

## PRINCIPIOS RECTORES PARA LA CREACIÓN DEL DERECHO EN EL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO. CÓMO SUPERAR EL NACIONALISMO METÓDICO\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El principio de generalización y el principio de configuración*. III. *Ideas principales y problemas de la concepción centrada en el Estado*. IV. *¿Caso ejemplar o caso excepcional?* V. *Perspectiva*.

Las reflexiones expuestas en esta contribución se enlazan con el trabajo precedente relativo a la sentencia Maastricht del Tribunal Constitucional Federal alemán (*TCF*). A continuación se plantean las consideraciones concernientes a cómo los tribunales nacionales deberían orientar su actividad creadora de derecho cuando los Estados han decidido formar parte de una comunidad supranacional. La creación del derecho por parte de los tribunales de los Estados miembros afecta cada vez más a la totalidad de tal comunidad. El presente trabajo analiza, a la luz de determinados criterios, algunos aspectos críticos de la sentencia del *TCF* en el caso de la ratificación del Tratado de Lisboa por parte de Alemania. El objetivo es mostrar cómo el nuevo derecho público también comprende una dimensión concreta de la práctica jurisprudencial de los Estados miembros.

### I. INTRODUCCIÓN

La temática relativa a los nuevos límites de la soberanía y, particularmente, a los procesos de toma de decisiones en Europa y en los Estados

\* La versión original en alemán fue publicada bajo el título “Prinzipien der Rechtsfortbildung im Europäischen Rechtsraum. Überlegungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 63, 2010 1 y 2, pp. 1-5. También se publicó en Máthé, Gábor (ed.), *Tagungsband des. 5. Europäischen Juristentages*, Budapest, 2009, pp. 253-260. Traducción de Mariela Morales Antoniazzi.

nacionales, conduce al examen del papel del Parlamento. La razón de ello radica en que el procedimiento legislativo parlamentario constituye el procedimiento más importante en el ejercicio de la soberanía democrática. De ningún modo se trata de un tema académico. Al contrario, varios tribunales constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) han dictado sentencias relevantes que persiguen un fin muy loable, ya que tratan de proporcionar ajustes al menoscabo de la autonomía estatal generada por la integración europea de manera tal que el principio de la democracia, en lo posible, no sea afectado. Éste es un propósito ambicioso y difícil, que lamentablemente no siempre se alcanza. De hecho, en ciertas ocasiones, se dictan sentencias que podrían generar más perjuicio que provecho. Ante esta realidad, es una tarea insoslayable que se cuestione el alcance de este tipo de sentencias, que se limite su efecto perjudicial y que se sugieran correcciones de rumbo.

Bajo este enfoque, el presente trabajo tiene por finalidad someter a debate dos principios que han de regir la producción normativa, la legislación y la creación del derecho por los tribunales en el espacio jurídico europeo: el principio de generalización y el principio de configuración. Estos principios no son sólo de naturaleza político-jurídica, sino que también pueden, en el marco de las consideraciones acerca de las posibles consecuencias de la aplicación de la norma, influir en la interpretación teleológica del derecho vigente.<sup>1</sup> Hoy en día estos principios constituyen el estándar metodológico de muchas sentencias creadoras de derecho. La eficacia de estos dos principios se muestra a partir de una crítica a la sentencia del TCF de fecha 30 de junio de 2009 concerniente a la ratificación del Tratado de Lisboa (TUE-Lisboa) y a la aplicación de la misma.<sup>2</sup> El objetivo es destacar que, en determinados aspectos muy

<sup>1</sup> Lübbe-Wolff, G., *Rechtsfolgen und Realfolgen*, 1981, pp. 139 y ss.; Voßkuhle, A., en Hoffmann-Riem *et al.* (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2006, t. 1, § 1, notas marginales 32 y ss.

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF) del 30 de junio de 2009, Lisboa (2 BvE 2/08; *NJW*, 2009, pp. 2267-2295); Ley sobre la ampliación y el fortalecimiento de los derechos del Bundestag y del Bundesrat en asuntos de la Unión Europea, Boletín Oficial Federal (BGBl.) 2009, I 3022; Ley por la que se reforma la Ley sobre la cooperación entre el Gobierno federal y el Bundestag alemán en asuntos de la Unión Europea, Boletín Oficial Federal (BGBl.), 2009, I 3026; Ley por la que se reforma la Ley sobre la cooperación entre el Bund y los Länder en asuntos de la Unión Europea, Boletín Oficial Federal (BGBl.), 2009, I 3031; en cuanto a estos últimos véase la Sen-

significativos, la sentencia Lisboa no conduce a un desarrollo prometedo del principio de democracia en el espacio jurídico europeo.

## II. EL PRINCIPIO DE GENERALIZACIÓN Y EL PRINCIPIO DE CONFIGURACIÓN

La configuración del espacio jurídico europeo no sólo es tarea de la política, sino también de muchos juristas en el ejercicio práctico de su profesión, ya que, en su actividad cotidiana, aplican el derecho y, en muchos casos, incluso también lo crean.<sup>3</sup> Por ello es imprescindible en la actualidad dar a conocer ese espacio jurídico europeo a todos los profesionales del derecho a fin de denotar su importancia en el contexto de su trabajo, que se comprenda el papel que desempeñan y la responsabilidad que tienen en ese espacio jurídico europeo y orienten sus decisiones y fundamentos en esa dirección.

La capacidad de ser generalizado constituye un excelente criterio en el desarrollo y control de toda producción normativa y también de toda creación de derecho por los tribunales. Desde una perspectiva teórico-moral, esta capacidad encuentra su formulación paradigmática en el imperativo categórico de Kant, que exige: “Obra sólo de forma que puedas desear que la máxima de tu acción se convierta en una ley universal”.<sup>4</sup> En el ámbito del derecho corresponde comprobar de qué manera la creación del derecho por un tribunal se ajusta a otras constelaciones distintas del caso en cuestión y si también en ellas produce resultados creíbles y convincentes.<sup>5</sup> Ésta es una herramienta metodológica obvia y conocida por todo jurista. No obstante, hasta ahora, el marco de referencia de este

tencia del TCF del 22 de septiembre de 2009 (2 BvR 2136/09; *NJW*, 2009, pp. 3778-3779).

<sup>3</sup> Cada aplicación del derecho incluye un elemento de creación, Kelsen, H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934, p. 82; Kirchner, C., “Zur konsequentialistischen Interpretationsmethode”, en Eger, T. *et al.*, *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse*, 2008, pp. 37, 39; Shahabuddeen, M., *Precedent in the World Court*, 1996, pp. 76, 209; Scobbie, I., “Res Judicata, Precedent, and the International Court: A Preliminary Sketch”, *Australian Yearbook of International Law*, 20, 1999, p. 299.

<sup>4</sup> Kant, I., *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, 1785, p. 421.

<sup>5</sup> Lübbe-Wolff, *op. cit.*, nota 1, p. 156.

principio de generalización ha sido el contexto de los Estados miembros, en tanto en cuanto se trate de una creación en el derecho nacional.

En primer lugar, sostenemos la tesis de que hoy en día el espacio jurídico europeo también debería constituir un contexto de generalización determinante en la creación del derecho nacional por parte de los tribunales nacionales, cuando sus decisiones sean relevantes para toda Europa. Jurídicamente esta tesis se apoya en el mandato de integración contenido en muchas Constituciones, por ejemplo en la Ley Fundamental.<sup>6</sup> La generalización en el marco del espacio jurídico europeo es un instrumento importante para diferenciar los desarrollos convincentes de los menos convincentes.

En segundo lugar hay que destacar el denominado principio de configuración. Este principio exige que los procedimientos de participación de los Estados miembros en la UE se conciban principalmente desde la perspectiva de la configuración del espacio jurídico europeo. A ella se deben subordinar las perspectivas de un potencial bloqueo y de la protección de la autonomía del espacio jurídico de los Estados miembros. Los procedimientos dirigidos a la configuración y los procedimientos dirigidos a la protección tienen orientaciones distintas, mientras que los primeros actúan de manera proactiva, los segundos manifiestan una reacción defensiva. Estos últimos, es decir, los procedimientos defensivos y reactivos, no parecen ser de gran utilidad por diversas razones: no permiten afrontar las importantes tareas pendientes en el espacio jurídico europeo y colocan en una posición débil a aquellos Estados que optan por estos procedimientos, perjudicando en última instancia la democracia de los Estados miembros.

### III. IDEAS PRINCIPALES Y PROBLEMAS DE LA CONCEPCIÓN CENTRADA EN EL ESTADO

Tal como ya ocurrió con la sentencia sobre el Tratado de Maastricht<sup>7</sup>, el principio de democracia constituye el punto de partida jurídico-constitucional de la decisión sobre la ratificación del Tratado de Lisboa, y de

<sup>6</sup> Desde la perspectiva de derecho comparado Huber, P. M., en von Bogdandy *et al.* (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, 2008, t. II, § 26, notas marginales 104 y ss.

<sup>7</sup> Sentencia del TCF del 12 de octubre de 1993, Maastricht (2 BvR 2134, 2159/92; BVerfGE 89, 155).

ese modo, el TCF se enfoca efectivamente en el aspecto más problemático de la integración europea. Sin embargo, en la *Sala Segunda* del TCF no existe, como ya sucediera en 1993, unanimidad acerca de lo que realmente es la esencia del principio democrático. Más bien, tal como ya sucedió en la sentencia sobre el Tratado de Maastricht, existen dos concepciones de democracia.<sup>8</sup> Por una parte, una concepción individualista<sup>9</sup> según la cual la democracia a nivel de la UE es perfectamente posible, y por otra, una concepción centrada en el Estado que entiende la democracia como autodeterminación de un pueblo, de una nación, y en consecuencia conceptualmente tiende a excluir la existencia de una democracia más allá del Estado. Esta concepción percibe como equivocado cualquier esfuerzo tendente a reconocer una dimensión supranacional de la democracia.

A la luz de la concepción individualista, la sentencia establece a primera vista una imagen de la soberanía del Estado abierta a la integración. Por voluntad de la Ley Fundamental, la soberanía de Alemania exigida por el principio de democracia incluye la dimensión internacional.<sup>10</sup> Los vínculos de derecho internacional y de derecho europeo no representan un sometimiento a potencias extranjeras, sino que abren posibilidades de configuración de cara a un número cada vez mayor de problemas transfronterizos. Si en la sentencia sobre el Tratado de Maastricht la Ley Fundamental apenas “permitía” la integración europea,<sup>11</sup> ahora la “exige”.<sup>12</sup> La conservación del acervo comunitario europeo y la aplicación del “*effet utile*” del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*TJUE*) son “parte del mandato de integración deseado por la Ley Fundamental”.<sup>13</sup> No solamente rige el principio de apertura al derecho internacional público sino también un principio propio de apertura al derecho europeo.<sup>14</sup>

En cambio, la concepción de la democracia centrada en el Estado entiende a la democracia como autodeterminación del “Pueblo Alemán”. Un

<sup>8</sup> Cfr. von Bogdandy, A., *KritV*, 83, 2000, p. 284, 292; la versión traducida al español está publicada en esta obra en el trabajo que precede (II.2); para un análisis detallado en este sentido véase Kottmann, M. y Wohlfahrt, C., *ZaöRV*, 69, 2009, pp. 433 y ss.

<sup>9</sup> Sentencia del TCF, Lisboa, *op. cit.*, nota 2, notas marginales 211 y ss.

<sup>10</sup> *Ibidem*, notas marginales 220, 223.

<sup>11</sup> Así Sentencia del TCF, Maastricht, *op. cit.*, nota 7, nota marginal 93.

<sup>12</sup> Sentencia del TCF, Lisboa, *op. cit.*, nota 2, nota marginal 225.

<sup>13</sup> *Ibidem*, nota marginal 237.

<sup>14</sup> *Ibidem*, nota marginal 225.

detalle llamativo en la sentencia Lisboa lo constituye precisamente el hecho de que, apartándose de la costumbre mantenida hasta ahora, el *TCF* escribe “Pueblo Alemán” como nombre propio, es decir, con iniciales mayúsculas, tal como lo sugiere una concepción holística del Estado y de la democracia.<sup>15</sup> La autodeterminación democrática y la soberanía del Estado de Alemania se presentan como una unidad.<sup>16</sup> Esta concepción centrada en el Estado se impone a lo largo de la formulación de las premisas jurídicas de la sentencia, de modo que al final, este fallo termina siendo mucho más centralista que la sentencia en el caso del Tratado de Maastricht del mismo *TCF*.

De esta concepción de la democracia y de la soberanía centrada en el Estado se deriva que la adhesión de Alemania a un Estado federal europeo es imposible en el marco de la Ley Fundamental. En una audaz creación de derecho, el Tribunal fundamenta incluso esta prohibición en la denominada “cláusula de intangibilidad” del artículo 79.3 de la Ley Fundamental. Nótese que esta disposición, surgida originalmente como protección ante una “recaída” en una dictadura, se convierte ahora, según la interpretación del *TCF*, en una disposición de protección frente a un Estado federal europeo. Esta interpretación del artículo 79.3 de la Ley Fundamental confronta considerables reservas dogmáticas y teórico-constitucionales.<sup>17</sup> Su escasa plausibilidad se constata además en el hecho que, bajo esta interpretación, habría que considerar como inconstitucional el objetivo de política exterior más importante de la Unión Demócrata Cristiana (CDU), el partido de Konrad Adenauer, Ludwig Erhard y Helmut Kohl, que proponía la creación de un Estado federal europeo. Objetivo que durante décadas formó parte del programa del CDU como directriz de la política exterior.<sup>18</sup> Las dudas políticas acerca de la aspiración de un Estado federal europeo están bien fundamentadas; sin embargo, no es convincente desde el punto de vista constitucional que su prohibición se base en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental.

<sup>15</sup> M. Kottmann y C. Wohlfahrt, más referencias en Kottmann y Wohlfahrt, *op. cit.*, nota 8.

<sup>16</sup> Sentencia del *TCF*, Lisboa, *op. cit.*, nota 2, nota marginal 228.

<sup>17</sup> Nettesheim, M., *NJW*, 2009, p. 2867; principalmente Zacharias, D., en Thiel (ed.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, pp. 57, 81 y ss.

<sup>18</sup> De modo muy ilustrativo Lenz, O., *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, núm. 182, 8 de agosto de 2009, p. 7.

Partiendo de la concepción de democracia centrada en el Estado, el *TCF* establece los límites de la integración. Para la salvaguarda del principio de democracia, el Tribunal principalmente apuesta por los Parlamentos nacionales. El Parlamento Europeo constituye un evento paralelo de poca importancia.<sup>19</sup> De este modo, la parlamentarización de la UE, uno de los grandes desarrollos institucionales de los últimos 30 años, se convierte de forma definitiva en irrelevante para el manejo de la cuestión de fondo. Este razonamiento deja de lado medio siglo de intensa reflexión que ha demostrado claramente que para alcanzar una democratización de la UE no hay otro camino que el del parlamentarismo europeo y, particularmente, que la sola participación de los parlamentos nacionales no sería suficiente.<sup>20</sup>

Para la salvaguarda del principio democrático, el *TCF* también crea una “responsabilidad en el proceso de integración” de los órganos alemanes. Bajo este nuevo concepto, el Tribunal fija condiciones jurídico-constitucionales muy estrictas para una ulterior integración europea.<sup>21</sup>

La responsabilidad en el proceso de integración, entendida como concepto jurídico, establece condiciones tanto para la transferencia de derechos de soberanía<sup>22</sup> como para la configuración de los procedimientos europeos de decisión.<sup>23</sup> Dicha responsabilidad implica límites en la evolución dinámica de los Tratados<sup>24</sup> y en la ejecución de los Tratados,<sup>25</sup> particularmente cuando los órganos de la Unión Europea interpretan de manera extensiva las normas de los Tratados.<sup>26</sup> La responsabilidad en el proceso de integración abarca toda modificación de los textos que constituyen los fundamentos del derecho primario europeo,<sup>27</sup> es decir, la participación en la modificación del derecho de los Tratados sin procedimiento ratificatorio,<sup>28</sup> especialmente en el procedimiento de modificación

19 Sentencia del TCF, Lisboa, *op. cit.*, nota 2, notas marginales 280 y ss.

20 Dann, P., *Parlamente im Exekutivföderalismus*, 2004, pp. 210 y ss.

21 Sentencia del TCF, Lisboa, *op. cit.*, nota 2, nota marginal 409.

22 *Ibidem*, notas marginales 245, 413.

23 *Ibidem*, nota marginal 245.

24 Véase en relación a esta noción *ibidem*, nota marginal 411.

25 *Ibidem*, nota marginal 413.

26 *Ibidem*, nota marginal 238.

27 *Ibidem*, nota marginal 243.

28 *Ibidem*, notas marginales 236, 238, 409, 411 y s.

simplificado<sup>29</sup> y en el marco de los procedimientos pasarela,<sup>30</sup> así como en la aplicación de la cláusula de flexibilidad del artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).<sup>31</sup> Igualmente afecta los llamados procedimientos de “freno de emergencia” (artículos 48.2, 82.3, 83.3 TFUE;<sup>32</sup> también artículo 83.1 (3), 86.4 y 308.3 TFUE).<sup>33</sup>

La responsabilidad en el proceso de integración es una creación judicial de derecho poco clara desde el punto de vista dogmático. La participación constitutiva en la modificación de las bases de los Tratados de la UE corresponde, tradicionalmente, a una función originaria de los Parlamentos de los Estados miembros. Con el término “responsabilidad en el proceso de integración” se oscurece en lugar de subrayarse el papel central de los Parlamentos de los Estados miembros en la legitimación democrática del orden constitucional de la UE. Por lo demás, resulta difícil entender porqué los Parlamentos nacionales no habrían de poder ejercer esa responsabilidad mediante habilitaciones específicas de los órganos de la UE para la modificación autónoma de los Tratados, tal como estuvieron previstas en la práctica convencional de modo recurrente desde los Tratados de Roma de 1957<sup>34</sup> y también están previstas en los Tratados vigentes —hasta ahora sin objeciones por parte del TCF—. Un ejemplo se encuentra en la modificación del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), artículo 245 TCE (ahora 281 TFUE).

De la responsabilidad en el proceso de integración el Tribunal deduce que deben existir mecanismos idóneos para asegurar internamente que los órganos legislativos puedan ejercer suficientemente dicha responsabilidad.<sup>35</sup> La audacia del TCF en esa creación de derecho se manifiesta con mayor claridad al considerar que de ella se puede derivar, incluso, la obligación de retirarse de la Unión Europea;<sup>36</sup> mientras que la Ley Fun-

<sup>29</sup> *Ibidem*, notas marginales 243, 411 y s.

<sup>30</sup> *Ibidem*, notas marginales 243, 411 en concordancia con notas marginales 413 y ss.

<sup>31</sup> *Ibidem*, notas marginales 243, 411 en concordancia con nota marginal 417.

<sup>32</sup> *Ibidem*, notas marginales 365, 411 en concordancia con nota marginal 418.

<sup>33</sup> *Ibidem*, nota marginal 411 en concordancia con nota marginal 419.

<sup>34</sup> Con respecto a la reforma del anexo al Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) que determina los productos agrarios referidos en el capítulo correspondiente del TCEE a través de un reglamento del Consejo, véase la sentencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del 29 de mayo de 1974, König (185/73, Rec. 1974, p. 607), nota marginal 55.

<sup>35</sup> Sentencia del TCF, Lisboa, *op. cit.*, nota 2, nota marginal 239.

<sup>36</sup> *Ibidem*, nota marginal 264.

damental sólo contempla un deber de participación. Adicionalmente, el *TCF* sostiene que el representante del gobierno alemán en el Consejo no puede renunciar a su derecho de veto en el marco de un procedimiento pasarela sin la participación constitutiva de los órganos legislativos competentes.<sup>37</sup> Ello genera una situación de tensión con el Tratado de Lisboa, cuyo artículo 48.7 (3) TUE y el artículo 81.3 (3) del TFUE sólo prevén un *derecho de oposición* de los parlamentos nacionales.<sup>38</sup> En este contexto no parece descabellado señalar que los mencionados obstáculos procedimentales establecidos en Alemania por el *TCF* violan el Tratado.<sup>39</sup>

Las aseveraciones del *TCF* concernientes a la nueva cláusula de flexibilidad del artículo 352 TFUE, parecen particularmente problemáticas. A diferencia de lo que aún sostenía en la sentencia sobre el Tratado de Maastricht, el *TCF* ahora establece la necesidad de ratificación por parte del Bundestag y del Bundesrat alemán para el caso de que se haga uso de esta cláusula, basándose para ello en el artículo 23, apartados 1, 2 y 3 de la Ley Fundamental. El *TCF* justifica su postura aludiendo a la indeterminación que caracterizaría los posibles casos de aplicación de dicha cláusula. Siguiendo la interpretación del *TCF*, ciertos actos jurídicos de la Unión requerirán en el futuro de una ley formal conforme al artículo 23.1 de la Ley Fundamental, como sería por ejemplo el caso del Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CEE, EURATOM) No. 354/83 relativo a la apertura al público de los archivos históricos de la Comunidad Económica Europea.<sup>40</sup> En otras palabras, se requerirá de una ley dictada conforme al procedimiento de reforma constitucional, que implica una mayoría de dos tercios de los miembros de los Bundestag y del Bundesrat. Ello trae como consecuencia que, en el futuro, también se invierta tiempo de la valiosa actividad parlamentaria en proyectos políticos triviales. De esta manera, se debilita el poder de legitimación del Bundestag alemán y el procedimiento más legitimador de la Ley Fundamental, así como el procedimiento de reforma constitucional, que queda desvalorizado cuando se utiliza de forma inapropiada.

<sup>37</sup> *Ibidem*, notas marginales 320, 413 y ss.

<sup>38</sup> Las cláusulas pasarelas específicas de los artículos 31.3 TUE-Lisboa, 153.2 (4), 192.2 (2), 312.2 (2), 333 apdos. 1 y 2 TFUE, no prevén la participación de los Parlamentos nacionales.

<sup>39</sup> Everling, U., *DVBl*, 1993, pp. 936, 946.

<sup>40</sup> Reglamento (CE, CEA), núm. 1700/2003, del Consejo del 22 de septiembre de 2003, DO núm. L 243 de 27/09/2003, pp. 1-4.

Junto a los mecanismos procedimentales para garantizar el ejercicio de la responsabilidad en el proceso de integración, el Tribunal establece barreras materiales a la integración. En efecto, de conformidad con la interpretación del *TCF*, determinados ámbitos deben permanecer básicamente en manos del legislador nacional, entre ellos, el derecho penal y el derecho procesal penal, la decisión sobre el empleo de las Fuerzas Armadas alemanas (*Bundeswehr*), la responsabilidad total del presupuesto, decisiones en materia de política social y decisiones “de singular importancia cultural”, por ejemplo respecto al derecho de familia, al sistema educativo y formativo, al idioma, en áreas del ordenamiento jurídico de los medios de comunicación y en relación al estatus de iglesias y comunidades religiosas y de cosmovisión.<sup>41</sup> La razón por la que el *TCF* define precisamente los ámbitos antes mencionados como “particularmente sensibles para la propia capacidad de configuración democrática de un Estado constitucional”<sup>42</sup> no la deduce ni del texto de la Ley Fundamental ni de la jurisprudencia existente hasta el presente, sino que fundamenta esta decisión con la simple afirmación que “desde tiempos inmemoriales” ha sido así. Sin embargo, utilizar la expresión temporal de que “eso siempre ha sido así” no es un argumento jurídico. Ello es indicativo de una concepción que tiene la mirada puesta fijamente en un pasado; mientras que el principio de generalización señala hacia un futuro y hacia una configuración esencialmente abierta.

Especialmente relevantes para el presente análisis son las explicaciones del Tribunal sobre su propio papel. El fundamento para reivindicar para sí el control es la “soberanía popular [...] arraigada en los Estados miembros”, de la cual el Tribunal deriva el derecho de los Estados miembros a “verificar el cumplimiento del programa de integración”.<sup>43</sup> Es cierto que el Tribunal subraya que el control constitucional se ajusta al principio de apertura al derecho europeo<sup>44</sup> y que es “muy restringido y entendido como excepcional”.<sup>45</sup> Bajo esta premisa de un control restringido y excepcional, no obstante, resulta difícil comprender la decisión posterior (de fecha 3 de septiembre de 2009) del *TCF* sobre la orden de detención europea. En esta decisión el Tribunal, en una decisión colegia-

41 Sentencia del TCF, Lisboa, *op. cit.*, nota 2, notas marginales 252 y ss.

42 *Ibidem*, nota marginal 252.

43 *Ibidem*, nota marginal 334.

44 *Ibidem*, nota marginal 240.

45 *Ibidem*, nota marginal 238, también nota marginal 340.

da, deniega nuevamente la cooperación con el *TJUE* y endurece el tono empleado frente a la UE.<sup>46</sup>

Otro aspecto cuestionable en la sentencia es que prevé, además, un “control de la identidad” como punto de verificación constitucional adicional. Este probablemente ha de entenderse en el sentido de que, a pesar de la existencia de una competencia de la UE,<sup>47</sup> el *TCF* controla si queda garantizado el núcleo esencial intangible de la identidad constitucional de la Ley Fundamental de conformidad con el artículo 23.1, frase 3, en concordancia con el artículo 79.3.<sup>48</sup> De modo que, aun cuando un acto jurídico de la UE se mantenga dentro del marco del mandato de aplicación del derecho nacional, dicho acto tendrá sus límites en la identidad constitucional.<sup>49</sup> Con ello el Tribunal ciertamente abre la posibilidad de negar el acatamiento de un acto jurídico europeo sin emitir, como es el caso en la verificación del programa de integración, un juicio jurídico acerca del derecho de la Unión.<sup>50</sup> Esta posibilidad sólo se plantea a primera vista como favorable al derecho europeo frente al control del programa de integración establecido en los Tratados, ya que no está claro en qué consistiría ese control de la identidad. Mediante ese “control de la identidad” el Tribunal abre la posibilidad de negar su aplicación a prácticamente todo acto jurídico europeo. Aparentemente el *TCF* también reivindica para sí la potestad de comprobar el cumplimiento del principio de subsidiariedad establecido en el derecho de la Unión (artículo 5.2, TCE; ahora artículo 5.1, frase 2, y artículo 5.3, TUE-Lisboa).<sup>51</sup> Según esta afirmación, el Tribunal se aparta del marco de la Ley Fundamental y se posiciona además como “guardián de los Tratados”.

#### IV. ¿CASO EJEMPLAR O CASO EXCEPCIONAL?

Al momento del análisis crítico de la sentencia en el caso de la ratificación del Tratado de Lisboa conviene tener en cuenta dos cuestiones re-

<sup>46</sup> Sentencia del TCF del 3 de septiembre de 2009 (2 BvR 1826/09; *EuGRZ* 2009, pp. 686-691), notas marginales 35 y s.

<sup>47</sup> Sentencia del TCF, Lisboa, *op. cit.*, nota 2, notas marginales 240, 339, 351.

<sup>48</sup> *Ibidem*, nota marginal 240.

<sup>49</sup> *Ibidem*, nota marginal 218.

<sup>50</sup> En detalle Mayer, F. C., *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, 2000, pp. 67 y ss.

<sup>51</sup> Sentencia del TCF, Lisboa, *op. cit.*, nota 2, nota marginal 240.

levantes: en primer lugar, el *TCF* considera que le corresponde a los Parlamentos nacionales llevar la carga principal de la legitimación democrática de la UE, y por ello estima que deben recibir apoyo para cumplir esta tarea; sin embargo, para afirmarlo no es necesaria esta sentencia. El papel central de los Parlamentos de los Estados miembros no está en discusión, sino por el contrario, el Tratado de Lisboa refuerza esta función de los Parlamentos nacionales. En segundo lugar, con la decisión del TCF queda abierta la cuestión de a quien correspondería la última decisión en el ámbito jurisdiccional, posición que compartimos. Es sabido que el *TJUE* parte de la primacía absoluta del derecho de la Unión con respecto a cualquier ley nacional, incluyendo el derecho constitucional de los Estados miembros, mientras que la mayoría de los tribunales constitucionales de los Estados miembros no aceptan la primacía absoluta del derecho de la Unión y prevén la posibilidad de prohibir la aplicación de actos de soberanía europeos. Esta divergencia genera un déficit, sino que es expresión de una estructura constitucional que en principio se ajusta a la Unión y a los Estados miembros, en tanto esté regida por principios de los ordenamientos jurídicos participantes, específicamente, por las obligaciones de respeto y de cooperación mutua. De ellos surge un problema ya que —a diferencia de la sentencia en el caso del Tratado de Maastricht— en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa ya no figura el principio de cooperación. Por esta razón algunos autores exigen una modificación a la Ley del *TCF* para que el *TCF* cumpla en el futuro la obligación de presentar la cuestión prejudicial (artículo 234 TCE, ahora artículo 267 TFUE).<sup>52</sup> Otros tribunales constitucionales ya han tomado esa dirección.<sup>53</sup>

Si se observa la sentencia en el contexto del espacio jurídico europeo, se aprecia que la República Federal de Alemania amenaza con convertirse en un *caso excepcional* entre los Estados miembros de la UE, al igual que Irlanda, Polonia o el Reino Unido. Si Alemania reivindicase un estatus jurídico-constitucional especial, en el desarrollo de creación del derecho sería necesario considerar su capacidad de generalización para todos

<sup>52</sup> En este sentido, el llamamiento jurídico-político de 33 jueces, abogados y profesores, disponible en <http://whi-berlin.de/documents/whi-material0109.pdf>; de manera más detallada Bergmann, J. y Karpenstein, U., *ZEuS*, 2009, pp. 529 y ss.

<sup>53</sup> En detalle Mayer, F. C., en von Bogdandy y Bast (eds.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2a. ed., 2009, pp. 559, 565; del mismo modo el Tribunal Constitucional Italiano, Ordenanza 103/2008 del 13 de febrero de 2008.

los Estados miembros. Cada país y cada institución de los Estados miembros debería asumir su responsabilidad por el desarrollo de la UE y no aferrarse a posiciones que no son susceptibles de generalización. El imperativo categórico de la correspondiente creación del derecho por los Estados miembros reza *obrar sólo de forma que podría ser una regla general para todos los Estados miembros, sin que la UE se vea perjudicada*.<sup>54</sup>

Desde esta perspectiva el “control de la identidad” que el *TCF* reivindica para sí es particularmente crítico. No se puede desear realmente que los tribunales de todos los Estados miembros nieguen el acatamiento de un acto jurídico decidido por la UE en nombre de una identidad nacional indefinida y se coloquen por derecho propio en el lugar de la jurisprudencia del *TJUE*, que es válida para todos los Estados miembros. De ser así, se estaría sembrando la semilla de una crisis constitucional de la UE que podría en tela de juicio no sólo el futuro de la integración, sino también los logros ya garantizados con la vigencia uniforme del derecho europeo.

Asimismo, la política europea y la creación de derecho de los Estados miembros tienen que dilucidar si se desea ver a la UE, ante todo, como una *oportunidad para la configuración política* o como una *amenaza todopoderosa*. Quien haya seguido las discusiones en Alemania en 2009 como consecuencia de la sentencia, pudo haberse hecho la idea de que la función prioritaria de los órganos legislativos alemanes, exigida por mandato constitucional, consiste en establecer sistemas idóneos de “alerta temprana” para los proyectos legislativos de la UE en curso y en decidir bajo qué condiciones también el Bundesrat, aparte del Bundestag, puede activar un “procedimiento de freno de emergencia” para detener determinado proyecto. En lugar de estos discursos entorpecedores debería exigirse a la política exterior europea de Alemania una participación activa en la legislación europea.<sup>55</sup>

Una postura defensiva frente a la UE por parte del *TCF* se evidencia de manera clara en la excesiva insistencia en el principio de subsidiariedad, que también caracteriza a la legislación accesoria alemana referida a

<sup>54</sup> Idea y formulación de Jürgen Bast.

<sup>55</sup> En este sentido el Tribunal Constitucional de Letonia, en su sentencia respecto al Tratado de Lisboa, sentencia del 7 de abril, núm. 2008-35-01, nota marginal 17; véase Reich, N., *EuZW*, 2009, p. 713.

la implementación de la sentencia. En Alemania parece malentenderse la insistencia en la observancia del citado principio como sustituto para una política europea activa. Si el interés político en un proyecto de regulación de la Comisión Europea se limita a cuestiones de competencias y protección de la autonomía, entonces se renuncia a luchar por ideas propias sobre la materialización del bien común europeo. Siguiendo el modelo del acuerdo burocrático entre las distintas direcciones generales de la Comisión, más bien se trata de una “coordinación negativa”, es decir, de la minimización de posibles consecuencias para Alemania. En el sentido del imperativo categórico de la política de los Estados miembros lo aconsejable sería una revisión de los proyectos de la UE tomando como canon de referencia los derechos fundamentales en la UE y de los posibles efectos que estos proyectos tendrían sobre Europa en general y, en particular, sobre los ciudadanos europeos. De esta manera los Parlamentos de los Estados miembros podrían adquirir una dimensión realmente europea.

El *TCF* ha advertido sobre la necesidad de un mayor compromiso en el ejercicio de la “responsabilidad en el proceso de integración” por parte del Bundestag, incluso en ciertos actos de la UE. Estos “requisitos de ratificación” en virtud del derecho constitucional nacional no se recomiendan como regla general para la totalidad de la UE, ya que dificultarían extremadamente el proceso legislativo.

Tampoco es convincente que ahora el artículo 9.4, frase 6 de la Ley sobre la Cooperación del Gobierno Federal y el Bundestag en Asuntos de la Unión Europea (EUZBBG) establezca que el gobierno ya no debe basar sus negociaciones en Bruselas únicamente en los dictámenes formales del Bundestag, sino que además sólo puede desviarse de éstos por “importantes razones de política exterior y de integración”. Ello vincula en gran medida al gobierno a la voluntad del Parlamento. Sin embargo, pocos Estados miembros de la UE, específicamente Austria y Dinamarca, prevén una vinculación tan fuerte en la conducción de las negociaciones.<sup>56</sup> Mientras que algunos Estados miembros siquiera otorgan efecto legal a los dictámenes de sus Parlamentos y no confían enteramente en la dinámica política, por muchos motivos, la mayoría de los Estados solamente exigen la mera consideración de los dictámenes y una exposición de las razones en caso de desviación.

<sup>56</sup> En detalle Grabenwarter, C., en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota. 53, pp. 149 y ss.

Si los Parlamentos nacionales en la UE dotasen a sus gobiernos de mandatos imperativos, si en los grupos de trabajo del Consejo, en lugar de la argumentación política y la negociación orientada al alcance de acuerdos se convirtiese en regla para el intercambio de “reservas parlamentarias”, si la desviación de directrices previamente decididas sólo fuese posible por motivos especialmente importantes y pudiese ser desacreditada “en casa” como fracaso político —entonces la UE y la cultura de consenso político en la que ella se basa sufrirían un daño permanente—. En las negociaciones del Consejo y con el Parlamento Europeo la cesión mutua y la disposición a llegar a compromisos deben continuar siendo la norma que no requiere de motivos superiores. Detener la máquina legislativa europea es más fácil de lo que muchos creen.

Pero este tipo de desarrollos no es útil ni tan siquiera para el propio país, ya que la posición política de un Estado miembro en estos términos tiende a ser débil. La negociación exitosa requiere que los puntos centrales para un país sean incorporados tan pronto como sea posible al proceso legislativo europeo y que luego se haga un seguimiento mediante una argumentación convincente pero, a la vez, con disposición a asumir compromisos.<sup>57</sup> La posición alemana tardará más en estar preparada y terminará siendo aún más inflexible. Cabe también preguntarse si resulta útil para la democracia nacional o europea que el Bundestag ahora deba ocuparse, por la vía de la reforma constitucional, de proyectos triviales tales como la apertura al público de los archivos históricos de la Comunidad Económica Europea. No hay evidencia de ello, ni siquiera un argumento creíble.

## V. PERSPECTIVA

Tanto los científicos como aquellos que manejan el derecho público en la práctica en Europa son testigos y actores del despliegue de un nuevo derecho público bajo el signo de la integración europea: que se vislumbra un nuevo *ius publicum europaeum*. Éste es el aspecto jurídico-público de un espacio jurídico que conforman conjuntamente el derecho de la UE y el de sus Estados miembros. Sin la creación del derecho por parte de los jueces y tribunales será prácticamente imposible configurar

<sup>57</sup> Wessels, W., *Die Öffnung des Staates*, 2000, pp. 378 y ss.

exitosamente ese espacio jurídico. Pero la creación del derecho orientada al futuro, especialmente la de los tribunales de los Estados miembros, debe comprender el espacio jurídico europeo como un todo, es decir, tiene que desprenderse del nacionalismo metódico. El principio de generalización y el principio de configuración pueden ser muy provechosos en esa difícil tarea.