competencia para adoptar las modificaciones de los Tratados. Sin embargo, estas modificaciones sólo entran en vigor después de haber sido ratificadas por todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (art. 48.4, (2) TUE-Lisboa). El Tratado de Lisboa precisa que tales revisiones podrán tener por finalidad una ampliación o reducción de las competencias atribuidas a la Unión en los Tratados (art. 48.2, frase 2 TUE-Lisboa).

307

El hecho de que este procedimiento clásico de revisión de los Tratados esté precedido por un procedimiento surgido del proceso europeo de integración según el cual, por regla general, participa en el proceso una Convención que obedece esencialmente al principio de igualdad entre los Estados y que está compuesta por representantes de los Parlamentos nacionales, de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, del Parlamento Europeo y de la Comisión (art. 48.3, (1) TUE-Lisboa), no cambia esta situación jurídica. El procedimiento de la Convención se suma al procedimiento de revisión del Derecho internacional, en cuyo centro se encuentran los Estados miembros, lo que contribuye a tener en cuenta las particularidades institucionales de la Unión Europea. La Convención elabora los proyectos de modificación y adopta por consenso una recomendación dirigida a la Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (art. 48.3, (1), frase 3 TUE-Lisboa). Esto es inobjetable desde el punto de vista del Derecho constitucional,

308

mientras los resultados de la Convención no sean jurídicamente vinculantes para los Estados miembros y éstos puedan libremente decidir, en última instancia, que modificaciones desean convenir conforme al Derecho internacional público (cfr. art. 48.4 TUE-Lisboa).

(b) (aa) El Tratado de Lisboa introduce adicionalmente un procedimiento de revisión simplificado (art. 48.6 TUE-Lisboa). Mientras que en el procedimiento ordinario las modificaciones de los Tratados deben ser acordadas por la Conferencia de representantes de los Gobiernos –en caso necesario después de la convocatoria de una Convención– y requieren ser ratificadas por todos los Estados miembros, el procedimiento de revisión simplificado sólo prevé una decisión del Consejo Europeo, que entrará en vigor una vez que haya sido “aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales” (art. 48.6, (2) TUE-Lisboa). Se establece expresamente que la decisión del Consejo Europeo no podrá aumentar las competencias atribuidas a la Unión por los Tratados (art. 48.6, (3) TUE-Lisboa). La diferenciación entre el procedimiento de revisión ordinario y el simplificado muestra que las modificaciones fundamentales están reservadas al procedimiento ordinario, porque mediante el método de la Convención, previsto como regla general, se procura alcanzar un mayor grado de legitimidad. Sin embargo, en el procedimiento ordinario el Consejo Europeo también puede decidir, por mayoría simple y previa aprobación del Parlamento Europeo, no convocar una Convención cuando el alcance de las modificaciones de los Tratados no lo justifique (art. 48.3, (2) TUE-Lisboa).

309

El procedimiento de revisión simplificado, que los Tratados actuales sólo permiten en determinadas disposiciones (cfr. art. 17.1 TUE – introducción de una política de defensa común; art. 42 TUE – aplicabilidad del Título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a la cooperación policial y judicial en materia penal; art. 22.2 TCE – ampliación de los derechos de los ciudadanos de la Unión; art. 190.4 TCE – introducción de un procedimiento electoral uniforme para el Parlamento Europeo; art. 269.2 TCE – fijación de los recursos propios de la Comunidad Europea), es aplicable, de conformidad con el Tratado de Lisboa, a la modificación de disposiciones sobre las áreas de política interna de la Parte III del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 48.6, (2) frase 1 TUE-Lisboa).

310

El alcance de la autorización para modificar las disposiciones de la Parte III del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sólo puede determinarse de forma limitada y es poco previsible para el legislador alemán desde el punto de vista material. El art. 48.6 TUE-Lisboa abre al Consejo Europeo un amplio margen de acción para las modificaciones del Derecho primario. El posible contenido de futuras revisiones en el ámbito de las áreas de las políticas internas, que en total abarcan 172 artículos y entre las que se incluyen el mercado interior y la unión económica y monetaria, está limitado sólo por la prohibición de ampliar las competencias ya atribuidas a la Unión Europea (art. 48.6, (3) TUE-Lisboa).

311

El Tribunal Constitucional Federal ya decidió en su sentencia sobre el Tratado de Maastricht que las modificaciones de Derecho primario también pueden realizarse mediante un procedimiento abreviado, si los Estados miembros dan su aprobación según sus disposiciones constitucionales (cfr. BVerfGE 89, 155 <199>). La formulación diferente del art. 48.4, (2) TUE-Lisboa sobre la necesaria aprobación de los Estados miembros de conformidad con sus respectivas disposiciones constitucionales no significa, sin embargo, que los requisitos en el derecho interno relativos a la ratificación de las modificaciones “simples” de los Tratados deban ser más sencillos a los exigidos para las modificaciones “ordinarias”. La “aprobación” de la República Federal de Alemania en el procedimiento de revisión simplificado conforme al art. 48.6 TUE-Lisboa presupone también, en todos los casos, la adopción de una ley en el sentido del art. 23.1, frase 2 LF como *lex specialis* con respecto al art. 59.2 LF (cfr. BVerfGE 89, 155 <199>; cfr. también la decisión núm. 2007-560 DC del Conseil constitutionnel de 20 de diciembre de 2007, núm. 26 ss. respecto a la referencia a las exigencias estatales internas para la ratificación). La adopción de una decisión conforme al art. 48.6 TUE-Lisboa referente al orden competencial de la Unión Europea obliga a tratar el procedimiento de modificación simplificado de manera general como una transferencia de derechos de soberanía en el sentido del art. 23.1, frase 2 LF (cfr. también Pernice, en: Dreier, GG, tomo II, 2ª ed. 2006, Art. 23 núm. marginal 86), sin que sea necesaria una delimitación más específica de las posibles modificaciones. Las modificaciones de los Tratados por las que se reforme o complemente el contenido de la Ley Fundamental, o que posibiliten tales reformas o complementos, necesitan la aprobación de dos tercios de los miembros del Bundestag alemán y dos tercios de los votos del Bundesrat (art. 23.1 frase 3, en concordancia con el art. 79.2 LF; cfr. BVerfGE 89, 155 <199>).

312

(bb) Mediante el Tratado de Lisboa se introducen en los Tratados otras disposiciones que en su redacción reproducen el modelo del art. 48.6 TUE-Lisboa, pero limitadas a un ámbito material específico y cuyo alcance se extiende por el Tratado de Lisboa (cfr. art. 42.2, (1) TUE-Lisboa – introducción de una política común de defensa; art. 25.2, TFUE – ampliación de los derechos de los ciudadanos de la Unión; art. 218.8, (2), frase 2 TFUE – adhesión de la Unión Europea al CEDH; art. 223.1, (2) TFUE – introducción de un procedimiento uniforme para la elección del Parlamento Europeo; art. 262 TFUE – competencia de la Unión Europea para la creación de títulos europeos de propiedad intelectual; art. 311.3 TFUE – fijación de los recursos propios de la Unión Europea).

313

Las consideraciones desde el punto de vista constitucional sobre el procedimiento de revisión simplificado rigen también para los procedimientos de revisión previstos en distintas disposiciones específicas de los Tratados, en tanto que el art. 23.1, frase 2 LF no sea aplicable directamente porque las disposiciones relativas a las modificaciones no prevean una prohibición análoga a la establecida en el art. 48.6, (3) TUE-Lisboa de ampliar las competencias transferidas a la Unión Europea por los Tratados.

314

(c) Junto a los procedimientos de revisión ordinario y simplificado, el Tratado de Lisboa prevé como procedimiento modificador adicional el denominado procedimiento pasarela general (art. 48.7 TUE-Lisboa). Además, el Tratado de Lisboa contiene cláusulas pasarela especiales en algunas disposiciones (cfr. art. 31.3 TUE-Lisboa – decisiones sobre la política exterior y de seguridad común en casos distintos de los previstos en el art. 31.2 TUE-Lisboa; art. 81.3, (2) y (3) TFUE – medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza; art. 153.2, (4) TFUE – medidas en los ámbitos de protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral, representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, así como de las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países; art. 192.2, (2) TFUE – medidas en el ámbito de la política ambiental; art. 312.2, (2) TFUE – fijación del marco financiero plurianual; art. 333, apartados 1 y 2 TFUE – procedimiento de votación en el marco de la cooperación reforzada de conformidad con lo dispuesto en el art. 326 ss. TFUE). Con el procedimiento pasarela se pueden modificar las modalidades de votación en el Consejo y el procedimiento legislativo aplicable.

315

Según la cláusula pasarela general y la cláusulas pasarela especiales, tanto el Consejo Europeo como el Consejo pueden decidir autorizar al Consejo, en un ámbito o en un caso determinado, para que se pronuncie por mayoría cualificada y no por unanimidad (art. 48.7, (1), frase 1 TUE-Lisboa; art. 31.3 TUE-Lisboa; art. 312.2, (2), art. 333.1 TFUE), o que los actos legislativos en el ámbito de aplicación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea puedan ser adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario en lugar del procedimiento legislativo especial (art. 48.7, (2) TUE-Lisboa; art. 81.3, (2), art. 153.2, (4), art. 192.2, (2), art. 333.2 TFUE). También el paso del procedimiento legislativo especial al ordinario tiene como consecuencia, en la mayoría de los casos, que la decisión en el Consejo ya no se adopta por unanimidad sino por mayoría cualificada (cfr. art. 289.1 en concordancia con el art. 294 apartados 8 y 13 TFUE). Las decisiones con repercusiones militares o en el ámbito de la defensa quedan expresamente excluidas de la posibilidad de ser adoptadas en el Consejo por mayoría cualificada (art. 31.4, art. 48.7, (1), frase 2 TUE-Lisboa). El Consejo Europeo y el Consejo deciden sobre la revisión de los Tratados por unanimidad y –en el ámbito de aplicación de la cláusula pasarela general– previa aprobación del Parlamento Europeo (art. 48.7, (4) TUE-Lisboa). Adicionalmente, tanto la cláusula pasarela general como la cláusula pasarela especial prevén la participación de los Parlamentos nacionales en el ámbito del Derecho de familia con repercusión transfronteriza. Cada Parlamento nacional podrá oponerse al proyecto de decisión del Consejo Europeo o del Consejo, dentro de un plazo de seis meses a partir de la transmisión, con la consecuencia de que esa decisión no podrá adoptarse a nivel europeo (art. 48.7, (3) TUE-Lisboa; art. 81.3, (3) TFUE).

316

A diferencia del procedimiento de revisión simplificado previsto en el art. 48.6 TUE-Lisboa, la cláusula pasarela general y las cláusulas pasarelas especiales permiten las modificaciones de los Tratados sólo en lo concerniente a las dos disposiciones

317

procedimentales ya citadas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del Título V del Tratado de la Unión Europea. Además ni el Consejo Europeo ni el Consejo disponen de un margen de discrecional. En vista de que la votación por mayoría cualificada en el Consejo y el procedimiento legislativo ordinario son, de acuerdo al Tratado de Lisboa, los procedimientos aplicables como regla general en la adopción de los actos jurídicos (art. 16, apartados 1 y 3; art. 14.1 TUE-Lisboa, art. 289.1 en concordancia con el art. 294 TFUE), el alcance general de la pérdida de influencia de la representación alemana ante el Consejo debida a la introducción del voto por mayoría cualificada puede identificarse por lo menos de modo general. No es posible, sin embargo, un pleno ejercicio de la responsabilidad en el proceso de integración respecto a la cuestión de si el nivel de legitimación democrática del poder de la Unión aún se corresponde con el alcance de las competencias transferidas y, sobre todo, si aún se corresponde con el mayor grado de autonomía de los procesos de decisión europeos, adquirida a través del procedimiento pasarela.

La pérdida de influencia alemana en el Consejo, asociada al ejercicio de las cláusulas pasarela general y especial, debe ser previsible para el legislador alemán en el momento de la ratificación del Tratado de Lisboa, incluso para los casos particulares. Sólo con esta condición, la aprobación anticipada que otorga un Estado miembro para una modificación ulterior del Tratado contará con suficiente legitimación democrática. La unanimidad en el Consejo Europeo o en el Consejo, asumida como requisito para la revisión de las disposiciones procedimentales en las cláusulas pasarela, no ofrece suficiente garantía para ello, ya que para los representantes de los Estados miembros en el Consejo Europeo o en el Consejo no siempre es posible prever de manera adecuada la medida en qué, por ésta decisión, se estaría renunciando a la posibilidad de veto de los Estados miembros en casos futuros. Además del requerimiento de unanimidad en el Consejo Europeo o en el Consejo, las cláusulas pasarelas indican diferentes exigencias procesales. En contraposición a la cláusula pasarela general del art. 48.7, (3) TUE-Lisboa, en las cláusulas pasarela especiales –a excepción del art. 81.3, (3) TFUE-Lisboa– no está previsto el derecho de oposición de los Parlamentos de los Estados miembros.

318

En tanto la cláusula pasarela general prevista en el art. 48.7 TUE-Lisboa posibilita el paso del principio de unanimidad al principio de mayoría cualificada en la adopción de decisiones del Consejo, o permite el paso del procedimiento legislativo especial al ordinario, se trata de una modificación del Derecho primario del Derecho de los tratados, que debe ser examinada conforme al art. 23.1, frase 2 LF. En su sentencia sobre el Tratado de Maastricht, el Tribunal Constitucional Federal ya había respondido al “alegato respecto a la pérdida de estatalidad” en el ámbito de justicia y asuntos de interior, ámbito central para los titulares de derechos fundamentales, indicando que en el “tercer pilar” las decisiones sólo podían ser adoptadas por unanimidad y que mediante esas decisiones no se podían adoptar normas jurídicas directamente aplicables en los Estados miembros que tuvieran primacía sobre el derecho interno de éstos (cfr. BVerfGE 89, 155 <176>). El Tratado de Lisboa traspassa ahora justa-

319

mente este ámbito al poder público supranacional de la Unión, al prever que mediante decisión del Consejo Europeo, adoptada con arreglo al procedimiento pasarela general, se podrán transferir ámbitos de la unanimidad a la decisión por mayoría cualificada o del procedimiento legislativo especial al ordinario, si bien con un derecho de oposición para los Parlamentos nacionales, pero sin necesidad de ratificación por parte de los Estados miembros. Por tanto, la argumentación que justificaba la citada sentencia sobre el Tratado de Maastricht se ve afectada en su núcleo esencial. El derecho de oposición que se reconoce a los Parlamentos nacionales (art. 48.7, (3) TUE-Lisboa) no es un equivalente suficiente a la exigencia de ratificación por parte de los Estados miembros; por ello una aprobación del representante del Gobierno alemán en el Consejo Europeo requiere siempre en Alemania la adopción de una ley en los términos del artículo 23.1, frase 2 y, dado el caso, frase 3 LF. Solamente de esta manera los órganos legislativos alemanes ejercen su responsabilidad sobre el proceso de integración y también deciden sobre la cuestión de si el nivel de legitimación democrática es todavía suficientemente alto para aceptar la decisión adoptada por mayoría. El representante del Gobierno alemán en el Consejo Europeo sólo puede dar su consentimiento a favor de una modificación de los Tratados mediante la aplicación de la cláusula pasarela general, si el Bundestag alemán y el Bundesrat han adoptado una ley en el sentido del art. 23.1 GG, dentro de un período que se determine y que se oriente al objetivo del art. 48.7, (3) TUE-Lisboa. Esto rige también para el caso de que se haga uso de la cláusula pasarela especial conforme al art. 81.3, (2) TFUE.

En la medida en que las cláusulas pasarela especiales se limiten a ámbitos materiales que ya hayan sido determinados suficientemente por el Tratado de Lisboa, no es necesaria una ley en el sentido del art. 23.1, frase 2 LF. No obstante, también en estos casos corresponde al Bundestag –y, en la medida en que las competencias legislativas de los Länder se vean afectadas, al Bundesrat– ejercer la responsabilidad en el proceso de integración de otra manera adecuada. No es posible renunciar al derecho de veto en el Consejo sin la participación de los órganos legislativos competentes, incluso en ámbitos materiales que ya hayan sido determinados por los Tratados. Por tanto, el representante del Gobierno alemán en el Consejo Europeo o en el Consejo sólo puede dar su consentimiento a favor de una modificación del Derecho primario mediante la aplicación de una cláusula pasarela especial, si el Bundestag alemán y, en la medida en que lo prevean las regulaciones sobre el procedimiento legislativo, el Bundesrat, han concedido su aprobación para esa decisión, dentro de un período que se determine y que se oriente al objetivo del art. 48.7, (3) TUE-Lisboa (cfr. al respecto también la reserva parlamentaria constitutiva conforme a la Sección 6 del European Union <Amendment> Act 2008, Ley británica sobre la Unión Europea <c. 7>, la cual, sin embargo, no está sujeta a plazos). Sería incompatible con la exigencia constitucional de una decisión parlamentaria que la configuración concreta del requisito del plazo pudiera entender un eventual silencio de los cuerpos legislativos como una aprobación. Si se cumple esta condición, las respectivas disposiciones del Tratado de Lisboa pueden ser aplicadas en Alemania.

320

Esta exigencia constitucional rige para la aplicación de los art. 31.3 TUE-Lisboa, art. 312.2, (2) y art. 333.1 TFUE, que permiten el paso de la unanimidad a la mayoría cualificada. Sin embargo, debe extenderse igualmente a las disposiciones del Tratado que, tal como el art. 153.2, (4), art. 192.2, (2) y art. 333.2 TFUE, tienen por objeto el paso del procedimiento legislativo especial al ordinario, por cuanto también en estos casos el Consejo ya no tiene que decidir por unanimidad sino que puede hacerlo por mayoría cualificada (cfr. art. 289.1 en concordancia con el art. 294, apartados 8 y 13 TFUE). 321

(d) Por último, el Tratado de Lisboa no dota a la Unión Europea de normas que permitan a la asociación europea de integración la *Kompetenz-Kompetenz*. Tanto el art. 311.1 TFUE (aa) como el art. 352 TFUE (bb) pueden interpretarse de manera tal que el programa de integración previsto en las normas es aún previsible y determinable por los órganos legislativos alemanes. 322

(aa) Según el art. 311.1 TFUE, la Unión Europea se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas. Esta norma es idéntica al art. 6.4 TUE, que había sido introducido en el Derecho primario por el Tratado de Maastricht como art. F.3. En su decisión sobre el Tratado de Maastricht, y tras una exhaustiva interpretación de la génesis de la norma, el Tribunal Constitucional Federal llegó a la conclusión de que el art. F.3 TUE no autoriza a la Unión Europea para procurarse por potestad propia los recursos financieros y demás medios de acción que considere necesarios para el cumplimiento de sus objetivos (BVerfGE 89, 155 <194 ss.>; cfr. también Puttler, en: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3ª ed. 2007, Art. 6 EUV núm. marginal 59 s.; Hilf/Schorkopf, en: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, tomo I < EUV/EGV >, 37. Ergänzungslieferung, noviembre 2008, Art. 6 EUV núm. marginal 113). 323

El art. 311.1 TFUE debe entenderse en adelante como una declaración de intención político-programática que no establece una competencia de la Unión Europea y menos aún una *Kompetenz-Kompetenz* (cfr. BVerfGE 89, 155 <194>). La asignación a la Unión Europea de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y sus políticas debe efectuarse dentro del marco de las competencias existentes. La nueva sistemática de la disposición introducida por el Tratado de Lisboa confirma la interpretación de que la norma sólo se refiere a los recursos financieros de la Unión Europea, mas no adicionalmente a los medios de acción. 324

(bb) Contrariamente, el art. 352 TFUE, que tiene por finalidad completar las competencias existentes de la Unión Europea para alcanzar los objetivos establecidos, tiene efectos jurídicos (respecto al antiguo art. 235 TCEE cfr. BVerfGE 89, 155 <210>). El Tratado de Lisboa adopta esta norma del Derecho primario actual –con modificaciones relativas al ámbito de aplicación y los requisitos de procedimiento– (art. 308 TCE). 325

El art. 352 TFUE no sólo fundamenta una competencia de acción para la Unión Europea, sino que, al mismo tiempo, flexibiliza el principio de atribución de competen- 326

cias. Con esta disposición debería ser posible una acción de la Unión Europea en un ámbito de sus políticas definido en los Tratados, incluso cuando no exista una competencia concreta pero que requiera la acción de la Unión Europea para alcanzar los objetivos de los Tratados (art. 352.1 TFUE).

De acuerdo con la situación jurídica actual, el art. 308 TCE surgió como una “competencia destinada a cubrir las lagunas de los Tratados” (cfr. BVerfGE 89, 155 <210>), que hacía posible un “desarrollo inmanente de los Tratados” del Derecho de la Unión “por debajo de la modificación formal de los Tratados” (cfr. Oppermann, Europarecht, 3ª ed. 2005, § 6, núm. marginal 68). Las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa deben conducir a una reevaluación de la norma. El art. 352 TFUE ya no está limitado al logro de los objetivos en el marco del mercado común, sino que ahora hace referencia a los “ámbitos de las políticas definidas en los Tratados” (art. 352.1 TFUE), con excepción de la política exterior y de seguridad común (art. 352.4 TFUE). La disposición puede servir para crear prácticamente en todo el ámbito de aplicación del Derecho primario una competencia, que permita una acción a nivel europeo. Esta ampliación del ámbito de aplicación es compensada parcialmente por las garantías de orden procesal. Así, el uso de la cláusula de flexibilidad continúa presuponiendo una decisión unánime del Consejo por recomendación de la Comisión, que deberá ser previamente aprobada por el Parlamento (art. 352.1, frase 1 TFUE). Además se obliga a la Comisión a informar a los Parlamentos de los Estados miembros sobre las propuestas legislativas respectivas, en el marco del procedimiento de control del respeto del principio de subsidiariedad (art. 352.2 TFUE). Por lo demás, tales propuestas legislativas no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros cuando los Tratados excluyan dicha armonización (art. 352.3 TFUE). La aprobación por parte de los Estados miembros en concordancia con sus respectivas normas constitucionales no forma parte de las condiciones para la entrada en vigor de la decisión.

327

En cuanto a la prohibición de transferir habilitaciones en blanco o de transferir la *Kompetenz-Kompetenz*, la disposición suscita reservas desde el punto de vista constitucional, ya que su nueva versión permite que se realicen modificaciones sustanciales en los Tratados de la Unión Europea sin que, más allá de los Poderes Ejecutivos de los Estados miembros, se requiera la participación constitutiva de los órganos legislativos (respecto a la delimitación de competencias cfr. Declaración de Laeken de 15 de diciembre de 2001 sobre el futuro de la Unión Europea, Boletín UE 12-2001, I.27 <anejo I>). La obligación de informar a los Parlamentos nacionales prevista en el art. 352.2 TFUE que recae sobre la Comisión, no puede cambiar esto en modo alguno, pues la Comisión sólo tiene que notificar a los Parlamentos nacionales sobre el proyecto legislativo que corresponda. A la vista de la indefinición de posibles casos de aplicación de la cláusula de flexibilidad, su uso presupone, desde el punto de vista constitucional, la ratificación por parte del Bundestag alemán y del Bundesrat sobre la base del art. 23.1, frases 2 y 3 LF. El representante alemán ante el Consejo no podrá dar la aprobación formal de una propuesta legislativa de la Comisión por

328

parte de la República Federal de Alemania, hasta tanto estas condiciones constitucionales no se hayan cumplido.

(3) Los Tratados referidos en la Ley de aprobación confirman que el actual principio de una unión en un sistema de transferencia responsable de derechos de soberanía, preservando al mismo tiempo la soberanía de los Estados miembros, y así satisface las exigencias constitucionales. El Tratado de Lisboa hace por primera vez visible en el Derecho primario, el derecho de todo Estado miembro a retirarse de la Unión Europea (art. 50 TUE-Lisboa). Este derecho de retirarse subraya la soberanía de los Estados miembros y muestra igualmente que, en el actual estado de desarrollo la Unión Europea no ha traspasado el límite de lo que es un Estado en el sentido del Derecho internacional público (cfr. Jouanjan, “Monodisziplinäre Stellungnahmen”, en: Kreis, *Der Beitrag der Wissenschaften zur künftigen Verfassung der EU*, 2003, p. 12 <16>). Si un Estado miembro puede retirarse en virtud de una decisión autónoma y responsable, el proceso de integración europea no es irreversible. La condición de miembro de la República Federal de Alemania depende más bien de su voluntad permanente y continuada de pertenecer a la Unión Europea. Los límites jurídicos de esta voluntad se rigen por la Ley Fundamental.

329

Cada Estado miembro puede retirarse de la Unión Europea, aun en contra de la voluntad de los demás Estados miembros (cfr. art. 54, letra a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, BGBl 1985 II p. 926 ss). La decisión de retirarse no tiene que realizarse necesariamente mediante un acuerdo de retiro entre la Unión Europea y el Estado miembro respectivo. En caso de que no se llegue a firmar un acuerdo, el retiro surtirá efecto dos años después de la notificación de la decisión de retirarse (art. 50.3 TUE-Lisboa). El derecho de retirarse también puede ser ejercido sin más compromisos, ya que el Estado miembro que desea retirarse no tiene que justificar su decisión. De hecho, el art. 50.1 TUE-Lisboa únicamente indica que la retirada del Estado miembro debe darse “de conformidad con sus normas constitucionales”. La verificación de si los requisitos han sido cumplidos, puede ser no obstante realizada en un caso dado, únicamente por el propio Estado miembro, y no por parte de la Unión Europea o por los demás Estados miembros.

330

(4) Con la Declaración núm. 17 relativa a la primacía, aneja al Tratado de Lisboa, la República Federal de Alemania no reconoce una primacía absoluta en términos de validez del Derecho de la Unión que plantearía objeciones desde el punto de vista del Derecho constitucional, sino que confirma exclusivamente la situación del derecho vigente conforme a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional Federal. No es pertinente la alegación del recurrente citado en III según la cual, con la aprobación del Tratado de Lisboa, la primacía “ilimitada” del Derecho adoptado por los órganos de la Unión sobre el Derecho de los Estados miembros, tal como estaba prevista en el fracasado Tratado Constitucional, pasaría a formar parte, de hecho, del contenido del Tratado y con ello, en definitiva, se estaría concediendo una inadmisiblemente primacía de validez propia de un Estado federal, que incluso permitiría la de-

331

rogación del Derecho constitucional de los Estados miembros que le sea contrario. Tampoco es pertinente la presunción de que, en razón de las nuevas competencias extendidas a todos los ámbitos, el Tribunal Constitucional Federal prácticamente ya no podría controlar el respeto del principio de atribución de competencias por parte de la Unión Europea ni los consiguientes efectos jurídicos para Alemania, y ya no sería posible preservar la sustancia de la identidad constitucional y de la protección alemana de los derechos fundamentales (tesis defendida por Murswiek, *Die heimliche Entwicklung des Unionsvertrages zur europäischen Oberverfassung*, NVwZ 2009, p. 481 ss.).

Dado que se mantiene la primacía establecida en virtud de una autorización jurídico constitucional, los valores contenidos en el art. 2 TUE-Lisboa, cuyo carácter jurídico no requiere ser aclarado aquí, tampoco pueden tener prelación de rango sobre la identidad constitucional de los Estados miembros protegida por el art. 4.2, frase 1 TUE-Lisboa y asegurada constitucionalmente por la vía del control de identidad, conforme al art. 23.1, frase 3, en concordancia con el art. 79.3 LF. Los valores establecidos en el art. 2 TUE-Lisboa, que en parte ya están contenidos como principios en el art. 6.1 TUE vigente, no proporcionan a la asociación de integración europea una *Kompetenz-Kompetenz*, de modo que en este sentido también se mantiene en vigor el principio de atribución de competencias.

332

(a) Los Tratados europeos han confiado la interpretación tanto del Derecho primario como del Derecho derivado a la propia jurisdicción europea. Sobre la base del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea vigente y –en menor medida– del Tratado de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia garantizan, en el marco de sus respectivas competencias, el respeto del Derecho en la interpretación de los Tratados (art. 220 TCE; art. 35 TUE). En el marco de la cuestión prejudicial, corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse con efectos vinculantes sobre la interpretación del Tratado y sobre la vigencia y la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el Banco Central Europeo (art. 234 TCE). De acuerdo con ello, el Derecho de los tratados, a través de las órdenes de aplicación del Derecho convencional dadas por cada Estado miembro mediante la respectiva Ley de aprobación del Tratado, impone a los tribunales de los Estados miembros respetar la jurisprudencia de los tribunales europeos, en especial la del Tribunal de Justicia.

333

De la continuidad de la soberanía del pueblo, arraigada en los Estados miembros y del hecho de que los Estados continúan siendo “los señores de los Tratados”, se desprende –al menos hasta el establecimiento formal de un Estado federal europeo y al cambio del sujeto de legitimación democrática asociado a ésta que ha de llevarse a cabo explícitamente– que a los Estados miembros no se les puede haber despojado del derecho de comprobar el cumplimiento del programa de integración.

334

En virtud de la Ley Fundamental, el Derecho federal deroga el Derecho de los Länder cuando le sea contrario (cfr. art. 31 LF). El Derecho supranacional no produce

335

este efecto de derogación y anulación del derecho. La primacía de aplicación del Derecho europeo no afecta la validez de la legislación contraria de los Estados miembros y sólo la desplaza en su aplicación en la medida en que los Tratados así lo requieren y cuando está permitido conforme a la orden de aplicación del Derecho interno dada mediante la Ley de aprobación (cfr. BVerfGE 73, 339 <375>). Una norma de Derecho interno contraria al Derecho comunitario o al Derecho de la Unión sólo sería inaplicable en la medida en que así lo exija el contenido de la norma comunitaria o de la Unión que le resulte contraria.

Si bien esta construcción producida en la cotidianidad de la aplicación del Derecho es más teórica que práctica, porque a menudo no da lugar a diferencias en cuanto a sus efectos jurídicos, sin embargo sí tiene consecuencias para la relación entre la jurisdicción de los Estados miembros y la europea. En el marco de sus competencias, a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros competentes para el control constitucional no se les puede privar –al menos esta es la concepción de la Ley Fundamental– de la responsabilidad que tienen para fijar los límites que se imponen a la habilitación constitucional para la integración y para la salvaguardia de la identidad indisponible de la Constitución.

336

Con la idea de una comunidad de Derecho que abarque a toda la Unión, el mandato de integración de la Ley Fundamental y el Derecho vigente de los Tratados europeos, exigen una limitación del ejercicio del poder judicial de los Estados miembros. No estaría permitido que se produzcan efectos que pongan en riesgo la integración por el hecho de que la unidad del ordenamiento jurídico comunitario se viera perjudicado a causa de las divergentes decisiones de los tribunales de los Estados miembros en cuanto a la aplicabilidad de este Derecho. El Tribunal Constitucional Federal, después de haber afirmado inicialmente disponer de una competencia general para controlar la aplicación del derecho comunitario en Alemania en relación con el estándar de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución alemana (cfr. BVerfGE 37, 271 <283>), ha dejado de ejercer este control, confiando en que esa función será asumida debidamente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (cfr. BVerfGE 73, 339 <387>; confirmado en BVerfGE 102, 147 <162 ss.>). Sin embargo, el carácter definitivo de las decisiones del Tribunal de Justicia sólo lo podía reconocer “en principio”, considerando el estatus de las instituciones comunitarias derivado de los Tratados de Derecho internacional público (BVerfGE 73, 339 <367>).

337

En cuanto a que en el proceso sobre la constitucionalidad de la Ley de aprobación alemana del Tratado de Maastricht los recurrentes alegaran, a partir de ese carácter definitivo de la sentencia del Tribunal de Justicia, un poder absoluto de disposición de órganos comunitarios sobre el Derecho de los Tratados, y con ello, una transferencia constitucionalmente inadmisibles de determinados derechos de soberanía, sino de la soberanía como tal, el Tribunal Constitucional Federal ha desvirtuado ese argumento en la propia decisión sobre el Tratado de Maastricht. El Tribunal Constitucional Federal ha dejado sentado que le corresponde examinar si los actos jurídi-

338

cos de las instituciones y órganos europeos se mantienen dentro de los límites de los derechos de soberanía transferidos o si se está en presencia de una interpretación extensiva de los Tratados por parte de la jurisdicción comunitaria que equivaldría a una modificación autónoma inadmisibles de los Tratados (BVerfGE 89, 155 <188, 210>; de manera similar, recientemente, el Tribunal Constitucional de la República Checa, sentencia de 26 de noviembre de 2008, expediente Pl. ÚS 19/08, Tratado de reforma del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, núm. marginal 139).

La primacía de aplicación del Derecho europeo sigue siendo, aun tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, un instrumento transferido por un Tratado de Derecho internacional público, por tanto, de carácter derivado, que produce efectos jurídicos en Alemania sólo a través de la orden de aplicación del Derecho del Tratado dada por la Ley de aprobación. Que el instituto de la primacía de aplicación no esté expresamente previsto en los Tratados, sino que se haya desarrollado a principios del proceso de integración europea mediante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia basada en la interpretación de los Tratados, no afecta su carácter derivado. Constituye una consecuencia de la soberanía que mantienen los Estados miembros el que la inaplicabilidad de un cierto acto jurídico en Alemania pueda ser determinada por el Tribunal Constitucional Federal, al menos cuando sea manifiesta la carencia de la orden constitutiva de aplicación del Derecho del Tratado. Esta determinación debe igualmente tener lugar cuando dentro o fuera de los derechos de soberanía transferidos, éstos se ejerzan en Alemania de una manera tal que su efecto sería una violación de la identidad constitucional, intangible según el art. 79.3 LF y respetada también por el Derecho europeo de los Tratados, específicamente el art. 4.2, frase 1 TUE-Lisboa.

339

La Ley Fundamental aspira insertar a Alemania en una comunidad de Derecho compuesta de Estados pacíficos y liberales, sin embargo no renuncia a la soberanía, radicada en la prerrogativa de la Constitución alemana de mantener la última palabra, en tanto que derecho de un pueblo a decidir de un modo constitutivo, sobre las cuestiones fundamentales relativas a su propia identidad. Por tanto, no contradice el objetivo de la apertura al Derecho internacional público si el legislador, excepcionalmente, no observa el Derecho de los tratados internacionales –asumiendo no obstante, las consecuencias en el ámbito de las relaciones internacionales–, en tanto que ésta sea la única manera de evitar una violación de los principios fundamentales de la Constitución (cfr. BVerfGE 111, 307 <317 s.>). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se basó en un razonamiento análogo en la decisión de 3 de septiembre de 2008 en el caso Kadi, según la cual los principios fundamentales del ordenamiento de la Comunidad pueden ser opuestos a la pretensión de aplicabilidad conforme al Derecho internacional de una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (TJCE, Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, EuR 2009, p. 80 <100 ss.>). De este modo, el Tribunal de Justicia, ha puesto en una situación límite, la preservación de la propia identidad como una comunidad de Derecho por

340

encima del compromiso que de otra manera sería respetado: tal figura jurídica no sólo es conocida en las relaciones jurídicas internacionales como invocación del *ordre public* como límite a un compromiso adquirido en virtud de un Tratado; también se corresponde –al menos utilizado de manera constructiva– con la idea de las relaciones políticas de ordenamiento que no están estructurados según una jerarquía estricta. En todo caso, en el fondo no hay contradicción con el objetivo de apertura al Derecho europeo, es decir, con la participación de la República Federal de Alemania en la realización de una Europa unida exigida por la Constitución (Preámbulo, art. 23.1, frase 1 LF), si el Tribunal Constitucional Federal excepcionalmente, bajo condiciones especiales y estrictas, declara una norma del Derecho de la Unión Europea inaplicable en Alemania (cfr. BVerfGE 31, 145 <174>; 37, 271 <280 ss.>; 73, 339 <374 ss.>; 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <174 s.>; 102, 147 <162 ss.>).

(b) Contrariamente a lo que sostiene el recurrente citado en III, la competencia de reserva del Tribunal Constitucional Federal, exigida constitucionalmente, no se halla afectada por la Declaración núm. 17 relativa a la primacía, aneja al Acta Final del Tratado de Lisboa. Esta Declaración indica que los Tratados y el Derecho derivado adoptado por la Unión Europea sobre la base de los Tratados, tienen primacía, en concordancia con la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y bajo las condiciones establecidas en ella, sobre el Derecho nacional de los Estados miembros.

341

La primacía de aplicación presupone en primer lugar la aplicabilidad directa del Derecho europeo en los Estados miembros (cfr. Oppermann, *Europarecht*, 3ª ed., 2005, § 7, núm. marginal 8 ss. con otras referencias). En el ámbito de la política exterior y de seguridad común no se prevén actos jurídicos a los que sería aplicable la Declaración núm. 17 relativa a la primacía. El Tratado no confiere derechos de soberanía a la Unión Europea que le permitan un “acceso directo” supranacional a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros (cfr. art. 24.1, art. 40 TUE-Lisboa y la Declaración núm. 14 aneja al Acta Final del Tratado de Lisboa).

342

La razón y el límite de la validez del Derecho de la Unión Europea en la República Federal de Alemania es el mandato de aplicación del Derecho contenido en la Ley de aprobación, que sólo puede otorgarse en el marco del orden constitucional vigente (cfr. BVerfGE 73, 339 <374 ss.>). En este sentido, carece de importancia determinar si la primacía de aplicación del Derecho de la Unión, que el Tribunal Constitucional Federal en principio ya ha reconocido para el Derecho comunitario (cfr. BVerfGE 31, 145 <174>), está prevista en los propios Tratados o en la Declaración núm. 17 aneja al Acta Final del Tratado de Lisboa. En efecto, la primacía del Derecho de la Unión en Alemania sólo rige en virtud del mandato de aplicación del Derecho otorgada mediante la Ley de aprobación de los Tratados. La primacía de aplicación no rige para el poder público europeo ejercido en Alemania sino en la medida en que la República Federal de Alemania haya aprobado esta regla de solución de conflictos entre normas y estuviera habilitada para aprobar esa regla (cfr. Nettesheim, *Die Kompetenzordnung im Vertrag über eine Verfassung für Europa*, EuR 2004, p. 511

343

<545 s.>; Sauer, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, p. 162 ss.; Streinz, Europarecht, 8ª ed. 2008, núm. marginal 224 ss.). Sin embargo, con esto se deja constancia al mismo tiempo que, desde el punto de vista de la primacía de aplicación del Derecho comunitario, y en el futuro del Derecho de la Unión, no se puede ofrecer un argumento convincente que permita afirmar que al entrar en vigor el Tratado de Lisboa hubiese una renuncia a la estatalidad soberana o a la identidad de la Constitución.

bb) La Ley de aprobación del Tratado de Lisboa no renuncia al territorio nacional de la República Federal de Alemania. El elemento delimitante del territorio nacional, que se manifiesta notablemente por los límites territoriales destinados, en principio, a evitar el ejercicio de un poder soberano extranjero sobre el territorio estatal, ha perdido ciertamente relevancia. A través de Tratados internacionales modificatorios o complementarios del Derecho primario existente, se ha creado particularmente el mercado interior (art. 14.2 TCE) y se han eliminado los controles fronterizos en el denominado espacio Schengen. El Tratado de Lisboa persigue también esta relativización del elemento delimitador al introducir un sistema integrado de gestión de las “fronteras exteriores” de la Unión Europea (art. 77.1, letra c y 77.2, letra d TFUE). Sin embargo, la Unión Europea ejerce poder soberano en Alemania sobre la base de las competencias transferidas en la Ley de aprobación del Tratado de Lisboa y, por lo tanto, con el consentimiento explícito de la República Federal de Alemania. Un poder público estatal sobre un territorio determinado subsiste sin alteración bajo el cambio de condiciones de la movilidad transfronteriza (cfr. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3ª ed., 1921, p. 394).

344

Ello no se ve afectado por el hecho de que mediante el “espacio sin fronteras interiores” (art. 14.2 TCE, art. 154.1 TCE) y por la supranacionalización por el Tratado de Lisboa del “espacio de libertad, seguridad y justicia” (art. 67 ss. TFUE), también se limite la soberanía territorial como elemento del territorio nacional. Según el Tratado de Lisboa, la Unión Europea no dispone de una soberanía territorial completa que sustituya a la de la República Federal de Alemania. Que la Unión Europea, incluso después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, no reclame tal derecho de soberanía territorial se ilustra por el hecho de que solamente se hace mención a un “ámbito de aplicación territorial” de los Tratados (art. 52 TUE-Lisboa; art. 355 TFUE). Este ámbito de aplicación territorial es accesorio al territorio nacional de los Estados miembros, que, en suma, determina el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (art. 52 TUE-Lisboa; art. 355 TFUE). No existe un territorio directamente atribuido de la Unión que estuviese exento de tal accesoriedad (respecto a la ampliación del ámbito de aplicación mediante el aumento del territorio de un Estado miembro, cfr. Oppermann, Europarecht, 3ª ed., 2005, § 4, núm. marginal 36).

345

cc) Tras la ratificación del Tratado de Lisboa la República Federal de Alemania continuará disponiendo de un pueblo. El concepto de ciudadano de la Unión, que ha adquirido un mayor desarrollo en el Derecho de la Unión, se fundamenta exclusivamente en el Derecho de los Tratados. La ciudadanía de la Unión se deriva

346

exclusivamente de la voluntad de los Estados miembros y no constituye un pueblo de la Unión, que en cuanto sujeto de derecho constitucional estaría llamado a la propia autodeterminación.

De la introducción de la ciudadanía de la Unión en particular no se puede inferir la creación de un Estado federal. En este sentido las comparaciones históricas con la fundación del Estado federal alemán a través de la Confederación del Norte de Alemania de 1867 (cfr. p. ej. Schönberger, Unionsbürger, 2005, p. 100 ss.) no son útiles en este contexto. Desde que el principio de la soberanía popular ha prevalecido en Europa, sólo los pueblos de los Estados miembros pueden disponer de su respectivo poder constituyente y de la soberanía del Estado. Sin la voluntad de los pueblos declarada explícitamente, los órganos elegidos no están facultados para crear un nuevo sujeto de legitimación o para deslegitimar a los existentes dentro de los espacios constitucionales de sus Estados.

347

En este sentido, la ciudadanía de la Unión no representa un hecho que cultural o normativamente preceda al Derecho de los Tratados vigentes, y que pueda tener efectos jurídicos configurativos de una Constitución. La ciudadanía de la Unión, ya introducida al Derecho primario a través de anteriores modificaciones de los Tratados, continúa siendo un estatus derivado y complementario de la ciudadanía nacional (art. 17.1, frases 2 y 3 TCE; art. 9, frase 3 TUE-Lisboa). Este estatus tampoco se modifica por los derechos asociados a la ciudadanía de la Unión, aun cuando el Tratado de Lisboa amplía estos derechos. Los ciudadanos de la Unión adquieren el derecho de participar en la vida democrática de la Unión Europea (art. 10.3, art. 11.1 TUE-Lisboa), lo que pone de relieve la necesidad de un vínculo estructural existente entre la comunidad de los ciudadanos y el poder público. Adicionalmente se facilita el ejercicio de derechos ya existentes de los ciudadanos de la Unión en el ámbito de la protección diplomática y consular, así como los documentos que legitiman el ejercicio de derechos (cfr. art. 23.2, art. 77.3 TFUE).

348

Otras modificaciones del Derecho primario tampoco conducen a una superposición de la ciudadanía de la Unión sobre el estatus primario de ciudadanía del Estado miembro. A la luz del contexto general del Tratado de Lisboa es evidente que con el cambio de terminología del art. 9, frase 3 TUE-Lisboa respecto al art. 17.1, frase 2 TCE (cfr. Schrauwen, *European Citizenship in the Treaty of Lisbon: Any Change at all?*, MJECL 2008, p. 55 <59>), con el empleo del concepto de ciudadano de la Unión en el contexto del Parlamento Europeo (art. 14.2, (1), frase 1 TUE-Lisboa) y el rol decisivo de los ciudadanos de la Unión en virtud de la Iniciativa Ciudadana Europea (art. 11.4 TUE-Lisboa) no implica que se debe crear un sujeto de legitimación personal autónomo a nivel europeo.

349

También en cuanto a la ampliación de los derechos de los ciudadanos de la Unión, el pueblo alemán seguirá existiendo mientras la ciudadanía de la Unión no sustituya o se superponga a la ciudadanía de los Estados miembros. El estatus derivado de la ciudadanía de la Unión y la preservación de la ciudadanía del Estado miembro cons-

350

tituyen el límite para el desarrollo de los derechos de los ciudadanos de la Unión previsto en el art. 25.2 TFUE y para la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (respecto a la importancia de la ciudadanía de la Unión cfr. TJCE, sentencia de 12 de mayo de 1998, Exp. C-85/96, Martínez Sala, Repertorio 1998, p. I-2691 núm. marginal 62 s.; TJCE, sentencia de 20 de septiembre de 2001, Exp. C-184/99, Grzelczyk, Repertorio 2001, p. I-6193 núm. marginal 31 s.; TJCE, sentencia de 17 de septiembre de 2002, Exp. C-413/99, Baumbast, Repertorio 2002, p. I-7091 núm. marginal 82; TJCE, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Exp. C-456/02, Trojani, Repertorio 2004, p. I-7573 núm. marginal 31; TJCE, sentencia de 19 de octubre de 2004, Exp. C-200/02, Zhu, Repertorio 2004, p. I-9925 núm. marginal 25). De esta manera subsiste entre los Estados miembros la posibilidad de establecer diferencias en virtud de la nacionalidad. El derecho de sufragio en los Estados miembros para la elección de los órganos representativos por encima del nivel municipal, continúa reservado exclusivamente a los propios nacionales, del mismo modo en que está restringida también la obligación de solidaridad financiera entre los Estados miembros en forma de prestaciones sociales para los ciudadanos de la Unión (cfr. TJCE, sentencia de 18 de noviembre de 2008, Exp. C-158/07, Förster, EuZW 2009, p. 44 <45>).

c) Con el Tratado de Lisboa los Estados miembros amplían el ámbito de competencias y las posibilidades de acción política de la unión de integración europea. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las competencias existentes y las recién transferidas serán ejercidas por la Unión Europea, que ocupará el lugar de la Comunidad Europea. Específicamente, las nuevas competencias transferidas en los ámbitos de la cooperación judicial en materia penal (aa) y civil (bb), de las relaciones económicas internacionales (cc), de la defensa común (dd), así como de asuntos sociales (ee), pueden y deban que ser ejercidas por los órganos de la Unión Europea de manera tal que en los Estados miembros aún subsistan funciones de suficiente relevancia, tanto en su alcance como en su contenido, que sean condición jurídica y práctica de una democracia viva. Las nuevas competencias no son –en todo caso bajo una interpretación adecuada– “elementos constitutivos del Estado” que en una visión de conjunto comprometan la soberanía de la República Federal de Alemania en forma tal que constituya una violación de la Constitución. Para decidir sobre los alegatos respecto a un vaciamiento inconstitucional de las funciones del Bundestag alemán es irrelevante examinar cuántos actos jurídicos de los Estados miembros ya han sido influenciados, preformados o determinados por la legislación europea (cfr. Hoppe, Die Europäisierung der Gesetzgebung: Der 80-Prozent-Mythos lebt, EuZW, 2009, p. 168 s.). Para decidir sobre la constitucionalidad de la alegación lo relevante no son las relaciones cuantitativas, sino que la República Federal de Alemania mantenga opciones importantes de configuración interna en ámbitos de regulación fundamentales y esenciales de la vida.

aa) (1) Con el Tratado de Lisboa se amplían significativamente las competencias de la Unión Europea en el ámbito de la administración de la justicia penal. La Unión

351

352

Europea queda facultada para establecer “normas mínimas” relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos “delictivos que sean de especial gravedad” y tengan una dimensión transfronteriza “derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones”, o “de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes” (art. 83.1, (1) TFUE). Los ámbitos delictivos a los que se aplicaría esta cooperación se enumeran de modo ejemplificativo, pero pueden ampliarse por decisión unánime del Consejo y con la aprobación del Parlamento Europeo (art. 83.1, (3) TFUE). Además de esta competencia para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias en el Derecho penal relativa a los delitos graves que tengan una dimensión transfronteriza, la Unión adquiere una competencia adicional en materia penal, que ya ha sido incorporada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo (cfr. TJCE, sentencia de 13 de septiembre de 2005, Exp. C-176/03, Comisión/Consejo, Repertorio 2005, p. I-7879 núm. marginal 47 s.), en todos los ámbitos políticos que hayan sido o lleguen a ser objeto de medidas de armonización (artículo 83.2, frase 1 TFUE).

En el Derecho procesal penal la Unión Europea puede dictar normas mínimas referidas a la admisibilidad “mutua” de pruebas, a los derechos del imputado, del testigo y de la víctima de los delitos así como a otros elementos específicos que el Consejo determinará previamente mediante una decisión adoptada por unanimidad, previa aprobación del Parlamento (art. 82.2, (1) y (2) TFUE). Adicionalmente se podrán establecer medidas que impulsen y apoyen la prevención de la delincuencia (art. 84 TFUE).

353

Por último, se pueden ampliar, sobre la base del Tratado de Lisboa, las atribuciones de Eurojust. Se le podrán asignar a Eurojust, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, en particular, la función de iniciar y coordinar diligencias de investigación penal (art. 85.1 TFUE), quedando los actos formales de carácter procesal reservados a las autoridades penales nacionales competentes (art. 85.2 TFUE). Además, a partir de Eurojust se podrá crear, mediante resolución del Consejo adoptada por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo, una Fiscalía Europea que sería competente para la investigación y persecución penal hasta la solicitud de apertura de juicio ante los tribunales de los Estados miembros, competencia limitada inicialmente a la lucha contra los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión (art. 86.1 TFUE).

354

(2) La preservación de la paz jurídica a través de la justicia penal ha sido desde siempre una función esencial del poder estatal. En la tarea de crear, garantizar y hacer valer una convivencia ordenada en sociedad, mediante la protección de los valores elementales de la comunidad y sobre la base de un ordenamiento jurídico, el Derecho penal constituye un elemento indispensable para proteger la estabilidad de ese orden jurídico (cfr. Sellert/Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, tomo 1, 1989, p. 49). Toda norma penal contiene un juicio de desvalor socio-ético, provisto de autoridad estatal, sobre la forma de actuar que ella penaliza. El contenido concreto de este juicio de desvalor se desprende de

355

la figura delictiva y de la amenaza penal (cfr. BVerfGE 25, 269 <286>; 27, 18 <30>). Constituye una decisión fundamental, determinar en qué extensión y en cuáles ámbitos una colectividad política ha de emplear precisamente el recurso del Derecho penal como instrumento de control social. A través del Derecho penal, una comunidad jurídica se dota de un código de conducta anclado en sus valores, cuya violación de acuerdo a la convicción jurídica compartida es considerada de tal gravedad e intolerable para la convivencia en la comunidad, que hace necesaria una penalización (cfr. Weigend, *Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur?*, ZStW 1993, p. 774 <789>).

Con la decisión sobre las conductas punibles el legislador asume la responsabilidad democráticamente legitimada por una forma de acción del poder público que constituye una de las intervenciones más intensas a la libertad individual en el Estado constitucional moderno. En principio el legislador está en libertad de decidir, utilizando los recursos del Derecho penal, si quiere defender determinado bien jurídico cuya protección considera esencial y, en ese sentido, cómo desea hacerlo (cfr. BVerfGE 50, 142 <162>; 120, 224 <240>; con relación al establecimiento del límite entre el ilícito penal y el ilícito administrativo cfr. BVerfGE 27, 18 <30>; 96, 10 <26>). Adicionalmente, el legislador puede decidir libremente, dentro de los límites constitucionales establecidos, que sanción penal quiere aplicar a una conducta culpable. El esclarecimiento de un delito, la indagación del autor, la determinación de su culpabilidad y su penalización, son responsabilidad de los órganos de la justicia penal, los cuales deben iniciar y realizar los procedimientos penales de conformidad con las exigencias establecidas en la ley y ejecutar las penas impuestas (cfr. BVerfGE 51, 324 <343>).

356

Conforme a la Constitución, la libertad de acción del legislador puede quedar restringida en razón a la incorporación del Estado constitucional alemán al ordenamiento jurídico internacional de la Comunidad de Estados, a través de la obligación de hacer valer la legislación supranacional en el propio ámbito de su responsabilidad. También, con el fin de asegurar el cumplimiento de normas esenciales de Derecho internacional general, puede ser necesario imponer al individuo determinadas sanciones (cfr. BVerfGE 112, 1 <26>). Esto rige sobre todo en el proceso de conformación de una justicia penal internacional contra el genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (cfr. BVerfGE 113, 273 <296 s.>; Tribunal Constitucional Federal (BverfG), decisión de la Cámara 4ª de la Sala Segunda de 12 de diciembre de 2000 – 2 BvR 1290/99 –, NJW 2001, p. 1848 ss.). Como miembro de la Unión Europea, Alemania asumió otros compromisos. Con la construcción y el desarrollo del “espacio de libertad, seguridad y justicia”, que hasta ahora han tenido lugar esencialmente conforme a las normas del “tercer pilar” intergubernamental del Derecho de la Unión Europea, la Unión Europea persigue el objetivo de asociar el proceso simultáneo de crecimiento y la apertura de las fronteras para la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales con una mejor cooperación de las autoridades en la persecución penal. Los Estados miembros se han puesto de acuerdo en

357

algunos ámbitos para crear normas de Derecho penal y de Derecho procesal penal que tomen en consideración las condiciones de hechos europeos con repercusión transfronteriza.

En razón de que la autodeterminación democrática se ve afectada de modo especialmente sensible por las normas del Derecho penal y procesal penal, las bases competenciales establecidas en los Tratados en esta materia deben ser interpretadas de forma estricta –y en ningún caso extensiva– y su aplicación requiere una justificación especial. El Derecho penal, en su núcleo normativo, no sirve como instrumento técnico-jurídico para llevar a cabo una cooperación internacional efectiva, sino que representa la decisión democrática particularmente sensible sobre el nivel mínimo desde la perspectiva ético-jurídica. Ello está igualmente reconocido expresamente en el Tratado de Lisboa al concederle el llamado freno de emergencia a las nuevas competencias sobre la justicia penal, que permite al representante de un Estado miembro en el Consejo –responsable en última instancia ante su Parlamento– impedir con su derecho de veto, al menos para su país, la aprobación de aquellas directivas con implicaciones en la justicia penal, basándose para ello en “aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal” (art. 83.3 TFUE).

358

(3) La lucha contra la criminalidad particularmente grave, que se aprovecha de la limitación territorial en la persecución penal del Estado o que, como en el caso de la corrupción, amenacen el funcionamiento del Estado de derecho y de la democracia en la Unión Europea, puede constituir una causa particular de justificación para la transferencia de derechos de soberanía en éste ámbito. En este contexto, el Tratado de Lisboa señala que tales ámbitos delictivos deben tener una dimensión transfronteriza (art. 83.1, (1) TFUE) derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes (art. 83.1, (1) TFUE). Tal necesidad particular no existe simplemente cuando los órganos hayan alcanzado una voluntad política correspondiente. La necesidad de combatir los delitos sobre una base común tampoco puede separarse del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones, ya que no es posible concebir que esa necesidad particular de combatirlas sobre bases comunes pueda derivarse de otra causa que no sea del carácter o de las repercusiones de estas infracciones.

359

Esta interpretación restrictiva, requerida para la protección del espacio democrático primario según la concepción de la Ley Fundamental, también ha de servir de fundamento para la decisión del representante alemán en el Consejo cuando corresponda adoptar una decisión en el ámbito del reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales así como del Derecho procesal penal en general (art. 82, apartados 1 y 2 TFUE).

360

En lo que respecta a la competencia accesoria que posibilita la aproximación del Derecho penal en ámbitos políticos que hayan sido objeto de medidas de armonización (art. 83.2 TFUE), la Ley de aprobación puede ser considerada conforme con la Constitución por la sola razón de que esa competencia, según el Tratado, debe ser

361

interpretada de forma estricta. Detrás de la competencia accesoria se oculta una ampliación grave de la competencia sobre el sistema penal en comparación con la situación jurídica hasta ahora vigente. Según esto, para la “ejecución eficaz de una política de la Unión”, ella podrá establecer normas mínimas relativas a la definición, mediante directivas, de las infracciones penales y las sanciones en todos aquellos casos en los que la Unión posea competencias para la armonización de las disposiciones legales. Debido a la amenaza de que este título competencial adquiera un carácter ilimitado en cuanto a la adopción de la legislación penal, en principio, no es posible conciliar esta disposición competencial con el principio de atribución de competencias, ni con la necesaria protección del legislador nacional que está democráticamente vinculado de una manera especial a la decisión de la mayoría del pueblo.

Sin embargo, el Tratado de Lisboa ofrece suficientes elementos para una interpretación conforme con la Constitución. El propio texto de la disposición enuncia de manera estricta el supuesto de hecho que habilita a la Unión Europea para establecer normas de Derecho penal. Según ésta, la aproximación de las disposiciones legales respectivas de los Estados miembros debe resultar “imprescindible para la ejecución eficaz de una política de la Unión” en el ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización (art. 83.2, frase 1 TFUE). Para que este supuesto de hecho excepcional se cumpla y pueda considerarse como transferida la habilitación accesoria para legislar en Derecho penal, debe estar constatado que realmente existe un grave déficit en la ejecución y que éste sólo puede ser resuelto a través de la amenaza de una sanción penal. Estas condiciones valen también respecto a la existencia de la competencia accesoria en materia penal ya aceptada por la jurisdicción europea.

362

La habilitación general para determinar infracciones y sanciones penales conforme al art. 83.1, TFUE debe interpretarse de manera restrictiva correspondiente. Esa interpretación se refleja en el catálogo de infracciones penales especialmente graves previsto en el art. 83.1 (2) TFUE y en la condición de que debe tratarse de delitos de especial gravedad que tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones o de una necesidad particular de combatirlos según criterios comunes. El catálogo pone de relieve que se trata de ámbitos delictivos graves típicamente transfronterizos para los cuales se podrán establecer normas mínimas que deben dejar a los Estados miembros márgenes sustanciales de discrecionalidad. Sin embargo, cuando una comunidad de derecho se ve impedida de decidir sobre el carácter punible de una conducta y sobre la imposición de penas privativas de libertad conforme a su propia escala de valores, la autodeterminación democrática se ve afectada de una manera particularmente sensible. Esto es tanto más válido, en cuanto estos valores estén asociados a experiencias históricas, tradiciones religiosas y otros factores esenciales ligados a los sentimientos e ideas de las personas y su comunidad. Es por eso que en estos ámbitos la posibilidad de transferir la competencia de la legislación penal es limitada y en todo caso es necesario cumplir con los requerimientos para una transferencia singular de derechos soberanos (art. 23.1, frase 2 LF) al ampliar el catálogo de los ámbitos delictivos correspondientes a la legislación

363

de la Unión. La utilización de la habilitación dinámica en blanco conforme al art. 83.1, (3) TFUE, para ampliar el catálogo de delitos especialmente graves que tengan una dimensión transfronteriza “según la evolución de la delincuencia”, corresponde en el fondo a una ampliación de las competencias escritas de la Unión y por lo tanto está sujeta a la reserva legal del art. 23.1, frase 2 LF. Al poner en práctica las normas mínimas también hay que tener en cuenta que las disposiciones marco de la legislación europea sólo hacen referencia a la dimensión transfronteriza de un tipo penal determinado. La competencia penal de los Estados miembros, que en principio se encuentra protegida frente al proceso de integración, podría protegerse estableciendo que las normas mínimas no abarquen un ámbito delictivo completo (cfr. art. 2.2 de la decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y al procedimiento de entrega entre Estados miembros, DO núm. L 190/1), sino únicamente ciertos supuestos constitutivos de delito.

Las competencias de la Unión Europea en el ámbito de la justicia penal deben además ser interpretadas de una manera tal que satisfaga las exigencias del principio de culpabilidad. El Derecho penal se fundamenta en el principio de culpabilidad. Este principio parte de la premisa de la responsabilidad individual de una persona, que determina por sí misma sus acciones y puede decidir, en virtud de su autonomía de voluntad, entre lo que es lícito e ilícito. La protección de la dignidad humana se fundamenta en la idea del hombre como ser espiritual y moral que está destinado a autodeterminarse y desarrollarse en libertad (cfr. BVerfGE 45, 187 <227>). En el ámbito de la justicia penal el art. 1.1 LF consagra la concepción de la esencia de la pena, así como la relación entre culpa y expiación (cfr. BVerfGE 95, 96 <140>). El principio que no hay pena sin culpa tiene su fundamento justamente en la garantía de la dignidad humana contemplado en el referido art. 1.1 LF (cfr. BVerfGE 57, 250 <275>; 80, 367 <378>; 90, 145 <173>). Por otro lado, el principio de la culpabilidad forma parte de la identidad constitucional indisponible de conformidad con el art. 79.3 LF, el cual también está protegido de las intervenciones del poder público ejercido a nivel supranacional.

364

En razón a la importancia del Derecho penal para la libertad individual, es necesario establecer adicionalmente requisitos más específicos para la regulación que otorga a un Estado miembro derechos especiales en el procedimiento legislativo (art. 82.3, art. 83.3 TFUE). El grado necesario de legitimidad democrática conferida a través de los Parlamentos nacionales se puede alcanzar, desde la perspectiva del Derecho constitucional alemán, asegurando que el representante alemán en el Consejo pueda ejercer los derechos garantizados en el art. 82.3, y en el art. 83.3 TFUE por instrucciones del Bundestag alemán y, en cuanto las regulaciones sobre la legislación así lo exijan, del Bundesrat, (cfr. también la resolución adjunta del Bundestag alemán de 24 de abril de 2008 referente al Tratado de Lisboa <Impreso del Bundestag 16/8917, p. 6, Protocolo de la sesión plenaria del Bundestag 16/157, p. 16482 B>). En líneas generales, el desempeño concreto de las habilitaciones conforme al art. 82.2, así como al art. 83 apartados 1 y 2 TFUE se aproxima en su importancia a

365

una modificación del Tratado y reclama el ejercicio correspondiente de la responsabilidad en el proceso de integración de los órganos legislativos en el marco del procedimiento conocido como freno de emergencia.

Si en el ámbito de la justicia penal la Unión Europea quiere aplicar el procedimiento pasarela general previsto en el art. 48.7 TUE-Lisboa a la habilitación, conforme al art. 82.2, (2), letra d TFUE de dictar normas mínimas relativas a otros aspectos específicos del procedimiento penal, para pasar de la unanimidad requerida en el Consejo a la mayoría cualificada, deberán cumplirse los requisitos establecidos para el procedimiento pasarela general. El representante del gobierno alemán en el Consejo sólo podrá votar a favor de una modificación de los Tratados, si el Bundestag alemán y el Bundesrat han promulgado, dentro de un plazo aún por determinar, orientado en los objetivos del art. 48.7, (3) TUE-Lisboa, una ley en el sentido del art. 23.1, frase 2 LF. Esto rige igualmente para el caso de que el ámbito de la determinación de otros ámbitos delictivos adicionales conforme al art. 83.1, (3) TFUE pase de la decisión por unanimidad a la decisión por mayoría calificada por vía del procedimiento pasarela general.

366

bb) (1) El Tratado de Lisboa también amplía las posibilidades de acción existentes en la Unión Europea en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles. El aspecto central de lo dispuesto por el art. 81 TFUE es el principio de reconocimiento mutuo de las decisiones. Este principio ha jugado en la práctica un papel relevante hasta el presente y se le incorpora ahora en los Tratados como fundamento de la cooperación judicial. El Tratado de Lisboa complementa la competencia para la aproximación de las legislaciones, hasta ahora fundamentada en el art. 65 TCE, con la competencia para adoptar medidas que garanticen una tutela judicial efectiva, el desarrollo de métodos alternativos de resolución de conflictos, así como el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia (art. 81.2, letras e, g y h TFUE). La lista de casos para una armonización que presupone la existencia de repercusiones transfronterizas está enumerada de manera taxativa en la disposición. Puede quedar por determinar si el criterio que exige una armonización se ha de interpretar en el sentido de que sólo se refiere al buen funcionamiento del mercado interno (cfr. Impreso del Bundestag 16/8300, p. 175), pues el hecho de que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sólo admite una armonización bajo la condición de necesidad ya se desprende del principio de subsidiariedad (art. 5.1, frase 2 y 5.3 TUE-Lisboa). En tanto que las medidas de armonización afecten el Derecho de familia, éstas se establecerán por el Consejo, que se pronunciará por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo (art. 81.3, (1) TFUE). En esta materia el Consejo podrá resolver por unanimidad para determinados aspectos del Derecho de familia cambiar al procedimiento legislativo ordinario (art. 81.3, (2) TFUE). Los Parlamentos nacionales pueden oponerse a esta decisión del Consejo (art. 81.3 (3) TFUE).

367

(2) La competencia en la administración de justicia es una de las materias que en el ámbito de la unión federal de la Unión Europea corresponde, en principio, a los

368

Estados miembros. Si bien los Estados miembros están obligados por el Derecho comunitario a garantizar una protección judicial efectiva que no debería verse obstaculizada por la legislación nacional (cfr. TJCE, sentencia de 15 de mayo de 1986, Exp. 222/84, Johnston, Repertorio 1986, p. 1651 núm. marginal 17 ss.; TJCE, sentencia de 11 de septiembre de 2003, Exp. C-13/01, Safalero, Repertorio 2003, p. I-8679 núm. marginal 50), dicha obligación, sin embargo, no interfiere en la competencia de los Estados miembros en cuanto a la organización del sistema judicial, así como tampoco en la dotación de personal y recursos financieros. El contexto general del Capítulo 3 en la Parte V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea muestra que con el art. 81.2 TFUE no se ha transferido competencia alguna a la Unión Europea que pueda afectar o limitar esta competencia de los Estados miembros. Tampoco la garantía de tutela judicial efectiva del art. 19.4 LF y el derecho a la justicia anclado en el principio del Estado de derecho, ambos igualmente reconocidos por la legislación de la Unión (cfr. Nowak, en: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 51), se ven limitados, por ejemplo, por la obligación de desarrollar métodos alternativos de resolución de conflictos (art. 81.2, letra g TFUE). En principio el acceso del ciudadano a un tribunal no puede ser limitado por el Derecho primario y secundario, ni por la introducción de procedimientos previos no judiciales.

En la medida en que el art. 81.3, (1) TFUE, permite al Consejo establecer un procedimiento legislativo especial, que difiere de lo dispuesto en el art. 81.2 TFUE relativo al Derecho de familia con repercusión transfronteriza, ello ha de verse sólo como una derogación procesal, que refuerza las atribuciones de los Estados miembros, en relación al Derecho civil general, pero no como posibilidad de una ampliación del contenido de las competencias del Consejo para medidas relativas al Derecho de familia que no encuentren su equivalente en el catálogo conforme al art. 81.2 TFUE. No obstante, si se diera otra interpretación, debería asegurarse –sin perjuicio del núcleo de la Constitución, cuya identidad está protegida– que la competencia conforme al art. 81.3, (1) TFUE no será ejercida sin la intervención constitutiva de los órganos legislativos alemanes.

369

cc) Adicionalmente, el Tratado de Lisboa modifica las disposiciones relativas a la política comercial común. Esto concierne especialmente a las inversiones extranjeras directas, así como al comercio de servicios y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual (art. 207.1 TFUE).

370

Conforme al Derecho comunitario actualmente en vigor, la política comercial común, es decir, la representación exterior a nivel mundial del mercado interior en materia de política comercial, ya forma parte del ámbito de competencias exclusivas de la Comunidad Europea (TJCE, Dictamen 1/94 de 15 de noviembre de 1994, Repertorio 1994, I-5267 núm. marginal 22 ss.). Hasta el presente, esto no incluye, sin embargo, las inversiones extranjeras directas, el comercio de servicios y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual. La Comunidad Europea no posee hasta el presente competencia alguna para las inversiones directas y sólo tiene una compe-

371

tencia concurrente en lo que concierne a los intercambios de servicios y a los aspectos comerciales de la propiedad intelectual (art. 133.5 TCE). Esta situación cambiaría con el Tratado de Lisboa. Según el art. 3.1, letra e TFUE en concordancia con el art. 207.1 TFUE, la política comercial común, incluyendo los ámbitos ya mencionados, en el futuro debe ser competencia exclusiva de la Unión Europea.

(1) Dentro de la competencia exclusiva de la Unión estarían también los acuerdos celebrados en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), tales como el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Esto tiene como consecuencia que deja sin fundamento la actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas según la cual, debido a la competencia hasta ahora compartida, el Acuerdo constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo OMC) de 15 de abril de 1994 (DO 1994 núm. L 336/3), se consideró un acuerdo mixto, que debía ser concluido y ratificado tanto por la Comunidad Europea como por los Estados miembros (cfr. TJCE, Dictamen 1/94 de 15 de noviembre de 1994, Repertorio1994, p. I-5267 núm. marginal 98 y 105; con respecto al estatus de un tratado internacional como acuerdo mixto cfr. también TJCE, Dictamen 1/78 de 4 de octubre de 1979, Repertorio 1979, p. 2871 núm. marginal 2; TJCE, Dictamen 2/91 de 19 de marzo de 1993, Repertorio 1993, p. I-1061 núm. marginal 13 y 39).

372

En lo sucesivo, la Unión Europea tendrá la competencia exclusiva para la celebración y la ratificación de tratados internacionales en el marco de la política comercial común, incluyendo aquellos referidos a los ámbitos recién introducidos en el art. 207.1 TFUE; la necesidad y la posibilidad de la celebración de un Tratado (también por parte de los Estados miembros y la consiguiente participación de los Parlamentos de los Estados miembros conforme a sus disposiciones constitucionales (art. 59.2 LF) quedan suprimidas. Por el contrario se refuerza el papel del Parlamento Europeo, que según las disposiciones vigentes no requiere incluso ser consultado para la celebración de Tratados en el marco de la política comercial común. De conformidad con el art. 207.2 TFUE, se adoptarán con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, mediante reglamentos las medidas por las que se defina el marco de aplicación de la política comercial común. De acuerdo con lo establecido en el art. 218.6, (2), letra a, núm. v TFUE, el Parlamento Europeo deberá aprobar previamente la celebración de acuerdos (respecto al alcance todavía no determinado del requerimiento de aprobación cfr. Krajewski, "Das institutionelle Gleichgewicht in den auswärtigen Beziehungen", en: Herrmann/Krenzler/Strein, Die Außenwirtschaftspolitik der Europäischen Union nach dem Verfassungsvertrag, 2006, p. 63 <69 ss.>).

373

Con la competencia exclusiva descrita, la Unión adquiere el poder de disposición exclusivo sobre los acuerdos de comercio internacional, que pueden implicar reestructuraciones sustanciales del orden interno de los Estados miembros. Este desplazamiento de competencias producto del Tratado de Lisboa afecta a los Estados miembros más allá de la pérdida de la propia competencia para la celebración de

374

acuerdos de comercio internacional –con la consiguiente exclusión de la participación legislativa del Bundestag y del Bundesrat conforme al art. 59.2 LF–, en tanto que la condición de Estado miembro en la Organización Mundial del Comercio también podría quedar reducida a un estatus meramente formal. El derecho de voto en los órganos de la Organización Mundial del Comercio sólo podría ser ejercido por la Unión Europea. Además, los Estados miembros perderían su capacidad formal de ser parte en los procedimientos de resolución de conflictos de la Organización Mundial del Comercio. Los Estados miembros quedarían excluidos de las negociaciones globales sobre nuevos acuerdos o modificaciones de los existentes –las llamadas Rondas de comercio mundial– en el marco de la política comercial común ampliada (respecto a los detalles, cfr. Tietje, *Das Ende der parallelen Mitgliedschaft von EU und Mitgliedstaaten in der WTO?*, en: Herrmann/Krenzler/Streinz, *Die Außenwirtschaftspolitik der Europäischen Union nach dem Verfassungsvertrag*, 2006, p. 161 <171 ss.>).

No es necesario examinar aquí la cuestión de si y en qué medida, la adhesión de los Estados miembros de la Unión Europea a la Organización Mundial del Comercio ya no mantendría un carácter sustancial y material sino sólo un carácter institucional y formal. En todo caso, el Tratado de Lisboa no puede obligar a los Estados miembros a renunciar a su estatus como miembros de la Organización Mundial del Comercio. Esto rige especialmente para las negociaciones sobre relaciones comerciales multilaterales en el sentido del art. III.2, Acuerdo sobre la OMC, cuyo posible contenido ulterior no es determinado por el Derecho de la Unión Europea y para los cuales pueda resultar en el futuro –dependiendo del desarrollo de las Rondas de negociaciones comerciales internacionales– una competencia de los Estados miembros. Por tanto, no tendrá lugar una restricción inadmisibles de la estatalidad, postulada y protegida por la Ley Fundamental, ni del principio de soberanía del pueblo a través de una pérdida de la capacidad de acción en ámbitos no irrelevantes de las relaciones internacionales entre los Estados. La Organización Mundial del Comercio continúa siendo el foro central para el diálogo mundial sobre asuntos comerciales y para la negociación de los acuerdos comerciales correspondientes. Aun cuando en la práctica los Estados miembros se hacen representar regularmente por la Comisión, su presencia jurídica y diplomática es la condición necesaria para poder participar en el debate sobre cuestiones fundamentales de política social y económica y de sociedad y poder explicar a nivel nacional los argumentos y los resultados a fin de ser comprendidos y debatidos. Cuando el Gobierno federal alemán informa al Bundestag alemán y al Bundesrat sobre los temas de las Rondas de negociaciones comerciales internacionales y de las directivas de negociación establecidas por el Consejo (art. 218.2 TFUE), permitiéndoles así la verificación del cumplimiento del programa de integración por parte de la Unión Europea y el control de la actividad del Gobierno federal, no se trata solamente de cumplir con el ejercicio de su obligación general de información (cfr. BVerfGE 57, 1 <5>; 70, 324 <355>; 105, 279 <301 ss.>; 110, 199 <215>), sino que constitucionalmente está obligado a ello en virtud de la responsabilidad común en el proceso de integración y de la diferencia-

375

ción de funciones entre los órganos constitucionales derivada de la separación de poderes.

Además, la idea de una renuncia progresiva a la cualidad de Estados miembros como sujetos de derecho en las relaciones exteriores a favor de una Unión Europea, que actúa cada vez más en forma análoga a un Estado, de ninguna manera se corresponde con una tendencia previsible y hecha irreversible por el Tratado de Lisboa hacia la creación necesaria, al menos de facto, de un Estado federal. El desarrollo alcanzado hasta ahora por esta adhesión de los Estados miembros de tipo cooperativo mixto y en paralelo, se podría utilizar por el contrario como modelo para otras organizaciones internacionales y otras asociaciones de Estados. Sin embargo, si continuase una evolución de la Unión Europea de forma análoga a la de un Estado sobre la base del Tratado de Lisboa, que en sí está abierto a todos los desarrollos posibles, ello entraría en contradicción con los principios constitucionales fundamentales. Este paso, no obstante, no se ha dado con el Tratado de Lisboa.

376

(2) El marco para las inversiones extranjeras directas exige un examen sobre una base jurídica distinta. La protección de las inversiones por el Derecho internacional es una categoría de Derecho internacional para la que el contexto jurídico del comercio mundial sólo juega un papel marginal (cfr. el Acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio, DO 1994, núm. L, 336/100). Esta autonomía institucional es el reflejo de las diferentes opiniones sobre la protección de la propiedad a nivel internacional (cfr. Dolzer/Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2008, p. 11 ss.). Durante décadas, la importancia que reviste, en términos de política social y de la sociedad, la libertad fundamental de garantizar el derecho de propiedad ha estado caracterizado por profundos antagonismos ideológicos (cfr. BVerfGE 84, 90 ss.; 94, 12 ss.; 112, 1 ss).

377

Numerosos Estados han concluido Tratados internacionales bilaterales que tienen por objeto la protección de la propiedad del patrimonio en el extranjero. Este patrimonio en el extranjero, que en el caso de la República Federal de Alemania ascendía a 5.004 millones de Euros en el año 2007 (Bundesbank, *Das deutsche Auslandsvermögen seit Beginn der Währungsunion: Entwicklung und Struktur*, Monatsbericht 10.2008, p. 19 <Tabla>), entra, predominantemente, dentro del ámbito de aplicación de los 126 convenios bilaterales de protección de inversiones actualmente vigentes (Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, *Übersicht über die bilateralen Investitionsförderungs- und -schutzverträge <IFV> der Bundesrepublik Deutschland*, actualizado al: 27 de mayo de 2009). A nivel mundial ya existían a finales del año 2007, un total de 2.608 Tratados bilaterales de protección de inversiones (cfr. UNCTAD, *World Investment Report 2008, Transnational Corporations, and the Infrastructure Challenge*, p. 14).

378

Con la extensión de la política comercial común a las “inversiones extranjeras directas” (art. 207.1 TFUE) se atribuye a la Unión Europea una competencia exclusiva también en éste ámbito. Sin embargo, múltiples factores indican que la noción “in-

379

versiones extranjeras directas” sólo se refiere a aquellas inversiones que se destinan a adquirir el control de una empresa (cfr. Tietje, *Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon*, 2009, p. 15 s.). Esto tendría como consecuencia que la competencia exclusiva se aplicaría únicamente respecto a tales inversiones, mientras que los Tratados de protección de inversiones que la excedan, deberían adoptar la forma de acuerdos mixtos.

La continuidad jurídica de los Tratados ya celebrados no está amenazada. En principio, los Tratados internacionales que hayan sido celebrados por los Estados miembros con anterioridad al 1° de enero de 1958 no están afectados por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (art. 307.1 TCE; art. 351.1 TFUE). En numerosos casos, si bien esta disposición no puede aplicarse directamente debido a que los tratados bilaterales de protección de inversiones por lo general son más recientes, no obstante, puede inferirse del fundamento jurídico contenido en esta disposición que una situación jurídica en los Estados miembros no esté en principio afectada por una medida ulterior de integración (cfr. Bernhardt, “Die Europäische Gemeinschaft als neuer Rechtsträger im Geflecht der traditionellen zwischenstaatlichen Beziehungen”, *EuR*, 1983, p. 199 (205); Schmalenbach, en: Calliess/Ruffert, *EUV/EGV*, 3ª ed., 2007, Art. 307 EGV, núm. marginal 5). Respecto a la competencia compartida en materia de inversiones, los acuerdos de protección de inversiones existentes en los Estados miembros deben ser autorizados por la Unión Europea (cfr. Decisión del Consejo 2001/855/CE de 15 de noviembre de 2001 por la que se autoriza la tácita reconducción o el mantenimiento en vigor de las disposiciones contenidas en los tratados de amistad, comercio y navegación y en los acuerdos comerciales, celebrados por los Estados miembros con terceros países cuyas materias estén sujetas a la política comercial común, DO L 320/13). Esto se corresponde con la práctica actual —expresamente declarada o tácitamente ejercida— relativa al mantenimiento en vigor de los Tratados internacionales celebrados por los Estados miembros.

dd) La obligatoriedad de la reserva parlamentaria para el despliegue de las fuerzas armadas en el extranjero seguirá existiendo incluso después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El Tratado de Lisboa no confiere a la Unión Europea la competencia para utilizar las fuerzas armadas de los Estados miembros sin el consentimiento del respectivo Estado miembro afectado o de su Parlamento.

(1) La reserva parlamentaria en materia de defensa constitucionalmente regulada por la Ley Fundamental se aplica cuando en razón del contexto de la misión y las circunstancias de hecho y de derecho del caso concernido se puede esperar concretamente la intervención de soldados alemanes en un conflicto armado. Las disposiciones de la Ley Fundamental referidas a las fuerzas armadas están concebidas de tal manera de no dejar a las fuerzas armadas, en tanto que factor de poder, sólo a disposición del poder ejecutivo, sino de integrarlo como “ejército del Parlamento” en el ordenamiento constitucional democrático del Estado de derecho (cfr. BVerfGE 90, 286 <381 s.>; 121, 135 <153 ss.>).

La reserva parlamentaria en materia de defensa prevista constitucionalmente establece un derecho de codecisión eficaz del Bundestag alemán en los asuntos exteriores. Sin la aprobación parlamentaria, la intervención de las fuerzas armadas está en principio prohibida por la Ley Fundamental; solamente en casos excepcionales –de haber peligro inminente– el Gobierno federal está autorizado para decidir el empleo provisional de las fuerzas armadas a fin de que las capacidades de defensa y de alianza de la República Federal de Alemania no sean cuestionadas por la existencia de la reserva parlamentaria en la materia (cfr. BVerfGE 90, 286 <388 s.>). 383

(2) El texto del Tratado de Lisboa no impone a los Estados miembros la obligación de poner sus fuerzas armadas nacionales a disposición de la Unión Europea para misiones militares. Tanto del contenido como de la génesis de los arts. 42 ss. TUE-Lisboa se evidencia la voluntad de los Estados miembros para dejar la última palabra a la Constitución y, por tanto mantener el poder de decisión soberana sobre el compromiso de sus fuerzas armadas. El art. 42.7, (1), frase 1 TUE-Lisboa no se encuentra en contraposición a esta interpretación del Tratado, que por primera vez introduce una obligación de asistencia colectiva de los Estados miembros. En caso de que un Estado miembro sea objeto de una agresión armada en su territorio, “los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas”. 384

No es necesario examinar aquí si con razón la doctrina está poniendo en duda ya el efecto jurídico vinculante de esa obligación de asistencia colectiva (cfr. Dietrich, *Die rechtlichen Grundlagen der Verteidigungspolitik der Europäischen Union*, ZaöRV 2006, p. 663 <694>; Regelsberger, *Von Nizza nach Lissabon – das neue konstitutionelle Angebot für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik der EU*, *integration* 2008, p. 266 <271>; Missiroli, *The Impact of the Lisbon Treaty on ESDP*, *Parlamento Europeo*, enero de 2008, p. 15; Schmidt-Radefeldt, *Parlamentarische Kontrolle der internationalen Streitkräfteintegration*, 2005, p. 186; Thym, *Außenverfassungsrecht nach dem Lissaboner Vertrag*, en: Pernice, *Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung?*, 2008, p. 173 <184 s.>). 385

En todo caso, los términos y el contexto normativo del art. 42 TUE-Lisboa muestran que la obligación de asistencia colectiva de los Estados miembros no va más allá de la obligación prevista en el art. 5 del Tratado del Atlántico Norte de 4 de abril de 1949 (Boletín Oficial Federal 1955 II p. 289). Esta última obligación no implica necesariamente el empleo de recursos militares, sino que concede a los Estados miembros de la OTAN un margen de evaluación con respecto al contenido de la asistencia (cfr. BVerfGE 68, 1 <93>). A ello se agrega que la obligación de asistencia colectiva no afecta el “carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros” (art. 42.7, (1), frase 2 TUE-Lisboa), una afirmación que el Tratado también contiene en otras disposiciones (cfr. art. 42.2, (2), frase 1 TUE-Lisboa y las Declaraciones núm. 13 y 14 anejas al Acta final del Tratado de Lisboa referidas a la política exterior y de seguridad común). De esta manera los Estados miembros tienen la posibilidad, garantizada por el Derecho primario, de invocar reservas de 386

principio sobre el fondo ante la obligación de asistencia colectiva (cfr. Graf von Kielmansegg, *Die Verteidigungspolitik der Europäischen Union*, 2005, p. 396 ss.). La reserva parlamentaria en materia de defensa prevista constitucionalmente en la Ley Fundamental puede producir efectos en el ámbito de aplicación de esta reserva.

(3) La reserva parlamentaria en materia de defensa prevista constitucionalmente tampoco puede ser eludida sobre la base de una obligación de actuación de los Estados miembros, que se derivaría del Derecho secundario. El Tratado de Lisboa habilita ciertamente al Consejo a adoptar decisiones relativas a misiones “en cuya ejecución la Unión podrá recurrir a medios civiles y militares” (art. 43, apartados 1 y 2 TUE-Lisboa). La noción de “medios civiles y militares” también podría incluir contingentes concretos de las fuerzas armadas de los Estados miembros. Sin embargo, la doctrina seguida hasta ahora por los Estados miembros en el marco de la política exterior y de seguridad común se opone a este punto de vista. Una contribución militar nunca obedecía a una “deuda” jurídica, sino, en todo caso a una “deuda” política. 387

Incluso en caso de aplicación extensiva del art. 43.2 TUE-Lisboa, el Consejo debería adoptar una decisión en este sentido por unanimidad (cfr. art. 31, apartados 1 y 4, art. 42.4 TUE-Lisboa). En este caso, el representante alemán en el seno del Consejo estaría obligado en virtud de la Ley Fundamental a oponerse a todo proyecto de decisión que violaría o eludiría la reserva parlamentaria en materia de defensa prevista constitucionalmente. En este caso tampoco es posible una votación por mayoría cualificada por una decisión del Consejo y por lo tanto eliminar el requisito de la unanimidad en el Consejo (cfr. art. 31, apartados 2 y 3 TUE-Lisboa). Las decisiones que tengan “repercusiones militares o en el ámbito de la defensa” quedan excluidas del ámbito de aplicación tanto de la cláusula pasarela general conforme al art. 48.7 (1), frase 2 TUE-Lisboa como de la cláusula pasarela especial conforme al art. 31.4 TUE-Lisboa. Un posible acuerdo político entre los Estados miembros sobre el empleo de fuerzas armadas en el marco de la alianza europea no estaría en condiciones de generar a nivel jurídico una obligación de actuación que desconozca la obligatoriedad de la reserva parlamentaria conforme al art. 24.2 LF que es más específica que la reserva parlamentaria del art. 23 LF. 388

(4) El Tratado de Lisboa habilita a los Estados miembros a determinar progresivamente una política de defensa común. Tal política de defensa común, que ya es posible conforme al art. 17.1 TUE actualmente vigente, conduce a una defensa común “una vez que el Consejo Europeo lo haya decidido por unanimidad” y los Estados miembros hayan adoptado una decisión en este sentido “de conformidad con sus respectivas normas constitucionales” (art. 42.2, (1) TUE-Lisboa). 389

El requisito de ratificación revela que, considerando tanto el Derecho primario actualmente en vigor como la situación jurídica después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión Europea no ha avanzado lo suficiente para contar con un sistema de seguridad colectiva mutua. En caso de que los Estados miembros acuer- 390

den adoptar una decisión en este sentido, la obligación de cooperación militar de los Estados miembros sólo existiría en el marco del Derecho internacional público. Incluso después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la política exterior y de seguridad común, incluyendo la política común de seguridad y defensa, permanece fuera del ámbito del Derecho supranacional (cfr. art. 24.1, art. 40 TUE-Lisboa; art. 2.4, TFUE y la Declaración núm. 14 aneja al Acta final sobre la política exterior y de seguridad común del Tratado de Lisboa).

En caso de que el Consejo Europeo adopte por unanimidad la implementación de una defensa común, el principio de unanimidad vigente en el ámbito de la política común de seguridad y defensa (cfr. art. 31, apartados 1 y 4; art. 42.4 TUE-Lisboa) garantizaría, que ningún Estado miembro pueda ser obligado a participar en una operación militar de la Unión Europea en contra de su voluntad. En este caso, la reserva parlamentaria en materia de defensa prevista constitucionalmente tampoco podría ser obviada a través de una modificación del Tratado con arreglo al procedimiento de revisión ordinario (art. 48, apartados 2 a 5 TUE-Lisboa), destinada a suprimir el principio de unanimidad a favor de una votación por mayoría cualificada. En virtud de la Ley Fundamental, la República Federal de Alemania tendría constitucionalmente prohibido participar en una decisión en ese sentido.

391

ee) El Tratado de Lisboa no restringe las posibilidades de acción del Bundestag alemán en el ámbito de la política social hasta el punto de que el principio del Estado social (art. 23.1, frase 3, en concordancia con el art. 79.3 LF) se vea reducido de una manera constitucionalmente cuestionable y, por tanto, afecte ilícitamente los márgenes de apreciación democrática necesarios.

392

La alegación planteada por los recurrentes citados en V en el sentido de que la política económica europea sería una mera política de mercado sin una orientación de política social y que por su enfoque funcional limitaría las posibilidades de legislación en los Estados miembros para aplicar una política económica social autónoma, es errónea. Ni la Unión Europea carece de competencias en el área de la política social, ni está inactiva en este ámbito. Al mismo tiempo, los Estados miembros disponen de un margen suficiente de competencia para adoptar de manera autónoma decisiones fundamentales en el ámbito de la política social.

393

Desde el inicio del proceso de integración, la Unión Europea se ha visto enfrentada a la crítica de haber descuidado la dimensión social de la sociedad y de limitar de manera inadmisibles, debido a su enfoque integracionista del mercado, la libertad de actuación de los Estados miembros en el ámbito de la política social. En este sentido, la tesis de la exclusión de consideraciones de orden social de los objetivos del proceso de integración se basaba en una comparación tácita con un orden jurídico estatal, a pesar de que la integración funcional, cuyo objetivo es la conformación de un mercado común, no debía satisfacer obligatoriamente las expectativas de unidad de la sociedad (sin embargo, cfr. Scharpf, *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, JCMS, 2002, p. 645 ss.). Durante las negociaciones so-

394

bre el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea ya se abordaron asuntos sociales que fueron incorporados al texto del Tratado, como, por ejemplo, en el ámbito del ordenamiento del mercado agrario o el de la remuneración igual para hombres y mujeres (art. 141 TCE; art. 157 TFUE). Desde ese entonces, la dimensión social adquirió mayor relevancia en cada reforma de los fundamentos jurídicos de la integración europea, experimentando un respectivo refuerzo en el Derecho primario (respecto al Derecho social europeo cfr.: Haverkate/Huster, *Europäisches Sozialrecht: eine Einführung*, 1999; Hanau/Steinmeyer/Wank, *Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts*, 2002; Fuchs, *Europäisches Sozialrecht*, 4ª ed., 2005; Marhold, *Das neue Sozialrecht der EU*, 2005; de Búrca, *EU Law and the Welfare State*, 2005; Eichenhofer, *Sozialrecht der Europäischen Union*, 3ª ed., 2006).

Por lo tanto, el Acuerdo sobre la política social quedó incorporado al Derecho comunitario en 1997 por el Tratado de Ámsterdam, mientras que inicialmente surgió como un instrumento autónomo del Derecho internacional público, fuera del Tratado de Maastricht, por falta de consenso político. Los artículos 136 a 150 TCE contienen disposiciones en los ámbitos, entre otros, de Derecho laboral, seguridad social, formación inicial y formación continua, cogestión, diálogo con los interlocutores sociales, así como sobre condiciones laborales (cfr. para más detalles, por ejemplo, Kingreen, *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, 2003, p. 295 s.). Estas disposiciones son complementadas por el art. 13 TCE, que sirve de fundamento para las directivas contra la discriminación, por el art. 39 TCE, que regula la libre circulación de los trabajadores, así como por los derechos sociales fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales, a los cuales está dedicado la totalidad del Título IV de la Carta de los Derechos Fundamentales (art. 27 al 38 CDF) bajo el título de “Solidaridad”. Sin embargo, desde hace algunos años, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha entendido especialmente la ciudadanía de la Unión como el núcleo de una solidaridad europea, desarrollándola en su jurisprudencia sobre la base del art. 18 en concordancia con el art. 12 TCE. Esta jurisprudencia representa el intento de crear una identidad social europea mediante la promoción de la posibilidad para los ciudadanos de la Unión de beneficiarse de los sistemas sociales de los Estados miembros (cfr. contribuciones en: Hatje/Huber, *Unionsbürgerschaft und soziale Rechte*, 2007, así como Kadelbach, *Unionsbürgerrechte*, en: Ehlers, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2ª ed., 2005, p. 553 ss.; Hailbronner, *Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystemen*, JZ, 2005, p. 1138 ss.).

El Tratado de Lisboa se encuentra en esta evolución: en su segundo considerando, el Preámbulo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea manifiesta la decisión de asegurar “mediante una acción común, el progreso económico y social” de los Estados miembros. Los objetivos del Tratado de la Unión Europea se han adaptado de manera de que la Unión obrará en pro de una “economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social” (art. 3.3, (1) TUE-Lisboa). Al mismo tiempo, el objetivo de una competencia “libre y no falseada”

395

396

se elimina de la parte operativa del Tratado de la Unión Europea, ubicándolo en el Protocolo núm. 27 sobre el mercado interior y la competencia. Una nueva cláusula horizontal (art. 9 TFUE) ha de garantizar que la Unión tome en cuenta en todas las políticas y medidas de la Unión la promoción de un alto nivel de empleo, la garantía de una protección social adecuada, la lucha contra la exclusión social, así como un alto nivel de educación, de formación y de protección de la salud (otras innovaciones en el ámbito social son introducidas por el Tratado de Lisboa en el art. 5.3 <coordinación de la política social entre los Estados miembros>, el art. 21.3, <ciudadanía de la Unión y seguridad social>, el art. 152, <papel de los interlocutores sociales> y el art. 165.2 TFUE <función social del deporte>; el Protocolo núm. 29 señala el vínculo entre la existencia de un sistema de radiodifusión pública y las necesidades sociales de toda sociedad).

El marco de acción jurídica se refleja en las iniciativas y programas políticos que nutren y concretizan el derecho. En sus conclusiones de la Presidencia, el Consejo Europeo de Bruselas de 11 y 12 de diciembre de 2008, reconoció expresamente que son de gran importancia los temas del progreso social, de la protección de los derechos de los trabajadores, de los servicios públicos como instrumentos imprescindibles para la cohesión social y regional, de la responsabilidad de los Estados miembros en la prestación de servicios educativos y de salud, así como del papel y del amplio margen de discrecionalidad de las autoridades nacionales, regionales y locales en materia de servicios de interés general (Boletín UE 12-2008, I-17 <anejo 1>).

397

Por último, debe tenerse en cuenta también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la cual si bien aún hasta hace poco tiempo ha sido objeto de críticas debido a la “orientación unilateral hacia el mercado” de la Unión Europea, al mismo tiempo ha señalado numerosos elementos que contribuyen a una “Europa social”. En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha desarrollado principios que fortalecen la dimensión social de la Unión Europea. Así, el Tribunal de Justicia reconoció a numerosas demandas sociales como requerimientos ineludibles de interés general, que pueden justificar restricciones a las libertades económicas por el Derecho comunitario. Entre ellos se cuentan por ejemplo la protección de los trabajadores asalariados (TJCE, sentencia de 15 de marzo de 2001, Exp. C-165/98, Mazzoleni, Repertorio 2001, p. I-2189 núm. marginal 27), el equilibrio financiero del sistema de seguridad social (TJCE, sentencia de 13 de mayo de 2003, Exp. C-385/99, Müller-Fauré, Repertorio 2003, p. I-4509 núm. marginal 73), los requerimientos del sistema de ayuda social (TJCE, sentencia de 17 de junio de 1997, Exp. C-70/95, Sodemare, Repertorio 1997, p. I-3395 núm. marginal 32) y las exigencias del sistema social (TJCE, sentencia de 21 de octubre de 1999, Exp. C-67/98, Zenatti, Repertorio 1999, p. I-7289 núm. marginal 31) así como la protección contra el “dumping social” (TJCE, sentencia de 18 de diciembre de 2007, Exp. C-341/05, Laval, Repertorio 2007, p. I-11767 núm. marginal 103). En su sentencia de 11 de diciembre de 2007, el Tribunal de Justicia incluso determinó la existencia de un derecho fundamental europeo de huelga (TJCE, Exp. C-438/05, Viking, Repertorio 2007, p. I-10779 núm. marginal 44; con relación a

398

la crítica cfr. Rebhahn, Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking, ZESAR 2008, p. 109 ss.; Joerges/Rödl, Informal Politics, Formalised Law and the “Social Deficit” of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ en Viking and Laval, ELJ, 2009, p. 1 ss.; así como las presentaciones del simposio “Die Auswirkung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten”, organizado el 26 de junio de 2008 por el Ministerio federal alemán del Trabajo y de los Asuntos Sociales, <http://www.bmas.de/>).

Considerando la situación jurídica previamente descrita, el desarrollo y la orientación fundamental de la Unión Europea, no resulta excedido el amplio margen de discrecionalidad en asuntos sociales reconocido a nivel europeo. A diferencia de lo que temen los recurrentes citados en V, tampoco hay evidencia alguna que sugiera que los Estados miembros se verían sustraídos en su derecho y sus capacidades prácticas de acción, dentro de sus ámbitos democráticos primarios, para adoptar decisiones conceptuales sobre los sistemas de seguridad social y otras medidas de la política social y laboral. 399

En tanto que el art. 48.1 TFUE habilita a la Unión Europea para adoptar medidas en el ámbito de la seguridad social y con ello establecer la libre circulación de los trabajadores, los miembros del Consejo tienen la posibilidad de solicitar, a través del procedimiento de freno de emergencia, que el asunto se remita al Consejo Europeo, obteniendo así la suspensión del procedimiento legislativo ordinario (art. 48.2 (2) TFUE). Igualmente en el caso del procedimiento de freno de emergencia en el ámbito de la justicia penal (art. 82.3 y art. 83.3 TFUE), el representante del Gobierno alemán en el Consejo sólo puede ejercer este derecho inherente a los Estados miembros por instrucciones del Bundestag alemán y, en tanto las regulaciones sobre la legislación así lo exijan, del Bundesrat. 400

2. La Ley por la que se reforma la Ley Fundamental (artículos 23, 45 y 93) (Ley de reforma), que se trata de una Ley que reforma la Constitución, no ha sufrido ni objeciones formales ni materiales, y por lo tanto es conforme a la Constitución. 401

En el caso de una Ley de reforma de la Ley Fundamental, el Tribunal constitucional verifica si los requisitos del art. 79.3 LF han sido respetados (cfr. BVerfGE 30, 1 <24>; 94, 12 <33 s.>; 109, 279 <310>). Del contenido de las regulaciones de la Ley de reforma no se desprende de qué manera los principios previstos en el art. 1 y 20 LF podrían verse vulnerados. 402

a) Esto es especialmente válido para el art. 1, núm. 1, de la Ley de reforma, mediante el cual se inserta en la Constitución el derecho a interponer un recurso de subsidiariedad como derecho de protección de la minoría (art. 23.1a, frase 2 LF (versión reformada)). El sentido y la finalidad de la obligación prevista para el Bundestag alemán de interponer un recurso conciernen a la preservación del derecho de la minoría parlamentaria de hacer valer los derechos del Bundestag alemán también cuando éste no quiera ejercer sus derechos, particularmente en relación con el Gobierno federal al que sustenta. Los grupos parlamentarios de la oposición, en cuanto 403

minoría parlamentaria organizada, representan el adversario de la mayoría política y deben disponer de la posibilidad de recurrir ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a fin de permitir el ejercicio efectivo de los derechos reservados al Parlamento en el marco institucional de la integración europea (con respecto al procedimiento relativo al conflictos entre órganos constitucionales cfr. BVerfGE 90, 286 <344>; 117, 359 <367 s.>; con respecto a la configuración del recurso de subsidiariedad como derecho de la minorías parlamentaria cfr. también el art. 88-6 § 3 de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958 en su versión de la ley constitucional de 21 de julio de 2008).

La inserción de un apartado 1a en el artículo 23 de la Ley Fundamental es constitucionalmente inobjetable, incluso respecto al quórum de una cuarta parte de los miembros del Bundestag alemán. Ciertamente, la obligación impuesta al Bundestag de interponer un recurso de subsidiariedad, cuando una cuarta parte de sus miembros lo requieran (art. 23.1a, frase 2 LF (versión reformada)) es una derogación al principio de mayoría, conforme al art. 42.2 LF, pero no representa dificultad alguna, debido a que no se trata aquí de la adopción de decisiones con efecto regulatorio sino del derecho de poder presentar un recurso ante la jurisdicción. (cfr. art. 93.1, núm. 2 LF). 404

b) La facultad de delegación conforme al art. 45, frase 3 LF (versión reformada) prevista en el art. 1, núm. 2, de la Ley de reforma, no contraviene los principios democráticos en el sentido del art. 79.3 LF. El Bundestag designa una comisión para los asuntos de la Unión Europea. Puede facultarla para ejercer los derechos del Bundestag conforme al art. 23 LF en contra del Gobierno federal. También puede habilitarla para ejercer aquellos derechos que los fundamentos de los Tratados de la Unión Europea le conceden al Bundestag. En determinados casos no es la atribución de esas competencias sino, solamente, su ejercicio lo que podría estar sujeto a objeciones desde el punto de vista constitucional. 405

3. La Ley sobre la ampliación y el fortalecimiento de los derechos del Bundestag y el Bundesrat en asuntos de la Unión Europea (Ley de ampliación) es contraria al art. 38.1, en concordancia con el art. 23.1 LF, ya que los derechos de participación del Bundestag alemán y del Bundesrat no han sido configurados en una medida apropiada. 406

a) Con la Ley de ampliación, aún no promulgada por el Presidente federal, se han de establecer las condiciones en derecho interno según las cuales el Bundestag y el Bundesrat –que ha de considerarse como cámara de un Parlamento nacional– ejercen los derechos reconocidos en el Tratado de Lisboa (Impreso del Bundestag 16/8489, p. 7). La Ley regula el ejercicio de los derechos en el marco del control del respeto del principio de subsidiariedad (art. 1, § 2 y 3, de la Ley de ampliación) así como el derecho expresamente previsto en el Tratado de Lisboa de rechazar los actos jurídicos de la Unión Europea que modifiquen los Tratados según el procedimiento pasarela previsto en el art. 48.7, (3) TUE-Lisboa y art. 81.3 (3) TFUE (art. 1 § 4 de 407

la Ley de ampliación).

Adicionalmente, la Ley permite al Pleno del Bundestag habilitar a la comisión para los asuntos de la Unión Europea, designada de conformidad con el art. 45 LF, para ejercer sus derechos –con las restricciones que se derivan de los requisitos de la Ley de ampliación relativa a la toma de decisión del recurso de subsidiariedad y los derechos de oposición en el marco de los procedimientos pasarelas (cfr. al respecto Impreso del Bundestag 16/8489, p. 8)– ante los órganos de la Unión Europea (art. 1, § 5, de la Ley de ampliación). 408

b) Cuando, sobre la base del principio de atribución de competencias, los Estados miembros configuren el Derecho europeo de los Tratados de tal manera que se pueda adoptar una reforma de este Derecho por los órganos de la Unión, solos o ejerciendo una influencia determinante sin un procedimiento de ratificación –aunque sea necesaria una decisión unánime del Consejo– los órganos constitucionales nacionales tienen una responsabilidad especial en el marco de la participación. En Alemania, esta responsabilidad en el proceso de integración tiene que satisfacer los requisitos constitucionales, especialmente los del art. 23.1 LF. La Ley de ampliación no satisface esos requerimientos en la medida en que al Bundestag alemán y al Bundesrat no se le han concedido derechos de participación suficientes en el marco del procedimiento de modificación de los Tratados y del procedimiento de adopción de actos jurídicos. 409

aa) La Ley de ampliación tiene la función de representar y concretizar en el derecho interno, a nivel de una ley ordinaria, los derechos de participación en el proceso de integración europea previstos constitucionalmente en favor de los órganos legislativos. Para ello, el acuerdo entre el Bundestag alemán y el Gobierno federal sobre la cooperación en los asuntos de la Unión Europea de 28 de septiembre de 2006 (Boletín Oficial Federal I p. 2177) no es suficiente ni por su naturaleza jurídica incierta (cfr. Hoppe, Drum prüfe, wer sich niemals bindet – Die Vereinbarung zwischen Bundesregierung und Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union, DVBl 2007, p. 1540 <1540 s.>) ni por su contenido (cfr., entre otros, la Resolución aneja al Tratado de Lisboa del Bundestag alemán de fecha 24 de abril de 2008 <Impreso del Bundestag 16/8917, p. 6, Protocolo de la sesión plenaria del Bundestag 16/157, p. 16482 B>). Por esa razón el Bundestag y el Bundesrat deben tener la oportunidad de decidir nuevamente sobre los procedimientos y las formas de participación de conformidad con los argumentos expuestos en los fundamentos de la presente decisión. 410

bb) Con motivo de esta nueva decisión legislativa el Bundestag y el Bundesrat deben tomar en cuenta que tendrán que ejercer su responsabilidad en el proceso de integración en numerosos casos de la evolución dinámica de los Tratados: 411

(1) Mientras que el procedimiento ordinario de revisión de los Tratados (art. 48, apartados 2 a 5 TUE-Lisboa) está sujeto a la reserva de ratificación clásica aplicable a los Tratados de Derecho internacionales, la Constitución también exige para las 412

modificaciones del Derecho primario mediante el procedimiento simplificado de revisión (art. 48.6 TUE-Lisboa), una Ley de aprobación conforme al art. 23.1, frase 2 y, de ser el caso, frase 3 LF. La misma condición se impone para las disposiciones para los procedimientos de reforma previstos en el art. 48.6 TUE-Lisboa (art. 42.2, (1) TUE-Lisboa; art. 25.2, art. 218.8, (2), frase 2, art. 223.1, (2), art. 262 y art. 311.3 TFUE).

(2) En el ámbito de aplicación del procedimiento pasarela general del art. 48.7 TUE-Lisboa y de las cláusulas pasarelas especiales, el legislador no tiene el derecho, por medio de la Ley de ampliación, a renunciar a su prerrogativa de dar su autorización necesaria y constitutiva a una iniciativa del Consejo Europeo o del Consejo para pasar de la unanimidad al principio de la mayoría cualificada en la toma de decisiones en el Consejo o de una iniciativa para aprobar un procedimiento legislativo especial al procedimiento legislativo ordinario. No tiene tampoco el derecho a dar su aprobación "por adelantado" en abstracto. Con la aprobación otorgada a una modificación de Derecho primario de los Tratados en el ámbito de aplicación de la cláusula pasarela general y de las cláusulas pasarelas especiales, el Bundestag y el Bundesrat determinan el alcance de los compromisos fundamentados en un Tratado de Derecho internacional público y asumen la responsabilidad política por ello ante el ciudadano (cfr. BVerfGE 104, 151 <209>; 118, 244 <260>; 121, 135 <157>). En este sentido la responsabilidad jurídica y política del Parlamento no se agota –ni aún en el caso de la integración europea– en un único acto de aprobación, sino que se extiende también al marco de la ejecución ulterior del Tratado. Por tanto, el silencio del Bundestag o del Bundesrat no es suficiente para ejercer esa responsabilidad.

413

(a) En la medida en que el procedimiento pasarela general del art. 48.7 (3) TUE-Lisboa como la cláusula pasarela especial del art. 81.3, (3) TFUE reconocen a los Parlamentos nacionales un derecho de oposición, ello no constituye un equivalente suficiente de la reserva de ratificación. Por lo tanto es necesario que el representante del Gobierno alemán en el seno del Consejo Europeo o en el Consejo sólo pueda votar a favor de la iniciativa de decisión si ha sido previamente habilitado mediante una ley conforme al art. 23.1, frase 2 LF, adoptada por el Bundestag alemán y el Bundesrat, dentro de un plazo aún por determinar, ajustado al objetivo del art. 48.7 (4) TUE-Lisboa.

414

El art. 1 § 4. 3, núm. 3 de la Ley de ampliación es contraria a la función del derecho de oposición de proteger efectivamente a los Estados miembros contra modificaciones adicionales –no previsibles– de los Tratados, en tanto que para estas cláusulas el artículo prevé que la competencia para decidir sobre el ejercicio del derecho de oposición en casos de legislación concurrente sólo corresponderá al Bundestag si el Bundesrat no se opone. Una configuración diferenciada del ejercicio del derecho de oposición, tal como se la encuentra en el art. 1, § 4. 3, núm. 3 de la Ley de ampliación, no cumple con los requisitos de la responsabilidad general del Bundestag alemán en el proceso de integración. La Constitución exige en estos casos atribuir al Bundestag la competencia de decisión sobre el ejercicio del derecho de oposición,

415

independientemente de cualquiera decisión del Bundesrat.

(b) En la Unión Europea sólo se podrán adoptar actos sobre la base de las otras cláusulas pasarelas especiales del art. 31.3 TUE-Lisboa, art. 153.2, (4), art. 192.2, (2), art. 312.2, (2), así como del art. 333, apartados 1 y 2 TFUE, que no prevén un derecho de oposición para los Parlamentos nacionales, y que producen efectos jurídicos vinculantes para la República Federal de Alemania, si el Bundestag alemán y, en la medida en que las regulaciones sobre el procedimiento legislativo así lo exijan, el Bundesrat han aprobado, previamente y dentro de un plazo igualmente aún por determinar y ajustado al objetivo del art. 48.7, (3) TUE-Lisboa, la respectiva iniciativa de decisión. Al respecto, el silencio del Bundestag o del Bundesrat no se debería considerar como un consentimiento. 416

(3) En tanto se quiera hacer uso de la cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE, ello requerirá en cada caso de una ley en el sentido del art. 23.1, frase 2 LF. 417

(4) En el marco de los procedimientos de freno de emergencia conforme al art. 48.2, art. 82.3 y art. 83.3 TFUE, el Gobierno federal sólo puede actuar en el Consejo por una instrucción del Bundestag alemán y, en tanto las regulaciones sobre el procedimiento legislativo así lo exijan, del Bundesrat. 418

(5) En el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, el ejercicio del art. 83.1, (3) TFUE necesita una ley en el sentido del art. 23.1, frase 2 LF. En tanto se quiera aplicar la cláusula pasarela general en el marco del art. 82.2, (2), letra d y del art. 83.1, (3) TFUE, será necesario –al igual que en los demás casos de aplicación de la cláusula pasarela general– la previa aprobación por parte del Bundestag y del Bundesrat mediante una ley conforme al art. 23.1, frase 2 LF. En su caso, lo correspondiente regirá también para los casos del art. 86.4 TFUE (atribuciones de la Fiscalía Europea) y del art. 308.3 TFUE (Estatutos del Banco Europeo de Inversión). 419

#### D.

Considerando el hecho de que la Ley de aprobación del Tratado de Lisboa es compatible con la Ley Fundamental sólo de conformidad con los argumentos expuestos en los fundamentos de la presente decisión y que la legislación de acompañamiento es parcialmente inconstitucional, corresponde reembolsar a los recurrentes y demandantes, de conformidad con el § 34a, apartados 2 y 3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, los gastos necesarios ocasionados por el procedimiento de manera proporcional al éxito del recurso. De acuerdo con esto, corresponde reembolsar la mitad de los gastos necesarios al recurrente en el caso III, una cuarta parte a los recurrentes en los casos IV y VI respectivamente y al recurrente en el caso V, así como al demandante en el caso II, una tercera parte respectivamente. 420

**E.**

Esta sentencia se ha adoptado por unanimidad en cuanto a su parte dispositiva, y 421  
con siete votos contra uno, en cuanto a sus fundamentos.

Voßkuhle

Broß

Osterloh

Di Fabio

Mellinghoff

Lübbe-Wolff

Gerhardt

Landau

**Bundesverfassungsgericht, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08**

**Zitiervorschlag** BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 - Rn. (1 - 421), [http://www.bverfg.de/e/es20090630\\_2bve000208es.html](http://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208es.html)

**ECLI** ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208