

LA INTEGRACIÓN EUROPEA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA*

SUMARIO: I. *Objeto y función del debate*. II. *El caso Maastricht del Tribunal Constitucional Federal*. III. *Conclusiones*.

Con el fin de facilitar al lector el enfoque global que persigue esta obra, es conveniente destacar que el trabajo anterior, referido a los principios fundamentales de la Unión Europea y al desarrollo del constitucionalismo europeo concluye afirmando que, tanto en lo conceptual como en la *praxis*, la materialización del principio democrático es particularmente difícil en espacios supranacionales. En esta contribución y en las siguientes, se profundiza en ese tema empleando tres métodos distintos, a saber: el método de la crítica de la jurisprudencia, el método de la clarificación conceptual en la tradición de Norberto Bobbio y el método orientado al constructivismo dogmático.

Utilizando el método de la crítica de la jurisprudencia se presenta a continuación un análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (*TCF*) sobre la constitucionalidad del Tratado de Maastricht, decisión ésta que, como pocas otras, ha desencadenado intensos debates y receptividad internacionales. En su esencia, se trata del problema de una concepción adecuada del principio de democracia. El Tribunal enfoca la cuestión desde una perspectiva específica: ¿cómo ha de entenderse el principio democrático establecido en la Ley Fundamental alemana de cara a la apertura supranacional del Estado y cuáles son las consecuencias que se derivan de ello?

* La versión original fue publicada bajo el título “La integración europea a la luz de la Constitución alemana: una contribución sobre los actuales malentendidos en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el caso Maastricht”, *Cuadernos de Derecho Público*, 13, 2001, pp. 195-213. Traducción de Rosa Velázquez Álvarez, prof. ayudante E.U. Área de Derecho Constitucional, Universidad Carlos III de Madrid y colaboración de Ascensión Elvira Perales, prof. titular.

Mediante el método de la crítica de la jurisprudencia, en especial de la creación del derecho por los tribunales, se desarrolla una de las funciones más importantes de las ciencias jurídicas. Dicha crítica se basa en conocimientos de la filosofía analítica del lenguaje, que sostiene que un método deductivo de razonamiento es posible y hace falta constitucionalmente en una sociedad democrática. La idea central es que la creación del derecho por los tribunales es necesaria y admisible, pero coloca la carga de la argumentación en la institución que decide. El uso de la competencia para la creación del derecho por vía jurisprudencial exige aducir fundamentos adicionales a las normas positivas, fundamentos que puedan sustanciar esa decisión. Cualquier decisión judicial puede tener una argumentación exhaustiva, es decir, todas las premisas expuestas pueden ser explicadas, y existe una expectativa normativa de que los tribunales las aclaren. En caso contrario, reconstruir decisiones judiciales para poner al descubierto esas premisas, en toda su extensión y analizarlas de manera crítica, constituye una de las tareas más minuciosas de la ciencia jurídica.

Un nuevo derecho público es prácticamente inconcebible sin la creación del derecho por parte de los tribunales, pero cabe preguntarse ¿cuáles habrían de ser sus criterios? Ello constituye el objeto del presente trabajo. Es recomendable y útil leer la sentencia de Maastricht, difundida no sólo en idioma alemán (www.servat.unibe.ch/dfr/bv089155.html), sino también en otros idiomas como el inglés y el francés (Winkelmann, I. (ed.), *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 12. octubre, 1993; *Dokumentation des Verfahrens mit Einführung*, Tübinger Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht; 25, Berlín, 1994), así como en español (Aláez Corral, B. y Álvarez Álvarez, L. (eds.), *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, Madrid, CEPC, 2008).

I. OBJETO Y FUNCIÓN DEL DEBATE

A lo largo de los años la gran mayoría de los iuspublicistas alemanes, así como el Tribunal Constitucional Federal* han aprobado, e incluso respaldado, la integración europea en general y la constitucionalización

* En adelante TCF.

de los Tratados que fundan la Unión Europea en particular.¹ Este amplio consenso se rompió a comienzos de la década de los noventa. El contexto era la reordenación de la situación y orientación de Alemania en Europa tras la unificación de los dos Estados alemanes, la obtención de plena soberanía y el desmoronamiento de la amenaza del Este. La concreta circunstancia fue la relevante profundización en la integración programada por el Tratado de Maastricht que brindó precisamente una respuesta a todos estos acontecimientos.²

Una aclaración esencial de la relación entre la integración europea y la Constitución alemana* se deriva de la encendida discusión sobre los obstáculos constitucionales a una ratificación del Tratado de Maastricht. Algunos autores llegaron a afirmar una desestatalización de la República federal contraria a la Constitución a través del Tratado de Maastricht.³ El Tratado de Maastricht le pareció a algunos de tan fundamental significado, que sólo el “pouvoir constituant” y no los “pouvoirs constitués” podría haberlo ratificado. Peter M. Huber resume un convencimiento entonces muy difundido, diciendo que el Tratado de Maastricht “[se que-

¹ En Alemania el derecho de la CECA, CEEA y de la CEE ha sido estudiado desde un principio no sólo por internacionalistas, sino al menos en la misma medida, cuando no en mayor medida, por constitucionalistas y administrativistas. La comprensión básica estuvo marcada por Kaiser, J. H. y Badura, P., “Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften”, *VVDStRL*, 23, 1966, pp. 1 y ss., pp. 34 y ss.; vease también Ipsen, H. P., *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972; del mismo una síntesis, “Die europäische Integration in der deutschen Staatslehre”, *FS Börner*, 1992, p. 163; de la jurisprudencia sobre la primacía del derecho comunitario y de la obligación de reenvío al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, en adelante) *cf.* en especial Sentencias del Tribunal Constitucional Federal (en adelante STCF) 22, p. 293; STCF 37, p. 271 (Solange I); STCF 73, p. 339 (Solange II); STCF 75, p. 377; TCF, Resolución del 17.2.2000 – 2 BvR 1210/98 – Alcan, en: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000, pp. 445 y ss.

² Olivi, B., *L'Europa difficile. Storia politica dell'integrazione europea 1948–1998*, 1998, pp. 338 y ss., pp. 341 y ss., pp. 361 y ss.

* En adelante LF. Se utilizará esta abreviatura (Ley Fundamental de Bonn) extendida en la doctrina española como traducción del término alemán Grundgesetz (N. de la T).

³ *Cfr.* por un lado Murswiek, D., “Maastricht und der Pouvoir Constituant”, *Der Staat*, 32, 1993, p. 161; Rupp, H. H., “Grundgesetzänderung durch völkerrechtlichen Vertrag - ein vernachlässigtes Problem des Maastrichter Vertrags”, *FS Heymanns Verlag*, 1995, p. 499; del mismo autor, “Ausschaltung des Bundesverfassungsgerichts durch den Amsterdamer Vertrag?”, *JZ*, 1998, p. 213; por otro lado Pernice, I., “Maastricht, der Staat und die Demokratie”, *Die Verwaltung*, 1993, pp. 449, 474 y ss., p. 486; Schwarze, J., “Das Staatsrecht in Europa”, *JZ*, 1993, pp. 585, 588 y ss.

da], poco antes del límite de lo que el Estado constitucional considera como núcleo inviolable de su estatalidad”. Sólo el pueblo puede —como *pouvoir constituant*— autorizar una ulterior integración.⁴

Este debate jurídico-científico sobre la admisibilidad de la ratificación del Tratado de Maastricht fue parte de las primeras controversias públicas en Alemania sobre la integración europea.⁵ Se encuadra en una destacable tradición. Ya con anterioridad la ciencia jurídica había asumido polémicas políticas bajo discusiones presuntamente técnico-conceptuales, reformuladas y discutidas en el ámbito de su propia forma de racionalidad. Puede recordarse que en la primera mitad del siglo XIX la disputa sobre la división de poderes entre la Corona y las cámaras electas (burguesía) se articuló a través del debate jurídico sobre el concepto de soberanía y su depositario.⁶ En la segunda mitad del citado siglo el conflicto constitucional prusiano entre el monarca y el parlamento se reflejó en el debate jurídico sobre el concepto de ley.⁷

Una diferencia entre el actual debate sobre la Constitución europea y los anteriores sobre la soberanía y la ley reside en que hoy resulta más complicado identificar las líneas de conflicto y los intereses encontrados. La interpretación de la integración conceptuándola como una estrategia del capital europeo no puede imponerse entre los juristas,⁸ aun cuando existe una preocupación real de amplios sectores de población ante una nueva redistribución europea en su perjuicio. Puede que las pretensiones institucionales de poder jueguen un papel: el conflicto de competencias entre los tribunales superiores puede leerse como una lucha de poder enmascarada.⁹ Puede que también sea relevante un difuso malestar, hacia el

⁴ Huber, P. M., *Maastricht - ein Staatsstreich?*, 1993, pp. 14, 48 y ss.

⁵ Sobre la discusión en el ámbito europeo: Franklin, M. *et al.*, “Uncorking the Bottle: Popular Opposition to European Unification in the Wake of Maastricht”, *JCMS*, 32, 1994, p. 455.

⁶ Véase Stolleis, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. 2, 1992, pp. 106 y ss.

⁷ Con mayor detalle Stolleis, *op. cit.*, nota 6, pp. 370 y ss.

⁸ Galtung, J., *Kapitalistische Grobmacht Europa oder die Gemeinschaft der Konzerne?*, 1973.

⁹ Heintzen, M., “Die ”Herrschaft“ über die Europäischen Verfassungsverträge - Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof auf Konfliktkurs?”, *AöR*, 119, 1994, p. 564; sobre esta relación Alter, K., “Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence”, y Stone Sweet, A., “Constitutional Dialogues in the Eu-

frío y tecnocrático mundo europeo, entramado de difícil representación y sin garantías. Sin duda es relevante lo que está en juego: la construcción de una Constitución europea entierra la previa unidad entre política y derecho, como la que habían sostenido las Constituciones de los Estados nacionales.¹⁰

El debate sobre la admisibilidad constitucional del Tratado de Maastricht muestra al mismo tiempo dónde residen las especificidades de un debate jurídico paralelo con respecto a la discusión general en el ámbito público (*Öffentlichkeit*). Por un lado el derecho introduce en la discusión el valor y peso de las instituciones existentes y la experiencia de su funcionamiento registrada por las teorías jurídicas,¹¹ tal es así en particular si se concibe el discurso jurídico y jurídico-científico como una subespecie del general discurso político-moral.¹² Aquí se revelan muchos aspectos que en la discusión política general no pueden ser adecuadamente tratados. Por otro lado, se requieren de las contribuciones jurídico-científicas unas exigencias de coherencia mucho más rigurosas, de modo que se ponen de manifiesto concepciones incursas en contradicciones internas, como es el caso de la simultánea defensa de un Estado europeo federal y la acentuación de los tradicionales Estados nacionales.¹³

II. EL CASO MAASTRICHT DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

El punto culminante del debate alemán sobre el Tratado de Maastricht en el ámbito jurídico lo representa la Sentencia de la Sala 2a. del 12 de octubre de 1993: el TCF con este fallo, rechazando el recurso de amparo* contra la reforma de la Constitución del 21 de diciembre de 1992 y la

ropean Community”, ambos en Slaughter *et al.* (eds.), *The European Courts and National Courts*, 1999, pp. 227, 305.

¹⁰ Kaufmann, M., “Permanente Verfassungsgebung und verfassungsrechtliche Selbstbindung im europäischen Staatenverbund”, *Der Staat*, 36, 1997, pp. 521, 523 y ss.

¹¹ Schmidt-Aßmann, E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 1998, pp. 4 y ss.

¹² Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, 2a. ed., 1991, pp. 261 y ss.

¹³ Así por ejemplo el conocido discurso de Joschka Fischer en la Humboldt-Universität, “Vom Staatenverbund zur Föderation - Gedanken über die Finalität der europäischen Integration”, *Integration*, 2000, p. 149; al respecto Joerges, C. *et al.* (coords.), *What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer*, 2000.

* Se ha optado por traducir *Verfassungsbeschwerde* por la expresión castellana más aproximada consciente de que no hay perfecta equivalencia (N. de la T.).

ley del 28 de diciembre de 1992 sobre el Tratado de la Unión Europea, elimina del camino el último obstáculo para un salto cualitativo de la integración europea y por lo tanto también para el desarrollo constitucional material en Alemania.¹⁴

1. *Significado y recepción de la sentencia*

La resolución, esperada con lógica expectativa, desató en la doctrina alemana un impresionante número de tomas de posición, abarcando todo el espectro desde una posición de aprobación¹⁵ hasta un rechazo vehemente.¹⁶ Tal recepción no se ha limitado al ámbito germanófono. Es más, ninguna otra resolución del TCF ha sido tan exhaustivamente discutida fuera de la República federal.¹⁷ Por propia experiencia puedo atestiguar

¹⁴ STCF 89, P.155. Una exposición general y exhaustiva de los materiales del proceso en Winkelmann, I. (coord.), *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993: Dokumentation des Verfahrens mit Einführung*, 1994.

¹⁵ Huber, P. M., "Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH in Grundrechtsfragen", *EuZW*, 1997, pp. 517, 518 y ss.; Kaufmann, M., *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, 1997, en especial pp. 139 y ss., pp. 214 y ss.; Schröder, M., "Das Bundesverfassungsgericht als Hüter des Staates im Prozeß europäischer Integration", *DVBl*, 1994, pp. 316 y ss.; en el ámbito de la ciencia política, Scharpf, F., *Regieren in Europa: Effektiv und demokratisch?*, 1999, pp. 19 y ss.

¹⁶ Una recopilación de trabajos críticos en Folz, H.-P., *Demokratie und Integration: Der Konflikt zwischen BVerfG und EuGH über die Kontrolle der Gemeinschaftskompetenzen*, 1999, p. 4; Everling, U., "BVerfG und EuGH nach dem Maastricht-Urteil", *GS Grabitz*, 1994, pp. 57 y ss., 61, 63, 69 y ss.; Pernice, I., "Einheit und Kooperation: Das Gemeinschaftsrecht im Lichte der Rechtsprechung von EuGH und nationalen Gerichten", *GS Grabitz*, 1995, pp. 523 y ss.; Zuleeg, M., "The European Constitution under Constitutional Constraints: The German Scenario", *ELRev.*, 22, 1997, pp. 19, 26 y ss.; Tomuschat, C., "Die Europäische Union unter Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts", *EuGRZ* 1993, pp. 489 y ss.

¹⁷ Junto a las ya citadas contribuciones habría, asimismo, que mencionar a McCormick, N., "The Maastricht-Urteil: Sovereignty now", *ELJ*, 1995, p. 259; Cartabia, M., "Il pluralismo istituzionale come forma della democrazia sovranazionale", *Politica del Diritto* 1994, p. 203; Gattini, A., "La Corte costituzionale tedesca e il Trattato sull'Unione europea", *Rivista di Diritto Internazionale*, 1994, p. 114; Sorrentino, F., "Ai limiti dell'integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzioni comunitarie?", *Politica del Diritto*, 1994, p. 189; Koopmans, T., "Rechter, D-mark en democratie: het Bundesverfassungsgericht en de Europese Unie", *Nederlands Juristenblad*, 1994, p. 245; López Castillo, A., *Constitución e integración*, 1996, pp. 193 y ss., 354 y ss.; de Witte, B., "Sovereignty and European Integration", en Slaughter *et al.* (coords.), *The European Courts & National Courts*, 1998, pp. 277, 297 y ss.

que el “caso Brunner”, tal como actualmente se le denomina en el mundo anglófono, indujo a algunos científicos extranjeros a estudiar la lengua alemana y a ocuparse de la dogmática jurídico-constitucional alemana. Las posiciones extranjeras resultan aún más extremas que en Alemania. Mientras algunos dan la bienvenida a la resolución —por fin un tribunal ha tenido la gallardía de encuadrar la integración europea en sus límites jurídico-constitucionales—,¹⁸ otros afirman que existe una peligrosa cercanía a la ideología nacionalsocialista y formulan así el reproche de mayor peso que puede hacerse a la jurisdicción alemana.¹⁹ Los tribunales nacionales, cuando juzgan cuestiones europeas, se ven ante nuevas audiencias. No deben sólo responder a un público nacional, sino que, más allá de eso, ha de tener en cuenta el horizonte de la opinión pública europea.

2. Una perspectiva analítica

Este artículo se concentrará en un pormenorizado análisis de este fallo. Este estudio surge del convencimiento de que la consecuencia central del fallo es dejar abierta la relación entre el ordenamiento constitucional europeo y el alemán.²⁰ Eso corresponde con la policéntrica estructura básica de la Unión y no daña la integración, en tanto que los Estados miembros sepan garantizar en la práctica la vigencia uniforme del derecho comunitario.²¹ Tal ha sido demostrado a continuación por el Tribunal, en

¹⁸ Hartley, T. C., *The Foundations of European Community Law*, 4a. ed., 1998, p. 240; Rasmussen, H., *The European Court of Justice*, 1998, pp. 272 y ss.

¹⁹ Weiler, J. H. H., “The State «über alles»: Demos, Telos and the German Maastricht Decision”, *FS Everling* (Bd. 2), 1995, pp. 1651, 1654 y s.; de modo análogo Mancini, F., “Europa: Gründe für einen Gesamtstaat”, *KritV*, 81, 1998, pp. 386, 393; Massimo La Torre en una conferencia pública en el Instituto Universitario Europeo, 1996.

²⁰ Cuya incondicionada pretensión de supremacía se deduce en último término de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 11 de enero de 2000 en el asunto Rs. C-285/98 - Tanja Kreil; sobre el particular Zuleeg, M., “Frauen in die Bundeswehr”, *DÖV*, 1997, ps. 1017, 1023 y ss.

²¹ *Cf.* en especial Limbach, J., “Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur”, *EuGRZ*, 2000, pp. 417, 418 y s.; exhaustivamente. Nickel, R., “Zur Zukunft des Bundesverfassungsgerichts im Zeitalter der Europäisierung”, *JZ*, 2001, pp. 625 y ss.; además Kumm, M., “Who is the Final Arbitrator of Constitutionality in Europe?”, *CMLRev.*, 36, 1999, pp. 351, 384; de Witte, B., “The Nature of the Legal Order”, en Craig y de Burca (eds.), *The Evolution of EU Law*, 1999, p. 177,

especial con la sentencia *Alcan* relativa a las competencias y el caso *Bananen* en referencia a los derechos fundamentales.²² Frente a las interpretaciones alarmistas²³ la sentencia del caso Maastricht tampoco ha obstaculizado el ulterior proceso de integración. Tras la sentencia Maastricht se difundió el convencimiento de que este Tratado agotaba el máximo de lo admisible jurídico-constitucionalmente.²⁴ No obstante el Tratado de Ámsterdam, a pesar de las relevantes ampliaciones competenciales de la Unión y de un reforzamiento del Parlamento europeo,²⁵ no fue atacado y ninguno de los entonces jueces decisores manifestaron queja alguna.²⁶ Tampoco con respecto al Tratado de Niza se han planteado problemas. Hacia el futuro se proyecta el ideal de legitimidad dualista de los actos de la Unión —desafortunadamente formulada sólo deficientemente en la sentencia— que supone el complemento recíproco entre las vías de legitimidad estatal-nacional y genuinamente europea. Este texto desarrolla tres críticas: en primer lugar con respecto a algunos pasajes del razonamiento del fallo, en segundo lugar con respecto a algunas de sus formulaciones y, en tercer lugar, con referencia al a veces insuficiente tratamiento de la sentencia en la discusión científica que apenas ha sabido poner de relieve la concepción del tribunal.

201. Numerosos tribunales de otros Estados miembros llegan al mismo pronunciamiento básico que el TCF; en profundidad en Parlamento Europeo, *Report on the Relations Between International Law, Community Law and Constitutional Law of Member States*, 24 de septiembre de 1997, PE 220.225/final. Una exposición de las sentencias en Oppenheimer, A. (ed.), *The Relationship between EC law and National Law, the Cases*, 1994.

²² Resolución de la Sala 2.a del TCF sobre el caso *Alcan* del 17 de febrero de 2000, TCF, 2 BvR 1210/98, *EuGRZ*, 2000, pp. 445 y ss.; Resolución de la Sala 2a. del 7 de junio de 2000 sobre la ordenación del mercado de plátanos, TCF, 2 BvL 1/97, STCF 102, pp. 147 ss.; *cf.* además la sentencia de la Sala 2a. sobre el caso del Euro del 31 de marzo de 1998, STCF 97, p. 350.

²³ *Cfr.* por ejemplo Boom, S., “The European Union After the Maastricht Decision: Will Germany Be the «Virginia of Europe»?”, *AJCL*, 43, 1995, pp. 177 y ss.

²⁴ MacCormick, N., *Questioning Sovereignty*, 1999, p. 99; Huber, P. M., pp. 14, 48, 49; Kirchner, C. y Haas, J., “Rechtliche Grenzen für Kompetenzübertragungen auf die Europäische Gemeinschaft”, *JZ*, 1993, p. 760; Meessen, K. M., “Maastricht nach Karlsruhe”, *NJW*, 1994, pp. 549, 555; Boom, S., *op. cit.*, nota 23, pp. 177, 221 ss.

²⁵ Una valoración del Tratado puede leerse en von Bogdandy, A., “Supranationaler Föderalismus”, 1999; Langrish, “The Treaty of Amsterdam: Selected Highlights”, *ELR*, 23, 1998, p. 3.

²⁶ La apreciación de Paul Kirchhof sobre ulteriores desarrollos *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 11 de septiembre de 1999, p. 5.

Esta concepción de la sentencia, así como sus puntos críticos, se clarifica mejor con una reconstrucción lógica de la resolución, muy en la tradición de la función crítica del análisis lógico. El contexto teórico de esta reconstrucción está constituido por los trabajos de Hans-Joachim Koch y Helmut Rübmann. Éstos prueban que el modo deductivo de argumentación es la base esencial de la racionalidad jurídica y que también más allá de las simples deducciones analíticas puede y debe ser usado.²⁷ En la medida en la norma positiva no aporte un fallo habrán de evidenciarse las adicionales premisas de la sentencia y deberán, a su vez, ser fundamentadas.

3. *Democracia como problema nuclear*

En la medida en que el TCF debe aplicar derecho constitucional federal y éste es derecho positivo, la primera premisa de la sentencia ha de estar constituida por una disposición de la LF. Este punto de partida se encuentra en el artículo 38, apartados 1 y 2 de la LF (p. 182).²⁸ De este modo consigue el Tribunal aislar el punto efectivamente más problemático de la integración europea: el principio democrático. El artículo 38 LF, cumple un papel de bisagra argumentativa con el artículo 20, apartados 1 y 2 LF: su función en el fallo se agota en fundamentar un derecho de de-

²⁷ Koch, H.-J. y Rübmann, H., *Juristische Begründungslehre*, 1982, pp. 5 y s., 69, 221 y ss.

²⁸ El artículo 38, LF, dice: “(1) Los diputados del Bundestag Alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Son los representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia. (2) Tiene derecho de voto quien haya cumplido dieciocho años de edad. Es elegible quien haya cumplido los años con los cuales se alcanza la mayoría de edad. (3) La regulación se hará por una ley federal”.

De todas las quejas (que afirmaban una supuesta vulneración de los artículos 1 I, 2 I, 12 I, 14 I, 20 IV, 38 I, LF) la única que fue admitida fue la concerniente la cuestión de la democracia (pp. 171-180). No son relevantes para la reflexión y no serán aquí tratadas las poco claras puntualizaciones en torno a la protección jurídico constitucional de los derechos fundamentales frente a la actuación de los órganos de la Unión (p. 174), que en la práctica forense son de gran significación, pues se han convertido en un medio de amenaza de los abogados alemanes frente al TJCE y en un punto obligado en los estudios iuspublicistas; sobre ello I. Pernice, en: Dreier (coord.), *GG-Kommentar*, tomo II, Artículo 23 LF, Rdnr. 28. A mayor abundamiento en virtud de la sentencia de la Sala 2a. del TCF del 7 de junio de 2000, *op. cit.*, nota 22, no se desvía de la situación jurídica posterior a la Sentencia del TCF: STCF 73, pp. 339, 378 y ss. (Solange II).

fensa contra intromisiones en el núcleo inviolable del principio estructural democrático del Estado y así abre al Tribunal una competencia de control en esta constelación (pp. 171, 182). Una argumentación exhaustiva habría exigido la introducción y fundamentación de una ulterior premisa, ya que de las estructuras competenciales e institucionales no se derivan analíticamente derechos de participación;²⁹ asimismo, fue objeto de enconada discusión³⁰ la competencia de control del Tribunal. En este aspecto estoy convencido de que sólo una decisión sobre el fondo habría correspondido con el papel jurídico, político y social establecido del Tribunal en Alemania.

La segunda premisa del fallo es una definición del núcleo inviolable a partir de una paráfrasis del artículo 20.2.1 LF, que sustituye “pueblo” [“*Volk*”] por “pueblo del Estado” [“*Staatsvolk*”] (p. 182). Brun-Otto Bryde³¹ ha mostrado con claridad que tal maniobra de concreción no tiene en absoluto naturaleza analítica sino que, más bien, opera una cuidadosa selección del contenido a favor de una específica teoría la democracia, una teoría estatalista. Este punto no se desarrollará más en este estudio. Debe hacerse mención, sin embargo, a la palabra “pertenece” [“*gehört*”] que usa el tribunal. De ella se deriva que se trata sólo de una definición parcial. Así quedan expeditas otras posibilidades de realización del principio democrático.

Esta segunda premisa funciona esencialmente a fundar unas exigencias formales, es decir, una relación de imputación (*Zurechnungszusammenhang*) por medio de “devolución” (*Rückführbarkeit*) y responsabilidad. Esto a diferencia de la tercera premisa, que cualifica esta relación de imputación (también de naturaleza sintética) en la medida en que exige “un contenido suficientemente efectivo de legitimidad democrática” e introduce así un criterio material. Esta premisa se justifica —co-

²⁹ Böckenförde, E.-W., “Grundrechte als Grundsatznormen”, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, pp. 159, 175 y s.

³⁰ De las constataciones a la demanda de amparo del caso Maastricht, en especial, Alegación I del Gobierno federal, citado según Winkelmann, I. (coord.), *op. cit.*, nota 14, pp. 165, 205 y ss.; Lerche, P., Resolución del *Bundesrat* del 20 marzo de 1993, citado según Winkelmann, I., *op. cit.*, nota 14, pp. 226, 230 ss.; Bryde, B.-O., Alegación del *Bundestag*, citado según Winkelmann, I. (coord.), *op. cit.*, nota 14, pp. 271, 278 ss.; en el mismo sentido Tomuschat, *op. cit.*, nota 16, pp. 489 y ss.

³¹ Bryde, B.-O., *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, StW&StP, 1994, p. 305.

mo la segunda— solo con una referencia a una previa sentencia, siendo el contexto teórico los escritos de Ernst-Wolfgang Böckenförde.³² Incluso aceptando esta doctrina como establecida jurídica-constitucionalmente de modo que no precise de más fundamentación, sí parece que su uso en nuevos contextos requiere una justificación. Habría que recordar que su contexto de elaboración reside en la reserva de ley y del Parlamento: se trata en primer término de la determinación de la ley con respecto a la actuación administrativa alemana.³³ La aplicación de esta doctrina a la estructura institucional y de legitimación de una entidad supranacional implica una extensión que, a la vista de la disimilitud de los interrogantes, requiere una justificación, más aún en la medida en que en las actuales teorías de la democracia de otras disciplinas apenas encuentra respaldo.³⁴ El Tribunal no consigue articular las premisas de modo jurídicamente convincente. El intento de concreción más importante, en virtud del artículo 80.1.2 LF, no puede convencer como a continuación se mostrará.

La cuarta premisa establece que el artículo 20, apartado 2 LF, ni exige una configuración de la estructura institucional de la Unión Europea a imagen del modelo del derecho de organización alemán ni impone la regla de la unanimidad como garantía de la soberanía en una unión supraestatal. Tal cosa se fundamenta con una interpretación sistemática del artículo 20, apartado 2 LF, a la luz del artículo 23, apartado 1 LF, que recoge interpretaciones ampliamente aceptadas del viejo artículo 24, apdo. 1 LF (p. 183).

4. *Legitimación democrática nacional como fundamento de la Unión*

La quinta premisa cualifica la cuarta en tanto que exige la garantía de la legitimación popular (alemana) por medio de su influencia sobre el proceso político de la unión supraestatal, formulando con ello los requisitos constitucionales de la ley de autorización de la ratificación (*Zustimmungsgesetz*). Eso conlleva requisitos de la estructura de la Unión (p.

³² Böckenförde, E.-W., “Demokratie als Verfassungsprinzip”, *HBSiR I*, § 22, nota marginal, 11 y ss.

³³ *Cfr.* von Bogdandy, A., *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, pp. 183 y ss., 186.

³⁴ *Cfr.* sólo Schmidt, M., *Demokratiethorien*, 1995, pp. 118 y ss.

184).³⁵ La exigencia es doble: a la ley de autorización no le está permitido transmitir la competencia sobre el desarrollo competencial (competencia de las competencias) y el Consejo ha de seguir siendo un órgano central de decisión en el ámbito supranacional. La fundamentación de esta premisa es el pasaje de la sentencia que ha merecido las más vehementes críticas. Una primera crítica reza que se habría elegido un punto de partida erróneo al centrarse en el macro-sujeto “Pueblo”, que elude el adecuado planteamiento de la cuestión, a saber, la garantía de adecuadas vías de participación del individuo en el sentido de una concepción de la democracia basada en los derechos humanos.³⁶ Yo comparto en lo esencial esta crítica; sin embargo, señalo la duplicidad: por un lado, este concepto de pueblo no ha de ser necesariamente entendido como una comunidad transpersonal de destino, sino que también puede leerse como el conjunto de los sujetos titulares del derecho de sufragio y, en segundo lugar, que —como se expuso más arriba— el modo de definición escogido es parcial de modo que otros mecanismo, de legitimación democrática no están conceptualmente excluidos.

Al margen de esto, apenas sería discutible la afirmación de que en 1993 la legitimación democrática de la Unión “ante todo” (*zuvörderst*) se realiza a través de los Parlamentos estatales, es decir, por medio de la ratificación de los Tratados y su control sobre el representante gubernamental en el Consejo. Es verdad que las críticas se inflaman sobre todo en otras afirmaciones: la calificación de la Unión supranacional como organización o conjunto de Estados (*Staatenverbund*), la poca valoración del Parlamento europeo y de sus posibilidades de desarrollo así como la comprensión de los pueblos de los Estados. Estas aseveraciones son —a mirar bien— *prescindibles* para la fundamentación del fallo con *obiter dictum*. No obstante, en vista de su aparente pretensión de guiar los sucesivos desarrollos constitucionales se van a discutir en este estudio.

³⁵ Mucho más elocuente es la sentencia correspondiente de la House of Lords en el caso Factortame, que no menciona ninguna frontera de la integración, Sentencia del 11 de octubre de 1990, citado según Oppenheimer, A., *op. cit.*, nota 21, pp. 882 y ss.

³⁶ Así, de modo ejemplar, Bryde, B.-O., *op. cit.*, nota 31, p. 308 en adelante; más allá Habermas, J., *Faktizität und Geltung*, 1992, p. 606 en adelante (“Volkssouveränität als Verfahren”) *et passim*; Zuleeg, M., “What holds a Nation together?”, *AJCL*, 45, 1999, pp. 505, 519 en adelante.

5. El concepto de organización de Estados (*Staatenverbund*)

La calificación de la asociación creada por los Tratados como organización o conjunto de Estados (*Staatenverbund*) u organización o conjunto de Estados que conservan su soberanía (pp. 184 *et passim*), con la implícita contraposición entre *Verbund* y *Verband* (asociación) minimiza la dimensión de colectividad de la Unión y niega en gran medida el nivel supranacional como espacio político propio, como una organización política y jurídica históricamente novedosa. Esta construcción conceptual marca de modo relevante la “atmósfera” del fallo la que suscitó tantas críticas. Esta construcción tiene pero, y eso es de suprema importancia, solo carácter clasificatorio en la delimitación de la Unión de un “Estado” (pp. 188 en adelante). Su correspondiente discusión sólo sería posible por comparación con esbozos alternativos cuyo diseño superaría los límites de este artículo.³⁷ En general, no parece una construcción convincente ya sólo que, hasta el momento, no he encontrado ninguna traducción convincente a otro idioma. Tal problema de traducción demuestra en general un problema de fondo en una teoría.³⁸

El uso del concepto sería mucho más problemático se tendría una función normativa, es decir, si el Tribunal dedujese de él un mandato constitucional de establecer la legitimación democrática de la Unión y de sus actos jurídicos siempre y de cara al futuro en primer plano a través de los parlamentos nacionales, lo que implicaría unas relevantes restricciones para el desarrollo constitucional de la Unión. Si la sentencia utiliza el concepto “organización de Estados” (“*Staatenverbund*”) en este —problemático— sentido, sigue en la ambivalencia. El tercer párrafo de la página 184 señala esa dirección. La expresión introductoria en el cuarto párrafo “no obstante” (*indessen*) sustenta, por el contrario, una interpre-

³⁷ Cfr. von Bogdandy, A., “Notas sobre la ciencia del derecho europeo”, *Teoría y realidad Constitucional*, 5, 2000, pp. 203 y ss.; Craig, P., “The Nature of the Community”, en Craig y de Burca, *op. cit.*, nota 21, p. 3.

³⁸ Cfr. los intentos de Everling, U., “The Maastricht Judgement of the German Federal Constitutional Court and its Significance for the Development of the European Union”, *YEL*, 14, 1994, p. 1, 7 en adelante; Hailbronner, K., “The European Union from the Perspective of the German Constitutional Court”, *German Yearbook of International Law*, 37, 1994, pp. 93, 97 en adelante; de Witte, B., “The Pillar Structure and the Nature of the European Union: Greek Temple or French Gothic Cathedral?”, en Heukels *et al.* (coords.), *The European Union after Amsterdam*, 1998, pp. 51, 65 en adelante.

tación, que evita esta función normativa y más bien conecta con una legitimación democrática paritaria a través del Parlamento europeo y de los parlamentos nacionales como futura estructura apropiada de legitimación.

En una lectura general me parece que el concepto no tiene una función normativa; ya que el *Staatenverbund* no es un concepto usado por la Ley Fundamental, debería derivarse argumentativamente una función normativa. La sentencia cita en este punto el artículo A, apartado 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), artículo B, apartado 1 TUE, y artículo C, apartado 1 TUE, sin por ello, afirmar que estas normas funden tal concepto. Verdad es que no parece posible atribuir a estas disposiciones un significado que implique que la legitimación democrática de la Unión tenga que tener lugar a través de los parlamentos nacionales en primer lugar: tal cosa chocaría, entre otras cosas, con la autonomía constitucional nacional.

Una función normativa del concepto que lleva a una primacía básica de la estructura nacional-estatal como mandato constitucional podría solamente basarse en la Constitución nacional, y sería muy problemático. De este contexto parece especialmente significativo que el Tribunal no ancle constitucionalmente el *Staatenverbund*. A la vista de la correspondiente motivación ofrecida por los trabajos de Kirchhof,³⁹ aquello se convierte en un sólido indicio de que la Sala atribuye al concepto sólo una función clasificatoria y no normativa. Coherentemente, no le corresponde tampoco tras esta sentencia función de modelo normativo para ulteriores desarrollos constitucionales. A favor de esta conclusión se puede citar la variedad terminológica: para el objeto designado en algunas partes del fallo como *Staatenverbund* son usados también otras denominaciones, como por ejemplo el concepto de *Rechtsverbund einer zwischenstaatlichen Gemeinschaft* (Unión jurídica de una comunidad inter-estatal) (p. 183). Semejante variedad de denominaciones sería incompatible con una función normativa. Habría que indicar que la concepción “Unión jurídica

³⁹ Kirchhof, P., “Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration”, *HBSiR* VII, § 183 nota marginal 50 y ss.; *id.*, “Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten”, *HBSiR* I, § 19 nota marginal 18 y ss.; *id.*, “Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts”, en Hommelhoff y Kirchhof (coords.), *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, 1994, pp. 11, 12 en adelante.

de una comunidad inter-estatal” me parece más apropiada para la Unión ya que expresa mejor su carácter de poder público propio.

La gran expectación que el Tribunal había creado con este procedimiento impedía una recepción atrevida de las palabras y la construcción de la sentencia. Más bien indujo a errar la vía a numerosos intérpretes de la sentencia al asumir las concepciones marcadas por Paul Kirchhof (el ponente), en la medida en que leyeron la sentencia a la luz de sus publicaciones.⁴⁰ Desde ahí llegaron rápidamente a Carl Schmitt, y algunos intentaron concebir la sentencia como trabada por el espíritu del “jurista de cámara del III Reich”.⁴¹ También otros trabajos menos exaltados vieron la sentencia esencialmente a la luz de los trabajos del ponente y como la sanción constitucional de este planteamiento teórico.⁴²

6. *Sobre el papel del Parlamento europeo y los requisitos de la democracia europea*

También un análisis de los siguientes pasajes concernientes al Parlamento europeo muestran que este entendimiento de la sentencia es erróneo; sin embargo, también aquí el Tribunal dificulta la comprensión pues se yuxtaponen fragmentos de distintas concepciones de la aplicación del principio democrático en el ámbito supraestatal y transnacional. En la sentencia se emparentan elementos teóricos de dos concepciones alternativas de la democracia. Resulta esclarecedor en este punto observar el estado de la discusión en general.

Hay tres grandes concepciones sobre la cuestión democrática en la integración europea: pueden ser denominadas, aguzando, como el campo

⁴⁰ Similares concepciones en Pellet, A., “The Legal Bases of Community Law in International Law”, en Academy of European Law (ed.) (1996), *Collected Courses of the Academy of European Law*, Instituto Universitario Europeo, 1994, vol. V-2; en la ciencia política Scharpf, F., *op. cit.*, nota 15, pp. 19, 20; Moravcsik, A., “Preferences and Power in the European Community”, *JCMS*, 31, 1993, p. 473. La elaboración teórica de síntesis de esta concepción es encuentra en Kaufmann, M., *op. cit.*, nota 15, pp. 337 y ss., 430 y ss.

⁴¹ Especialmente resaltado por Mancini y Weiler (ambos en la nota 19).

⁴² Pernice, *op. cit.*, nota 28, artículo 23, LF, nota marginal 21; Mayer, F., *Kompenzüberschreitung und Letztentscheidung*, 2000, p. 101.

voluntarista, el campo de orientación ilustrada y el campo romántico-estatista.⁴³

El campo voluntarista considera la cuestión de la legitimación democrática de la Unión Europea esencialmente como una cuestión de configuración jurídico-constitucional e impulsa hacia una asimilación de la Constitución de la Unión a una Constitución de tipo federal con su correspondiente centralidad en el Parlamento europeo. La voz del campo voluntarista no se ha introducido en la redacción de la sentencia. Ello no significa que no tenga ningún portavoz. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en lo esencial a favor de este planteamiento en su sentencia sobre el caso *Matthews/Reino Unido*. La motivación de este fallo, que puede leerse como una crítica implícita a la sentencia *Maastricht* del TCF, concibe al Parlamento Europeo como el órgano democrático central.⁴⁴

Como punto de vista de orientación ilustrada se resumen aquí las opiniones basadas en la garantía de adecuadas vías de participación del individuo en él y que tratan de extrapolar la lógica de desarrollo usada hasta el momento en la Unión Europea. Se diferencian de la perspectiva voluntarista, por un lado por el énfasis en la legitimación básicamente dualista, por otro lado, por el alto valor concedido a los requisitos empíricos, que no son considerados como una consecuencia automática de las estipulaciones constitucionales.

Entiendo la sentencia de modo que la valoración central del Parlamento europeo (en las páginas 184-186) debe hacerse esencialmente a la luz de este criterio, postulándose por tanto una legitimación *dualista* del actuar de la Unión como directriz de la configuración institucional en garantía del principio democrático. El Tribunal acentúa en esas páginas la necesidad del Parlamento europeo, del cual ya se deriva en la actualidad (es decir, 1993) una legitimación democrática complementaria. Su papel legitimador se ve reforzado si se cumplen una serie de comprensibles exigencias que se mencionan en el párrafo segundo de la página 185 y en

⁴³ Cfr. von Bogdandy, A., "Supranationalität und staatliche Herrschaft", *HFR*, 1997, Contribución 5 (<http://www.humboldt-forum-recht.de/5-1997>).

⁴⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDDHH), Sentencia del 18 de febrero de 1999, *EuZ*, 1999, p. 308. Al respecto Ress, G., "Das Europäische Parlament als Gesetzgeber - Der Blickpunkt der EMRK", *ZeuS*, 1999, pp. 219, 226; vease también el discurso de Joschka Fischer (*op. cit.*, nota 13).

la primera frase de la página 186.⁴⁵ El Tribunal hubiese sido en esta parte de postulados más convincente y probablemente más influyente si no hubiese extraído los requisitos de la democracia europea exclusivamente de su propia jurisprudencia referida a la democracia alemana, sino que se hubiese esforzado en un ejercicio de derecho comparado y en una recepción de la investigación especializada internacional.

Puede llegarse a una fórmula firmemente limitativa de ulteriores desarrollos constitucionales desde la afirmación según la cual la legitimación democrática habría de obtenerse “ante todo” (“*zuvörderst*”) a través de los parlamentos nacionales (p. 184 y directriz 3a). La formulación establece, a primera vista, una primacía nacional. Sin embargo, dos órdenes de argumentos contradicen tal interpretación: en primer lugar la ausencia de una indicación normativa del correspondiente primado nacional (el concepto “*Staatenverbund*” no permite tal indicación —como ya se ha expuesto—), y en segundo lugar, la continuación de la reflexión con la expresión introductoria del cuarto párrafo “no obstante” (“*indessen*”). “Ante todo” es así parte de una simple descripción de la estructura de legitimación en el año 1992, pero no parte de un dato normativo de la Constitución.

Tampoco a la palabra “complementariamente” (“*ergänzend*”) en este cuarto apartado puede extraérsele el significado de primacía de la legitimación nacional. Una observación rigurosa lleva a que se trata sólo de la *necesidad* de una legitimación a través del Parlamento europeo pero no de una *limitación* de esta legitimación comunitaria directa. Sería erróneo entender esa expresión como un mandato de consideración secundaria de este órgano, carente además de sustento normativo, pues el TCF en este lugar recalca la *creciente* relevancia del Parlamento europeo. Mucho más convincente resulta la lectura a la luz de una constatación de la realización de una estructura de legitimación básicamente dual de la Unión Europea. Este entendimiento del término “complementariamente” como sinónimo del modo de legitimación dual se sostiene sobre una formulación en la página 185. Además se añade la legitimación democrática a través del Parlamento europeo “en la medida del crecimiento conjunto de las naciones europeas”, incrementándose con la necesaria interrelación con

⁴⁵ Una estricta comprensión de tal concepción deniega al Parlamento Europeo la cualidad de Parlamento y lo concibe como una asamblea de Estados, Kaufmann, M., *op. cit.*, nota 15, pp. 254, 260, 277.

los parlamentos nacionales, lo que en definitiva supone una estructura de legitimación dualista y paritaria para los actos de los órganos comunitarios. La prevalencia de esta formulación del sentido de la sentencia confirma su firme papel en la correspondiente directriz 3a.

Esta tendencia de una atmósfera argumentativa de orientación ilustrada desaparece en el segundo párrafo de la página 186 en favor de sólidos elementos románticos. Aquí se sostiene que sólo a través de los pueblos de los Estados se traslada “en la actualidad” la legitimación y en el último párrafo de esta página se presenta a la Unión “configurada primariamente por los gobiernos”. Desaparece la Unión como una propia entidad así como los elementos de autónoma legitimación a través del Parlamento europeo. En otros lugares de la sentencia se encuentran afirmaciones de similar inspiración (pp. 200 y ss.). Tales consideraciones pueden encuadrarse en un cuerpo teórico de origen en la teoría romántica que pone el acento en la formación histórica del pueblo.⁴⁶ El pueblo estatalmente configurado y socialmente integrado es además centro de gravedad y horizonte último del poder soberano democráticamente formado. En vista de las recíprocas conexiones entre Estado, pueblo y democracia, aparece el edificio de las instituciones democráticas más allá del pueblo y el Estado como poco fructífero, si no peligroso. Los escritos de Paul Kirchhof pueden ser entendidos de modo que se encuadren en esta corriente teórica.

Pero, ¿deben entenderse estos pasajes de la sentencia como una atribución a la Constitución de un correspondiente significado normativo del pueblo alemán, con las correspondientes restricciones para un desarrollo constitucional europeo, o se trata de una mera descripción de la situación actual de la Unión para preparar la ulterior subsunción en el fallo? Ya se ha aludido a la carencia de significado normativo del concepto “*Staatenverbund*”. En ningún lugar de la sentencia se designa este concepto como dato normativo de la Constitución, de modo que de la misma no pueden derivarse las correspondientes restricciones. Incluso la definición de democracia en la segunda premisa, que recurre al pueblo del Estado, no implica que la democracia sólo se pueda realizar en el contexto del Estado y el pueblo. Tal es así pues, en primer lugar, en ese fragmento se habla sólo de [competencias] “estatales” y no de competencias soberanas en ge-

⁴⁶ Aquí *in extenso* Dellavalle, S. en von Bogdandy, A. (coord.), *Die Europäische Option*, 1993, pp. 244 y ss.

neral y, en segundo lugar, se trata solamente de una definición parcial (“pertenece”). En ningún momento cuestiona la sentencia la cualidad parlamentaria del Parlamento europeo ni su papel de legitimación democrática, como implica una comprensión normativa de la necesaria correspondencia de democracia y pueblo.⁴⁷

Algunos autores sostienen un anclaje normativo implícito de la tendencia interpretativa romántica en la tercera frase del segundo párrafo de la página 186.⁴⁸ Me parece que ésta es una interpretación equivocada. Hay que partir de que se trata en este punto del proceso democrático *nacional* y su función y no del proceso europeo. Ni en una sola sílaba se afirma que la “relativa homogeneidad” sea requisito indispensable para el proceso democrático europeo. La duda sólo puede surgir porque se trata de la única indicación científica y entonces podría indicar que esta fuente alimente la concepción general de la democracia de la Sala. Pero la especulación va aún más allá de modo que la verdadera fuente no es la citada fuente (Hermann Heller) sino que la fuente está en la fuente: el texto de Carl Schmitt “El concepto de lo político”.⁴⁹

¿Cuál puede ser el sentido de todo este secreteo? Estos intérpretes son deudores de la respuesta. La Sala ha de condescender con el reproche; sin embargo, de haber amparado tales especulaciones pues la citada fuente no apoya en absoluto la afirmación que se le atribuye.

Heller expone en la fuente los requisitos de una democracia con el referente de los conflictos de clase de la República de Weimar. Así, deja él apartados como fenómenos del pasado, e incluso utiliza el *pluscuamperfecto*, los factores de integración común lengua, historia, cultura, a los que en ese punto se refiere la Sala: “En la modernidad europea (...) habían sido (*sic!*) los factores más importantes de la igualación psico-socio-

⁴⁷ Así, con extraordinaria agudeza y amplio análisis panorámico, Kaufmann, M., *op. cit.*, nota 15, pp. 69, 424 y ss.

⁴⁸ Mancini, *op. cit.*, nota 19, p. 393 en adelante; Weiler, *op. cit.*, nota 19, p. 1654 en adelante. La frase es: “Die Staaten bedürfen hinreichend bedeutsamer eigener Aufgabefelder, auf denen sich das jeweilige Staatsvolk in einem von ihm legitimierten und gesteuerten Prozeß politischer Willensbildung entfalten und artikulieren kann, und so dem, was es – relativ homogen – geistig, sozial und politisch verbindet (vgl. hierzu H. Heller, Politische Demokratie und soziale Homogenität, Gesammelte Schriften, 2. Band, 1971, S. 421[427 ff.]), rechtlichen Ausdruck zugeben”.

⁴⁹ Sobre las implicaciones más en profundidad Dubber, M. D., “The German Jury and the Metaphysical Volk: From Romantic Idealism to Nazi Ideology”, *American Journal of Comparative Law*, 43, 1995, pp. 227, 259 y ss.

lógica (“*sozialpsychologischen Angleichung*”) la lengua común, la cultura común y la historia política”.⁵⁰ En ningún momento afirma Heller que tal fuese todavía el caso en su tiempo. Señala tan sólo el antagonismo entre las clases y la desesperada situación del proletariado. Su afirmación central es que la democracia de Weimar dependía decisivamente de una única condición: las clases dominantes debían transmitir con credibilidad al proletariado que podría mejorar su situación material por las vías de la Constitución de Weimar. La función político-integradora de la nación claramente es considerada escasa por Heller, contemplando el Estado federal europeo expresamente como una opción política (p. 433):

A la propia clase dominante se le plantea como una cuestión muy problemática si el Estado nacional actual contribuye mejor a la autoconservación de la nación que un Estado federal europeo. Muy pronto la idea nacional se demostrará por este motivo como insuficiente para legitimar la integración política (*politische Einheitsbildung*).

El texto de Heller no respalda la afirmación del Tribunal. Pero aun mucho menos puede él confirmar la interpretación nacionalista de la sentencia, pues menciona un Estado federal europeo como una alternativa que precisamente no sigue el principio nacional-estatal. Sin embargo, tal afirmación no debe ser sobrevalorada pues este ensayo de Heller se encuentra en un contexto totalmente distinto: se trata de los requisitos de supervivencia de la República de Weimar, quebrada ésta por la lucha de clases.

En síntesis debe señalarse de la quinta premisa no pone en duda la función democrática del Parlamento europeo. Las declaraciones están además dominadas por una concepción dual de la legitimación que es postulada como un futuro modelo de los desarrollos constitucionales europeos. No se encuentran en la sentencia puntos de apoyo para estipulaciones normativas más allá de lo antedicho. Por lo tanto los masivos reproches al Tribunal no pueden sostenerse con los métodos establecidos de la interpretación de textos jurídicos.

⁵⁰ Heller, H., “Politische Demokratie und soziale Homogenität”, *Gesammelte Werke*, Leiden, 1971, pp. 421, 429.

7. Tareas “necesarias” del Parlamento alemán

A tenor de la sexta premisa, la función de legitimación del Bundestag exige que se le reserven una serie de tareas propias y unas competencias de peso sustancial (p. 186); una simple co-participación en el proceso europeo no puede así bastar. Esto se justifica con el razonamiento de que la función democrática-integradora sólo puede ser ejercida por un parlamento que tiene un ámbito propio de acción política autónoma. Este razonamiento es importante para el Tribunal como demuestra su inclusión en la directriz 3b. Aparentemente tenía el Tribunal la preocupación de que una democracia europea pudiese dañar el proceso democrático nacional. Este punto de vista se apoya en una cita de Heller que —como se ha señalado— poco aporta. Este argumento sobre el sentido las elecciones y las votaciones habría sido más conveniente⁵¹ si en lugar o junto a la recepción de Heller el Tribunal hubiera recibido las investigaciones más modernas sobre el papel social integrador de los parlamentos nacionales. A mi parecer esta declaración necesita una fundación. ¿Está la democracia en los Ländern alemanes en tan malas condiciones? A tenor de las premisas del Tribunal no debería haber en Hesse y Baviera ningún proceso democrático más, tan limitadas como están las posibilidades de acción de los parlamentos de los Ländern.

En síntesis se deducen unos requisitos de constitucionalidad de la ley de autorización en la fase de desarrollo de aquel momento (1993) del Parlamento europeo: el desarrollo competencial de la Unión europea debe depender de una aprobación por el Bundestag, éste ha de legitimar y controlar a los miembros alemanes del Consejo, por lo cual al Consejo ha de atribuírsele un significativo lugar en el conjunto institucional, y el Bundestag debe disponer de competencias sustanciales en la configuración de la propia política.

La séptima premisa es una concreción parcial de la sexta que afecta a las exigencias del control parlamentario del desarrollo competencial. Por un lado, el principio democrático de la Constitución en la situación de integración de 1992 requiere que una actualización de los Tratados, que amplíe las competencias de la Unión, deba ser aprobada por el Bundestag. La segunda exigencia implica que la amplitud de tareas y competen-

⁵¹ Di Fabio, U., *Das Recht offener Staaten*, 1998, p. 5, con referencia al caso Maasticht.

cias de los órganos comunitarios se “fijen de modo suficientemente determinable” (“*hinreichend bestimmbar festgelegt*”) (p. 187). Esta articulación sigue la dogmática de la reserva de ley como muestra el criterio de la “modificación sustancial” (p. 188). El Tribunal Constitucional establece con ello un parámetro de decisión que le concede —así al menos en la experiencia hasta ahora— una discrecionalidad prácticamente ilimitada para interrumpir procesos políticos molestos.⁵² Asimismo parece inapropiada la concepción de la legislación de la Unión a partir del modelo del reglamento de la Federación a la luz del procedimiento, finalidad y alcance (artículo 80.1.2, LF).⁵³ A pesar de estas debilidades en su concepción, el TJCE ha asumido el punto;⁵⁴ la relación entre el TJCE y el TCF ha mejorado sensiblemente.⁵⁵

III. CONCLUSIONES

La Constitución alemana vive en el curso de la integración europea, como las Constituciones de todos los países miembros, profundas reformas que no todas tienen reflejo en el texto de la Constitución (*cf.* artículos 23, 28.1.3, 88.2, LF). Si sólo se observa el texto, la influencia se limi-

⁵² *In extenso* von Bogdandy, A., *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, pp. 185 en adelante, 325 y ss.

⁵³ En este punto se encuentra la fórmula “actos jurídicos arrasadores” de los órganos europeos (p. 188 así como directriz 5). Me parece criticable e inapropiado no el concepto básico, sino más bien la formulación, ya que recuerda a peligrosos reos convictos o animales salvajes. Según la terminología general se trataría de competencias que no han respetado sus límites. Algunos lectores tomaron esta formulación, junto con la cita del juez Zuleeg del TJCE en este punto (p. 210), como *pars pro toto* interpretando una agresiva actitud de la Sala contra las instituciones europeas.

⁵⁴ *Cfr.* en especial Dictamen del TJCE 2/94 – Convención Europea de Derechos Humanos, Rec. 1996, p. I-1763, apdos. 26 y ss.; sentencia del TJCE del 5 de octubre de 2000, *Alemania ./. Parlamento y Consejo* (C-376/98), Rec. 2000, pp. 436 ss. En detalle: J. Martín y Pérez de Nanclares, *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, 1997; von Bogdandy, A. y Bast, J., “El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma”, en García Alonso, R. y García de Enterría, E. (coords.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, 2002.

⁵⁵ *Cfr.* en especial Limbach, J., “Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa”, *NJW*, 2001, pp. 2913, 2916 en adelante; mucho más crítico, sin embargo, el juez competente en el TCF, Broß, S., “Bundesverfassungsgericht – Europäischer Gerichtshof – Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte”, *Verwaltungsarchiv*, 2001, pp. 425 y ss.

taría a pocos puntos. Tal impresión es engañosa pues la influencia va mucho más allá.⁵⁶ No es discutible que las Constituciones de los Estados miembros se han convertido a raíz de la europeización en ordenamientos fragmentarios.⁵⁷ Ya no regulan el ejercicio de la totalidad del poder público frente al ciudadano, sino sólo una parte de él, aquella que no está determinada por el derecho de la Unión.⁵⁸ Como se sabe hay diversas opiniones sobre cómo debe ser comprendido el proceso de europeización.⁵⁹ No obstante resulta indudable que —con las eventuales excepciones de los casos de divergencia relevante entre las normas de derechos fundamentales alemanas y europeas— las normas europeas configuran la situación jurídica con independencia de las normas constitucionales nacionales. La europeización de las Constituciones nacionales debe reconocerse, en primer término, en que han abandonado su pretensión de totali-

⁵⁶ Cfr. Badura, P., “Bewahrung und Veränderung demokratischer und föderativer Verfassungsprinzipien der in Europa verbundenen Staaten”, *Zeitschrift für Schweizer Recht*, 109, 1990, pp. 115 y ss.; Battis, U. et al. (coords.), *Europäische Integration und nationale Verfassungen*, 1996; Cottier, B. (coord.), *Staatsrechtliche Auswirkungen einer Mitgliedschaft in den Europäischen Gemeinschaften*, 1991; Commichau, M., *Nationales Verfassungsrecht und europäische Gemeinschaftsverfassung*, 1998; Herdegen, M., “Die Belastbarkeit des Verfassungsgefüges auf dem Weg zur Europäischen Union”, *EuGRZ*, 1992, pp. 589 y ss.; Ipsen, H. P., “Europäische Verfassung – Nationale Verfassung”. *EuR*, 1987, pp. 195 y ss.; Steinberger, H. et al., “Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft”, *VVDStRL*, 50, 1991, pp. 10 y ss., 57 y ss., 99 y ss.; Pernice, I., “Maastricht, Staat und Demokratie”, *Die Verwaltung*, 26, 1993, pp. 449 y ss.; Scheuing, D., “Deutsches Verfassungsrecht und europäische Integration”, *EuR*, 1, 1997, pp. 7 y ss.

⁵⁷ Frowein, J. A., “Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten”, *EuR*, 1995, pp. 315, 318; Huber, P. M., “Europäisches und nationales Verfassungsrecht”, *VVDStRL*, 60, 2000, pp. 196, 208 y ss.; von Bogdandy, A., “Zweierlei Verfassungsrecht”, *Der Staat*, 39, 2000, pp. 163, 183 y ss.

⁵⁸ Tempranamente Kaiser, J. H., “Zur gegenwärtigen Differenzierung von Recht und Staat. Staatstheoretische Lehren der Integration”, *ÖstZfÖffR*, X, 60, 1959, pp. 413, 415; sobre la pretensión de totalidad van Gerven, W., “Toward a Coherent Constitutional System within the European Union”, *Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht*, vol. 55, 1995, p. 12.

⁵⁹ Sobre la situación de la discusión Hirsch, G., “Kompetenzverteilung zwischen EuGH und nationaler Gerichtsbarkeit”, *NVwZ*, 1998, pp. 907 y ss.; Isensee, J., “Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens”, *FS Stern*, 1997, pp. 1239 y ss.; Schmitt Glaeser, A., *Grundgesetz und Europarecht als Elemente Europäischen Verfassungsrechts*, 1996; Weiler, J. H. y Haltern, U., “Response: The Autonomy of the Community Legal Order”, *Harvard International Law Journal*, 37, 1996, pp. 411 y ss.

dad a favor del derecho de la Unión. En Alemania, como en el resto de los Estados miembros, rigen dos órdenes de derecho constitucional. Según el contexto normativo de la norma decisiva del caso serán aplicables, bien las disposiciones constitucionales estatales, bien las disposiciones de base de la Unión.⁶⁰

Teniendo en cuenta las graves y profundas consecuencias de la integración europea, junto con su imprevisible desarrollo, es de agradecer que la sentencia Maastricht acote con precisión el problema y lo sitúe en un marco de reflexión dogmático constitucional y teórico. Ciertamente no son necesarios los concretos pasos del razonamiento del tribunal. Esto no puede sorprender a la luz de la vaguedad del texto constitucional. Si se está de acuerdo con la interpretación de la sentencia aquí sostenida, sus afirmaciones esenciales resultan en la definición abierta de la relación entre ordenamientos constitucionales nacional y europeo, así como en la postulación del modelo de legitimación básicamente dualista.

La relación entre Constituciones nacionales y Constitución europea no es estable. Una estabilización probablemente necesita una forma conceptual que explique convincentemente la totalidad del conjunto de las Constituciones de los Estados miembros y de la Unión. Tales concepciones se dibujan aun sólo en sus primeros esbozos. A tenor de las premisas de la sentencia Maastricht del TCF los Tratados fundacionales de la Unión no podrán probablemente transformarse en una Constitución que incluya unitariamente la suma de la Unión y los Estados miembros ya que no puede despreciarse el potencial centrípeto de tal solución. Queda la alternativa de un *sistema* de Constituciones sectoriales interconectadas.

⁶⁰ La cuestión de si el derecho comunitario con primacía debe ser designado como Constitución no se desarrolla aquí; Díez-Picazo, L. M., "Reflexiones sobre la idea de Constitución europea", *Revista de Instituciones Europeas*, 1993, p. 533.