

COMENTARIO A LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
FEDERAL ALEMAN
DE 12 DE OCTUBRE DE 1993 (*)

BENITO ALAEZ CORRAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES: 1. *La sentencia como decisión en un procedimiento contencioso.* 2. *Objeto del recurso.* 3. *Motivos de los recurrentes.* 4. *Emisión de informes en el procedimiento.* 5. *La creación de un Estado europeo con el Tratado de la Unión.*—III. EL VACIAMIENTO DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 38 GG A TRAVÉS DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. *Elemento extrajurídico: la confrontación de fuerzas sociales.* 2. *Participación del Parlamento Europeo.* 3. *Suficiente participación de los órganos legislativos internos en el proceso de integración europea:* a) *La participación del Bundestag en la prestación del consentimiento para obligarse en el proceso de integración europea;* b) *Suficiente determinación y concreción de las competencias y tareas atribuidas en el Tratado de la Unión a las instituciones comunitarias;* c) *Permanencia en el seno del Bundestag de suficientes competencias de peso político sustancial.*—IV. REFLEXIONES CRÍTICAS FINALES: 1. *Las relaciones entre la Constitución y el Derecho comunitario.* 2. *La «estatalidad» y la Unión Europea.* 3. *La conculcación del principio democrático.*

I. INTRODUCCION

Hace casi dos meses —el 12 de octubre de 1993—, el Tribunal Constitu-

(*) El presente trabajo fue concluido a principios del mes de diciembre de 1993 y fue realizado con la principal intención de poner en conocimiento del ámbito jurídico el contenido y rasgos fundamentales de una decisión que por distintos motivos, tanto jurídicos como políticos, había sido esperada largo tiempo. Esta aclaración más que un intento de justificar las posibles afirmaciones criticables, que sin duda se hallarán en el mismo, tiene por finalidad motivar la omisión de distintos trabajos en lengua española, alemana o francesa que han ido apareciendo con posterioridad a la conclusión del mismo y que obviamente no pudieron ser tenidos en cuenta en el momento de su redacción. No es éste el lugar adecuado para proceder a una enumeración, ni siquiera ejemplificativa, de algunos de estos trabajos, la cual sería sin duda injusta. Baste, simplemente, recordar que algunos de los principales comentarios a la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 12 de octubre de 1993 (entre tanto, *BVerfGE* 89, 155) han sido objeto de publicación en números precedentes de esta misma Revista.

cional Federal alemán (Bundesverfassungsgericht —en adelante BVerfG—) adoptó una decisión en su sentencia sobre la constitucionalidad de la Unión Europea, que por sus consecuencias podría ser trascendental en el proceso de integración europea. El sentido de la sentencia aquí comentada, si bien sometido a condiciones, impulsa políticamente el proceso de integración europea y admite una mayor vinculación jurídica entre sí de los países firmantes tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE).

La sentencia del BVerfG viene, por otra parte, a marcar un hito en el proceso de construcción europea. Las peculiaridades del ordenamiento constitucional alemán —con un amplio sistema dirigido a garantizar la supremacía de la Constitución y su carácter de norma jurídica (1)—, así como el papel preponderante de este país en el proceso de integración europea, contribuyen a que la decisión del BVerfG trascienda las fronteras de la misma República Federal y su doctrina sobre las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional constituya para muchos un punto de referencia válido.

A pesar del tenor favorable a la ratificación del Tratado de su decisión, el Tribunal deja claro, como tendremos ocasión de observar, que la luz verde a las vinculaciones jurídicas del Tratado de Maastricht se halla ligada a una mínima conformidad de las mismas con el núcleo fundamental protegido por el artículo 79.III GG, lo que no deja de ser sino una afirmación de la superioridad de las normas constitucionales internas sobre las normas internacionales en que consista el Derecho comunitario (2). La inmodificabilidad de los principios funda-

(1) Por lo menos en lo que respecta a su constitución material en sentido schmittiano, la Ley fundamental de Bonn —en adelante GG— contiene estrictas previsiones en torno a la reforma constitucional (art. 79 GG), que, como ya ha sido remarcado por diversos sectores de la doctrina, constituye el núcleo esencial de la Constitución y la principal garantía de su carácter de norma jurídica suprema, de su continuidad e identidad; cfr. ISENSEE/KIRCHHOF, «Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland», Bd I, «§ 19 Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten», Rdn. 2, C. F. Müller, Heidelberg, 1987, pág. 776.

(2) Se enfrenta de este modo el BVerfG a la doctrina predominante en el sector internacionalista, cuyo máximo exponente en relación con el derecho comunitario es sin lugar a dudas el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), quien sostiene precisamente lo contrario, la superioridad en todo caso del derecho comunitario y, por consiguiente, la inoponibilidad de una norma constitucional a la aplicación del derecho comunitario originario o derivado; cfr. ASS. 6/64 «Costa/Enel» de 15-07-1964; ASS. 9/65 «Saint Michele» de 22-06-1965; ASS. 11/70 «Internationale Handelsgesellschaft» de 17-12-1970; ASS. 8/71 «Comisión c. Italia» de 13-07-1972». La doctrina internacionalista española se orienta también en el sentido de dar primacía al derecho comunitario sobre el derecho constitucional interno, previéndose la necesidad de modificar las disposiciones constitucionales internas por vía de reforma constitucional cuando éstas se oponen al derecho comunitario originario o derivado. En nuestro país, véase al respecto y dentro del mencionado sector la postura de ARACELI MANGAS MARTÍN, «Derecho comunitario europeo y Derecho español», Tecnos, Madrid, 1986, págs. 90, 140 y 141. No se manifiesta

mentales de democracia, estructura federal del Estado, Estado de derecho, Estado social, republicanismo y división de poderes (art. 20.I a III GG), así como el respeto a la dignidad humana (art. 1.I GG), constituyen en todo caso un límite a las posibles reformas de la Ley Fundamental que se puedan llevar a cabo en dirección a la efectiva consecución de la Unión Europea (3).

Este trabajo pretende dar cuenta sumariamente y con cierta premura, dado lo reciente de la sentencia, de los principales problemas constitucionales con los que el BVerfG se ha enfrentado; de ahí que su estructura pretenda seguir el hilo argumental del Tribunal Constitucional Federal. Se expondrán, por tanto, en primer término, los antecedentes que dieron lugar a esta decisión para pasar después a examinar el principal problema constitucional que a juicio del Tribunal resultaba ser el controvertido en este caso, en concreto, «el derecho a participar en la legitimación del poder estatal y a influir en su ejercicio mediante la elección democrática directa del Bundestag», finalizando con unas reflexiones críticas sobre la problemática relativa a las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho constitucional interno, el principio de «estatalidad» y el principio democrático, sus consecuencias y repercusiones para los ordenamientos jurídicos alemán y español.

II. ANTECEDENTES

Bajo la rúbrica «antecedentes», se pretende hacer mención a una serie de cuestiones jurídicas que son de relevancia en el sentido del fallo o ponen de relieve peculiaridades de este proceso constitucional en la República Federal más que a los antecedentes en sentido procesal de la sentencia. La naturaleza contenciosa del procedimiento al tratarse de la resolución de un recurso de amparo, la impugnación de dos leyes federales cuyo contenido está en íntima relación con el contenido que se le otorgue a la soberanía o «estatalidad» y al principio democrático, así como la representatividad del derecho fundamental que se alega como vulnerado con respecto al principio democrático, requieren

expresamente la autora acerca de cuál sea la situación jurídica en el período que media entre la constatación de contradicción entre la norma comunitaria y la norma constitucional interna y la efectiva entrada en vigor de la reforma constitucional, que adapta el texto constitucional al derecho comunitario; sin embargo, conforme a su afirmación inicial de superioridad del Derecho comunitario, habría que entender que se excluye la aplicación de la norma constitucional y es de aplicación la norma comunitaria.

(3) Con respecto al contenido de dicho precepto y su vinculabilidad para el Derecho comunitario como límite infranqueable, véase SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, «*Kommentar zum Grundgesetz*», artículo 79, Luchterhand, Neuwied 1990, Rdn. 10 sigs., págs. 911 sigs.

una mínima atención para comprender que el Tribunal Constitucional Federal se enfrenta realmente con los verdaderos problemas que representa el Tratado de la Unión, en concreto, el de la mutación o pérdida de la soberanía estatal y el del respeto al principio democrático.

1. *La sentencia como decisión en un procedimiento contencioso*

En primer lugar, destaca el hecho de que estamos ante una resolución dictada por el BVerfG en un procedimiento contencioso, consecuencia de dos recursos de amparo. Esto marca una cierta distancia con la naturaleza de la resolución adoptada por nuestro Tribunal Constitucional con ocasión de su pronunciamiento acerca del mismo tema a requerimiento del Gobierno de la nación, al haberse tratado en este último caso de una declaración sobre la posible contradicción del TUE con el texto constitucional sobre la base de la consulta previa prescrita por el artículo 95.2 CE (4). La inexistencia de un procedimiento previo (5) equivalente ante la jurisdicción constitucional en el ordenamiento jurídico alemán explicaría que haya sido un recurso de amparo la vía adoptada para la impugnación *a posteriori* de la Ley de Ratificación del Tratado (6).

2. *Objeto del recurso*

El objeto del recurso ha sido la inconstitucionalidad de dos normas, la Ley

(4) Véase la Decisión del TC de 1 de julio de 1992.

(5) Ya desde la *BVerfGE* 36, 1, 15 se ha desarrollado jurisprudencialmente la posibilidad de un control previo de la norma interna que autoriza a la celebración del tratado internacional, pero en ningún caso de la norma internacional. Al respecto de este procedimiento de control previo, véase MAUNZ/SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN/ULSAMER, «Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar», «§ 13 *BVerfGG*», C. H. Beck, München, 1993, Rdn. 65, pág. 35.

(6) Acerca de si el Derecho comunitario, tanto originario como derivado, puede ser medido a la luz de la Ley Fundamental de Bonn, en concreto de la garantía mínima de los derechos fundamentales que ésta contiene, el *BVerfG*, tras una *evolución lenta y llena de oscilaciones* en uno y otro sentido (no controlar el derecho comunitario originario en sí mismo, sino sólo la Ley de Ratificación de los Tratados, *BVerfGE* 52, 187. Cfr. THORSTEN STEIN, «La jurisprudencia de los tribunales alemanes en relación con el Derecho comunitario europeo», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 9, núm. 3, 1982, págs. 802-803; así como medir la constitucionalidad del Derecho comunitario en todo caso con respecto al derecho constitucional alemán, *BVerfGE* 37, 271), se inclina en esta última sentencia por reafirmar esta última tendencia, y en «obiter dictum», reiterar la posibilidad de control de constitucionalidad directo de los actos de normación de las Comunidades Europeas, apartándose expresamente de su doctrina de la decisión *BVerfGE* 58, 1, (27) (Cfr. *Sentencia del BVerfG* de 12-10-1993, FJ B, 2, b).

de Ratificación del TUE de 28 de diciembre de 1992 y la Ley de Reforma de la Ley Fundamental de 21 de diciembre de 1992 (7), a diferencia del objeto de la Declaración del TC, que fue la inconstitucionalidad del Tratado de la Unión Europea por contradicción con el artículo 13.2 CE, su subsanabilidad, en su caso, por vía del artículo 93 CE y, en caso contrario, la cuestión de si la reforma del artículo 13.2 CE debía hacerse por vía del artículo 167 CE o era necesario acudir a la del artículo 168 CE.

El dualismo dogmático (8) que se halla latente en la concepción de las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional en general, o el Derecho comunitario en particular, explica que en el ordenamiento alemán no sea posible, en principio, el enjuiciamiento de las normas de origen internacional por el BVerfG, axioma que parece quebrar el BVerfG, como veremos seguidamente, en lo que a la salvaguardia de los derechos fundamentales respecta frente a actos normativos del poder público comunitario.

3. *Motivos de los recurrentes*

Entre los motivos que alegan los recurrentes y que, salvo uno —el referido a la posible conculcación del Derecho derivado del artículo 38.I GG a «coparticipar en la legitimación democrática del poder estatal y confluir en su ejercicio a través de la elección del Bundestag»—, fueron inadmitidos previamente a la decisión sobre el fondo del recurso por el BVerfG, destaca, en primer término, la apelación al derecho de resistencia recogido en el artículo 20.IV GG (9).

(7) Dicha Ley de Reforma constitucional supuso la modificación de cuatro preceptos de la Ley Fundamental: se introdujo el *nuevo artículo 23 GG*, en el que se establece la integración europea a través del Tratado de la Unión como un «fin de Estado» (*Staatszielbestimmung*), y al mismo tiempo se establecen los límites constitucionales a su realización y desarrollo, así como las modalidades de participación de los diversos órganos de la Federación y de los Estados en la realización del mismo; el *artículo 28 GG* sufre una modificación consistente en la introducción en su texto del derecho de sufragio pasivo para los nacionales de un Estado miembro de la Unión; el *artículo 52.III GG* es completado con una letra *a*, bajo la cual se recoge la posibilidad de crear una comisión para asuntos europeos dentro del Consejo Federal (Bundesrat); finalmente, el *artículo 88 GG* incorpora en su segunda parte la posibilidad de transmitir competencias, hasta ahora pertenecientes al Bundesbank, de éste al Banco Central Europeo que en el futuro se constituya.

(8) Respecto de la distinción entre las concepciones monista y dualista del ordenamiento, cfr. HANS KELSEN, «Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht» (1958), en *Die wiener rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag, Viena y otros 1968, págs. 2214 y sigs.

(9) Este derecho inexistente en nuestro Ordenamiento constitucional, fruto de la experiencia histórica alemana durante el Tercer Reich, otorga, como es sabido, la habilitación jurídica a cualquier ciudadano alemán para resistir contra todo aquel que pretenda eliminar el orden democrático constitucional en la medida en la que no sea posible otro medio de auxilio.

El recurrente pretende poner en relación el derecho de resistencia con la legitimación para el recurso de amparo ante el BVerfG contenida en el artículo 93.I, núm. 4.a), GG. Entiende que el ejercicio del recurso de amparo supone el ejercicio de «otros medios de auxilio» —previos al ya de «por sí violento» ejercicio del derecho de resistencia— frente a un poder público que pretendiese, mediante las Leyes de Ratificación y Reforma, subvertir los fundamentos básicos del orden democrático-constitucional alemán. El BVerfG debería actuar, a su juicio, como «defensor de la Constitución» (10), representada ésta por su núcleo esencial e indisponible. Sería, por consiguiente, obligación del BVerfG estimar el recurso para evitar con su desestimación el «agotamiento de los medios jurídicos de auxilio» y no poner a los recurrentes en la tesitura de tener que ejercer el derecho de resistencia. El Tribunal Constitucional Federal rechaza esta fundamentación de amparo por entender que la vía del recurso de amparo denota precisamente la existencia de los «otros medios — jurídicos— de auxilio» que prevé el artículo 20.IV GG y que excluyen la concurrencia del derecho de resistencia. Tras esta poco esclarecedora afirmación del BVerfG hay que entender que con la existencia de una decisión fundada en derecho que respete los fundamentos básicos del orden democrático-constitucional alemán, como lo ha de ser la decisión aquí comentada, se dará por satisfecha la exigencia del artículo 20.IV GG y no habrá lugar al ejercicio constitucional del derecho de resistencia (11).

Tampoco admite el BVerfG el argumento del recurrente, relativo a que sus derechos fundamentales se verían lesionados por quedar éstos garantizados tras la entrada en vigor del TUE no sólo para Alemania y por tribunales alemanes, sino para todo el ámbito comunitario y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aquéllos se convertirían así en derechos fundamentales europeos y recibirían un contenido distinto, que dada la heterogeneidad de los Es-

(10) La necesidad de un defensor de la Constitución fue ya a principios de siglo apreciada, con una retrospectiva histórica, por CARL SCHMITT en su obra *«Der Hüter der Verfassung»*, Duncker und Humblot, Berlín, 1931, aunque en su caso y dada la inexistencia en la República de Weimar de un Tribunal Constitucional, tal y como hoy es entendido, dicho papel hubiese de recaer a su juicio en el Presidente de la República.

(11) A pesar de la vaguedad y abstracción de la fórmula constitucional del artículo 20.IV GG, en especial en lo referente a los requisitos del derecho de resistencia —cfr. KONRAD HESSE, *«Grundzüge des Verfassungsrechts»*, C. F. Müller, Heidelberg 1984, Rdn. 760, pág. 283—, es necesario que todos los instrumentos jurídicos previstos en el ordenamiento ofrezcan tan poca garantía de un efectivo auxilio, que sólo quede expedito el recurso al derecho de resistencia —SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, *«Kommentar zum Grundgesetz»*, art. 20.IV, cit., Rdn. 22, pág. 442—, lo que evidentemente no parece ser el caso, pues, si el medio jurídico del recurso de amparo hubiese ofrecido al recurrente tan pocas garantías como las requeridas, previsiblemente no hubiese acudido a él.

tados miembros redundaría en una rebaja en su protección. El BVerfG, apelando a su más reciente doctrina, tras sufrir una evolución en sus diversas sentencias (12), afirma su irrenunciable competencia para controlar la constitucionalidad del Derecho comunitario —y, por tanto, para controlar la compatibilidad de éste con el *standard* mínimo de los derechos fundamentales— (13) y así garantizar el efectivo respeto por las autoridades comunitarias hacia los derechos fundamentales, admitiendo, no obstante, hallarse en una «relación de cooperación» (*Kooperationsverhältnis*) con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el cumplimiento de dicha función de garante (14). Con ello, el BVerfG disiparía las dudas que a tenor de su evolución jurisprudencial pudieran haberse suscitado acerca de si el carácter normativo supremo de los derechos fundamentales recogidos en la GG ha desaparecido o se ha visto merchado como consecuencia de la aplicabilidad en el territorio alemán de un nuevo ordenamiento jurídico distinto. Si bien el BVerfG no concreta expresamente los términos en que deba desarrollarse esta relación de cooperación, se ha de entender a la luz de la nueva normativa constitucional establecida en el artículo 23 GG que el Tribunal Constitucional Federal se erige, en último ex-

(12) El BVerfG vuelve en la sentencia de 12-10-1993 a la doctrina por él sentada en las conocidas decisiones «Solange I» y «Solange II» —*BVerfGE* 37, 271 (280 sigs.) y *BVerfGE* 73, 339 (376 sigs.)—, pero que se había visto interrumpida en algunos momentos por una doctrina de signo contrario, más proclive a excluir o por lo menos limitar ampliamente el examen del derecho convencional derivado —*BVerfGE* 58, 1 (27)—, de la que se aparta. En la primera de aquellas decisiones Solange, el BVerfG condiciona la renuncia a seguir ejerciendo su competencia para proteger los derechos fundamentales contra injerencias del poder público alemán (pues la injerencia que se controlaba en el recurso de amparo era en todo caso el acto de ejecución del Derecho comunitario derivado por parte de las autoridades alemanas y no el Derecho comunitario derivado en sí mismo), así como la transferencia de dicha misión al TJUE, a que (Solange —«en tanto que»—) el Derecho comunitario y el tribunal sigan ofreciendo un grado de protección suficiente; en la segunda consideraba como preexistente ese grado suficiente de protección y decidía abstenerse de conocer de estos supuestos mientras se mantuviese la condición preestablecida. La competencia del BVerfG se deja en manos del TJUE en la medida en que el Tribunal Constitucional Federal no haya apreciado una merma en el grado de protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario que haga incompatible con la Ley Fundamental y su normatividad la subsistencia en el ordenamiento alemán de las normas de Derecho comunitario. Parece, por tanto, necesario un control en cada caso de si dicha protección se ha garantizado efectivamente o no, aunque el BVerfG no deja claro del todo en la sentencia en qué haya de consistir esta relación de cooperación.

(13) En este sentido, véase BLEKMANN/PIEPER, «Maastricht, die grundgesetzliche Ordnung und die “Superrevisionsinstanz”», *Recht der Internationalen Wirtschaft*, núm. 12, 1993, pág. 977. En relación con la anterior postura tanto jurisprudencial como doctrinal respecto de las funciones de control del BVerfG en materia comunitaria, véase MAUNZ/DÜRIG, «*Grundgesetz Kommentar*», art. 24 GG, C. H. BECK, München, 1992, Rdn. 151, pág. 90.

(14) Modificando así en parte el sentido de las dos decisiones antes mencionadas.

tremo, en garante de la supremacía de la Constitución y por ello de los derechos fundamentales mismos en ella recogidos.

4. *Emisión de informes en el procedimiento*

Merece atención una cuestión de naturaleza procesal que caracteriza este procedimiento. Se trata de la emisión de informes, tanto preceptivos como facultativos, por parte de otros órganos estatales y comunitarios con respecto a la interpretación que se haya de dar del sentido de determinados preceptos del Tratado de la Unión. Tanto el Bundestag y el Bundesrat como el Gobierno Federal emitieron sus respectivos pareceres por imperativo del § 94.IV en relación con el § 77 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgerichtsgesetz —BVerfGG—). El director del Banco Federal (Bundesbank), así como el director de los servicios jurídicos de la Comisión Europea, emitieron también sus informes a petición del BVerfG (15). La participación —aunque sea a mero título informativo y no vinculante— de un órgano de las Comunidades se explica por la falta de claridad en la interpretación de lo que deban significar diversos principios y reglas contenidas en el Tratado de la Unión, y por la necesidad para el BVerfG de comparar las interpretaciones que le daban tanto los órganos legislativo y ejecutivo de la República Federal como las propias instituciones comunitarias. Son quizá perceptibles en esta actuación del BVerfG tanto el marcado carácter y trascendencia política de la decisión como su intento de mantenerse —dentro del respeto a la Ley Fundamental— en una posición políticamente neutral que le corresponde a un Tribunal Constitucional, a quien no compete función de «indirizzio politico» alguna, ni siquiera en la política comunitaria.

5. *La creación de un Estado europeo con el Tratado de la Unión*

Finalmente, resulta decisivo el planteamiento del que parte el BVerfG res-

(15) El Ordenamiento constitucional español no prevé expresamente una posibilidad similar de aplicación analógica a los recursos de amparo de las disposiciones sobre información de los órganos constitucionales previsto para el caso de conflictos de competencia con las Comunidades Autónomas. No se puede ver en el artículo 88 de la LOTC una disposición parecida a las mencionadas del Derecho alemán, en la medida en la que este artículo se refiere a informes relativos al acto o disposición objeto de impugnación, mientras que los informes emitidos por los órganos constitucionales alemanes no se referían a las Leyes de Ratificación o Reforma constitucional impugnadas, sino a la interpretación del TUE que a ambas normas subyacía.

pecto del auténtico significado jurídico de conjunto del Tratado de la Unión Europea. Para el BVerfG, el TUE no supone en ningún caso la creación de un «Estado europeo» (16) sobre la base de un pueblo europeo, sino que los Estados firmantes del tratado se enfrentan a un nuevo estadio del proceso de construcción europea, permaneciendo, no obstante, siempre en el marco de un convenio entre Estados que se ponen de acuerdo para ejercer conjuntamente su soberanía.

Sobre esta base, el BVerfG no entra a considerar si la Ley Fundamental permite o no a Alemania participar en la creación de tal nueva entidad (17). La participación en una organización internacional de integración como lo es la Unión Europea —y lo eran ya antes las propias Comunidades Europeas— es una posibilidad más a la que estuvo desde un principio abierta la Ley Fundamental de Bonn, viéndose esta participación incluso impulsada a tenor de la

(16) Parte de la doctrina ya se había manifestado en el sentido de que Maastricht no suponía el fin de la «estatalidad democrática» en la medida en la que con el Tratado ni se crea un Estado europeo ni se termina con la estatalidad de los sujetos parte en el mismo; cfr. CARL OTTO LENZ, «Vertrag von Maastricht - Ende demokratischer Staatlichkeit?», *Neue Juristische Wochen Schrift* (en adelante NJW) núm. 31, 1993, pág. 1963. Por el contrario, algunas voces se manifiestan en el sentido de considerar al Tratado de la Unión como una alteración sustancial y un abandono de los fundamentos básicos (protegidos por el artículo 79.III GG) de la GG, incluida la estatalidad de la República Federal, de la que parte la legitimación de la Ley Fundamental. El poder constituyente que legitima la GG no sería ya más fundamento de la situación constitucional creada por la vía de la reforma de su texto para adaptarlo a las exigencias del TUE, y por ello mismo, dicha nueva situación ha de buscar su propia legitimación fuera de la legitimación de la Ley Fundamental de 1949; cfr. HANS HEINRICH RUPP, «Muß das Volk über den Vertrag von Maastricht entscheiden?», *NJW*, núm. 1, 1993, págs. 39-40; DIETRICH MURSWIEK, «Maastricht und der pouvoir constituant», *Der Staat*, núm. 32, 1993, págs. 161 sigs. En opinión de este último autor, la Ley de Ratificación del TUE y la Ley de Reforma constitucional, introductora del nuevo artículo 23 GG, implican una vulneración del artículo 79.III GG, en concreto de uno de sus fundamentos básicos, el de soberanía estatal de la República Federal, cuyo contenido esencial se extrae de la interpretación conjunta de los artículos 20.I y 24.I GG; la razón de esta contradicción entre ambas Leyes y la normativa constitucional radica en que la GG sólo da cobertura a la cesión de singulares y concretas competencias soberanas —en ningún caso de bloques enteros de materias con todas las competencias anejas a los mismos, como ocurre con el Tratado de Maastricht—, y manteniéndose siempre y en todo caso la soberanía estatal de la República Federal, presupuesto de la Ley Fundamental. Una pérdida en la soberanía estatal de la República Federal, con la creación o sin ella de un Estado europeo federal, como acontece en el caso de Maastricht, implicaría no sólo una vulneración del artículo 79.III GG en relación con los artículos 20.I y 24.I GG, sino igualmente una vulneración del artículo 146 GG, que exige una operación constituyente del pueblo, titular de este poder según lo define la GG, para modificar el «status» de la Ley Fundamental, que sería no ya el de una Constitución de un Estado soberano, sino el de una Constitución de un Estado no soberano, integrado en una organización o acaso en un Estado europeo, y para la que no bastaría una operación de reforma constitucional.

(17) Sentencia del BVerfG de 12-10-1993, FJ C, II.

proclamación de europeísmo que el constituyente alemán de 1949 realizó en el Preámbulo (18).

En su interpretación del Tratado de la Unión, el BVerfG considera que éste tiene en cuenta la independencia y soberanía de los Estados miembros, vinculándose los Estados firmantes al respeto de la identidad nacional de cada uno de ellos (art. F del TUE) y dotando a las instituciones comunitarias de competencias conforme a los principios de limitación e individualización de las competencias y de subsidiariedad (19).

III. EL VACIAMIENTO DEL CONTENIDO DEL ARTICULO 38 GG A TRAVES DEL TRATADO DE LA UNION EUROPEA

Partiendo del hecho de que el Tribunal Constitucional Federal no considera que Maastricht implique la cesación de la existencia de Alemania como Estado (*a sensu contrario*, en la medida en la que no implica la creación de un Estado europeo), el aspecto verdaderamente problemático se presenta en relación con el principio democrático y el posible déficit democrático de las instituciones comunitarias (20), que al ver ampliadas sus competencias podrían conllevar el vaciamiento del contenido de dicho principio y del mínimo esencial de los derechos fundamentales manifestación del mismo, que la GG establece como presupuestos irrenunciables del orden constitucional alemán.

Como ya se había advertido anteriormente, el artículo 38 GG recoge el derecho público subjetivo de que goza todo nacional alemán a «participar, me-

(18) Cfr. PRÄAMBEL GG: «...als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen». En este pasaje, el Preámbulo manifiesta la voluntad de la RFA de contribuir a la paz mundial como «miembro equiparado en derechos dentro de una Europa unida».

(19) En apoyo de estas consideraciones, el BVerfG esgrime diversos argumentos, como la declaración del canciller federal, en el sentido de negar la creación de unos «Estados Unidos europeos» al estilo norteamericano, el nuevo artículo 88 de la Constitución de la República Francesa —este precepto se expresa en el sentido de considerar a la Unión Europea como una Asociación de Estados libres— y, finalmente, el hecho de que la aplicabilidad del derecho derivado del TUE dependa del acto jurídico de ratificación que mediante ley ha llevado a cabo el poder legislativo de la RFA (sentencia de 12-10-1993, FJ C, II).

(20) Sobre la existencia de un déficit democrático en la Comunidad, véase PETER HÄBERLE, «Verfassungsrechtliche Fragen im Prozeß der europäischen Einigung», *Europäische Grundrechten Zeitschrift* (en adelante EuGRZ), núm. 18, 1992, pág. 432, para quien Maastricht, tanto con su declaración de la vocación democrática de la Unión y sus instituciones, como con la introducción del derecho de sufragio activo en las elecciones locales para ciudadanos miembros de la Comunidad, mejora, aunque poco, la falta de legitimidad democrática de las Comunidades y el Estado nacional se muestra en el campo de la democracia como aún más propiamente dotado de sentido.

dian­te la elec­ción del Bun­des­tag, en la legiti­ma­ción demo­crá­tica del poder es­tatal y a influir en su ejer­cicio». Al BVerfG le com­pete, con­forme al artículo 93.I, núm. 4.a), GG, deter­mi­nar si dicho dere­cho se ha visto le­sio­na­do. En la medida en la que el Bun­des­tag trans­mite a las ins­ti­tu­cio­nes co­mu­ni­ta­rias com­pe­ten­cias y ta­reas, en es­pe­cial las legi­sla­ti­vas y las de elec­ción y con­trol de otros por­ta­do­res de poder pú­blico, se ve afec­ta­do el ámbi­to ma­te­rial al que se re­fiere el con­te­ni­do demo­crá­tico del artículo 38 GG. El artículo 23 GG (21), re­cientemente in­tro­du­ci­do por obra de la Ley de Re­for­ma de la Ley Fun­da­men­tal, al­tera el con­te­ni­do ga­ran­ti­za­do por el artículo 38 GG al ha­bi­li­tar al le­gis­la­dor fe­de­ral para trans­mitir com­pe­ten­cias cons­ti­tu­cio­na­les a la Unión Eu­ro­pea y a las Co­mu­ni­da­des que a ésta co­rres­pon­den.

El artículo 23.I GG con­tiene una deter­mi­na­ción de fin de Es­tado (*Staats­ziel­be­stimm­ung*) (22) que se ha­bía he­cho ne­ce­sa­ria con el de­ci­si­vo pa­so da­do en la Unión Eu­ro­pea del Tra­ta­do de Maas­tricht, pues parte de la doc­tri­na (23)

(21) Por su im­por­tan­cia pa­rece o­por­tuno trans­cri­bir ín­te­gra­mente el texto tra­du­ci­do del pri­mer apa­rta­do de este *nuevo artículo 23 de la Ley Fun­da­men­tal*: «Con el fin de re­a­li­zar una Eu­ro­pa unida, la RFA co­o­pe­ra en el de­sar­rol­lo de la Unión eu­ro­pea, que se halla vin­cu­lada por los prin­ci­pios demo­crá­tico, de Es­tado de dere­cho, so­cial y fe­de­ral, así como por el prin­ci­pio de sub­si­diariedad, y ga­ran­ti­za una pro­tec­ción de los dere­chos fun­da­men­ta­les es­en­cialmente equi­para­ble a la de esta Ley Fun­da­men­tal. La Fe­de­ra­ción puede trans­mitir para ello y me­diante ley, con el con­sen­ti­miento del Bun­des­rat, com­pe­ten­cias so­beranas. El artículo 79.I y II GG es de apli­ca­ción a la fun­da­ción de la Unión eu­ro­pea, así como a la re­for­ma de sus fun­da­men­tos con­tractuales y otras reglas si­mi­la­res, a con­se­cuencia de las cuales haya de ser re­for­mada o com­ple­ta­da o haya de fa­ci­li­tar­se este cam­bio cons­ti­tu­cio­nal de la Ley Fun­da­men­tal».

(22) Cfr. RUPPERT SCHOLZ, «Grundgesetz und europäische Einigung», *NJW*, núm. 41, 1992, pág. 2598; RUPPERT SCHOLZ, «Europäische Union und Verfassungsreform», *NJW*, núm. 27, 1993, pág. 1691. Por deter­mi­na­ción de fin de Es­tado he­mos de en­ten­der un prin­ci­pio pro­gra­má­tico in­spi­ra­dor de la ac­tuación del poder pú­blico de la ley fun­da­men­tal, mar­can­do ob­je­ti­vos que éste debe ten­der a al­can­zar.

(23) Cfr. RUPPERT SCHOLZ, «Grundgesetz und europäische Einigung», cit., págs. 2593 y sigs.; HANS HEINRICH RUPP, «Muß das Volk über den Vertrag von Maastricht entscheiden?», cit., pág. 39; DIETRICH MURSWIEK, «Maastricht und der pouvoir constituant», cit., pág. 184. Para este úl­ti­mo, el artículo 24.I GG, adema­s de no ha­bi­li­tar a la cesión de blo­ques de com­pe­ten­cias so­beranas, sino sólo de sin­gu­la­res com­pe­ten­cias so­beranas, con­sti­tu­ye parte del con­te­ni­do es­en­cial, como lí­mite, de la «de­ci­sión fun­da­men­tal de so­beranía es­tatal», que es con­forme al artículo 20 GG fun­da­men­to de la Ley Fun­da­men­tal, y es, por tanto, con­forme al artículo 79.III GG, in­dis­po­nible hasta para el le­gis­la­dor de re­for­ma cons­ti­tu­cio­nal —mucho me­nos para el le­gis­la­dor fe­de­ral or­di­na­rio—, pues con­lle­varía poner la Cons­ti­tu­ción misma a dis­po­si­ción de un poder con­sti­tu­ido, algo que sólo sería com­pe­ten­cia del poder con­sti­tu­yente. A los efec­tos de en­con­trar un fun­da­men­to cons­ti­tu­cio­nal dis­ti­n­to al que ofre­cía el artículo 24.I GG, la *co­misión cons­ti­tu­cio­nal con­jun­ta* pre­sen­tó ante el Bun­des­tag y el Bun­des­rat sus *re­comen­da­cio­nes para la re­for­ma de la Ley Fun­da­men­tal* —por acuer­dos de 26-06 y 15-10 de 1992—, fru­to del en­ten­di­miento de que con el Tra­ta­do de la Unión Eu­ro­pea se es­ta­ba da­n­do un sal­to cuali­ta­ti­vo en el pro­ce­so de in­te­gra­ción eu­ro­pea, con­cre­ta­mente ha­cia la uni­dad po­lí­tica.

no veía en el artículo 24.I GG suficiente fundamento para las cesiones de soberanía que implicaba el proceso de integración política europea. El nuevo precepto venía, por consiguiente, a satisfacer dos exigencias: de un lado, la de los partidarios de la máxima apertura al proceso de integración europea, estableciendo un marco jurídico indiscutido para proceder al desarrollo de éste; de otro, la de los intereses nacionales de la soberanía del pueblo alemán, estableciendo mecanismos de control que garanticen el mantenimiento de la estructura fundamental y los principios básicos del sistema constitucional alemán (24).

La posible inconstitucionalidad de la Ley de Reforma constitucional que introduce este nuevo artículo, por conculcar el derecho reconocido en el artículo 38.I GG, dependerá, en palabras del BVerfG, «de que sea alcanzado un nivel de legitimación determinado, un contenido suficiente de legitimación democrática» (25), como el propio tribunal ya había puesto de manifiesto en decisiones anteriores (26). Se trata de un límite al que el propio artículo 23.I GG, fruto de la reforma constitucional, somete la cooperación del Estado alemán en la integración europea, pues toda nueva reforma de la Ley Fundamental que sea necesaria para la fundación, reforma o completamiento de la Unión Europea deberá respetar el «núcleo esencial intangible» e indisponible para el poder constituido de reforma que contiene el artículo 79.III GG. Entre los valores esenciales a los que el artículo 79.III GG dota de absoluta inmodificabilidad se halla el principio de Estado democrático del artículo 20.I y II GG, una de cuyas manifestaciones es el derecho fundamental que se recoge en el artículo 38.I GG.

Para comprobar si el derecho público subjetivo contenido en el artículo 38.I GG ha sido vaciado de contenido, el BVerfG analiza cuál es el grado de legitimación democrática que poseen los órganos con competencias legislativas sobre la RFA y si dicho grado de legitimación es suficiente, así como hasta dónde puede llegar el proceso de integración sin hacer la legitimación democrática ineficaz. La legitimación democrática de las Comunidades Europeas tiene, a juicio del BVerfG, tres cauces de expresión: el Parlamento Europeo, los diferentes parlamentos nacionales y, como vía de expresión extra-jurídica, la confrontación de fuerzas sociales a través de la libre discusión, el intercambio social, etc. De que entre las tres se alcance un suficiente grado de

(24) En palabras de RUPPERT SCHOLZ, «Grundgesetz und europäische Einigung», cit., pág. 2598, el artículo 23 GG constituiría tanto una «cláusula de apertura a la integración» (*Integrationsöffnungsklausel*) como una «cláusula de seguridad para la estructura» (*Struktursicherungsklausel*).

(25) Sentencia del BVerfG de 12-10-1993, FJ C, I.

(26) BVerfGE 83, 60 (72).

legitimación democrática depende que la ratificación del TUE y la Ley de Reforma constitucional no hayan vulnerado el artículo 38.I GG. Procedamos a su análisis:

1. *Elemento extrajurídico: la confrontación de fuerzas sociales*

«La confrontación de las fuerzas sociales, de sus ideas e intereses sólo se puede articular si los procedimientos de decisión en ejercicio del poder público, y, por consiguiente, los fines políticos perseguidos, le son previsibles y comprensibles al ciudadano, y si éste, como elector, puede comunicarse en su propia lengua con el poder público al que se haya subordinado.» Dichos presupuestos, en opinión del BVerfG, o bien existen ya en parte o bien se verán desarrollados en el transcurso de la Unión Europea. No sólo las instituciones comunitarias son medio de este proceso de comunicación, sino que también lo son factores como los partidos políticos, las asociaciones o la prensa, a partir de los cuales se forma una opinión pública europea (27). La democracia no debe ser entendida, en opinión del BVerfG, sólo como un mero criterio de imputación de las decisiones estatales a la voluntad popular (28), sino que la existencia de un grado suficiente de democracia debe apreciarse también a la luz de estos otros elementos (29). Aunque en la exégesis última de cuál sea el contenido que haya de serle atribuido a un principio constitucional se hace a veces necesario acudir a factores de naturaleza extrajurídica cuando la propia norma constitucional no ofrece luz alguna a través del resto de sus preceptos para su interpretación sistemática o teleológica —historia, origen de la norma o finalidad de la misma— (30), y parezca que es ésta la técnica exegética que sigue el BVerfG para interpretar el concepto «democracia» de la Ley Fundamental, la realidad es que los elementos a los que alude el Tribunal constituyen ele-

(27) El artículo 138.a) TUE impulsa la constitución de partidos políticos a nivel europeo como factor que contribuye al fenómeno de la integración comunitaria.

(28) Cfr. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland», «§ 22 Demokratie als Verfassungsprinzip», (Isensee/Kirchhof), C. F. Müller, Heidelberg 1987, pág. 893, Rdn. 9.

(29) Sentencia del BVerfG de 12-10-1993, FJ. C, I.

(30) Cfr. KONRAD HESSE, «Grundzüge des Verfassungsrechts», cit., págs. 26 y sigs.; dichos elementos constituyen para Hesse los métodos comunes de interpretación a los que puede hacerse necesario acudir cuando el programa de la norma constitucional (*Normprogramm*) no está suficientemente determinado, pero que en cualquier caso se hayan limitados en su actuación por la necesidad de respetar principios como los de interpretación coherente de la Constitución, unidad de la misma, y sobre todo el de fuerza normativa de la Constitución.

mentos de la construcción del concepto «democracia» que realiza la GG en su articulado —véase, v. gr., papel de los partidos políticos (art. 21 GG), libertad de expresión y derecho a informarse en las fuentes de acceso general (art. 5 GG)— y son, por tanto, derivables de una interpretación normativa de la Ley Fundamental basada, por consiguiente, en criterios sistemáticos o teleológicos.

2. *Participación del Parlamento Europeo en el proceso de integración europea*

El Parlamento Europeo es, como ya es sabido, la institución comunitaria que goza de una legitimación democrática más directa. Desde el año 1976 (31), el Parlamento Europeo se elige por sufragio universal directo, prestándose así a esta institución comunitaria una amplia legitimidad democrática. De una cuota suficiente de participación en las tareas de las Comunidades Europeas depende que esta legitimidad, unida a las legitimidades democráticas más o menos indirectas que poseen el resto de las instituciones, dote al proyecto común de integración europea de la legitimidad democrática necesaria para que el principio de Estado democrático del artículo 20 GG sea respetado. Si bien la doctrina conviene en admitir que el papel competencial del Parlamento es inferior, aun tras Maastricht, al que le correspondería como órgano legitimado democráticamente de manera directa, perpetuándose el denominado déficit democrático de la Comunidad Europea (32), el BVerfG considera decisivo que los fundamentos democráticos de las Comunidades vayan siendo construidos paulatina y paralelamente al proceso de integración. Una de las medidas que contribuirían a este paulatino robustecimiento de los fundamentos democráticos de las instituciones europeas pudiera ser el que el Tratado de la Comunidad Económica Europea —TCEE— prevea en su artículo 138.III la

(31) El artículo 1 del *Acta relativa a la elección de los representantes en la Asamblea por sufragio universal directo, aneja a la Decisión del Consejo de 20-09-1976*, reforma el artículo 138 I del Tratado de la Comunidad Económica Europea e introduce este modo de elección directo, sustituyendo el modo de elección indirecto —a través de los gobiernos— vigente hasta ese momento y que prestaba una legitimidad democrática inferior a la Asamblea.

(32) Cfr. PETER HÄBERLE, «Verfassungsrechtliche Fragen im Prozeß der europäischen Einigung», cit., pág. 432, para quien Maastricht, aunque poco, mejoraría por lo menos algo la situación del Parlamento Europeo; en opinión de HANS HEINRICH RUPP, «Muß das Volk über den Vertrag von Maastricht entscheiden?», *NJW*, núm. 1, 1993, pág. 40, por el contrario, la Unión Europea está concebida como una *forma de poder burocrático-administrativa*, en la que el papel del Parlamento Europeo no experimenta ninguna mejora al no estar compuesto conforme al principio de igualdad de voto de todos los ciudadanos de la Unión, pues los países pequeños tienen en función de su población mayor representación de la que les correspondería.

elección de los miembros del Parlamento Europeo mediante un derecho electoral coincidente para todos los Estados miembros, así como un crecimiento en sus competencias para influir en la creación de derecho y la política comunitarias (33).

El aumento de competencias del Parlamento Europeo en lo que al control de las instancias supranacionales, y en lo que a la participación en el procedimiento legislativo respecta, se hace necesario como contrapeso a la traslación cada vez mayor a instancias comunitarias, de legitimación democrática muy indirecta, de competencias estatales que residían en órganos con una legitimación democrática directa (34). Sólo así se puede seguir garantizando el nivel mínimo de legitimación democrática directa de las Comunidades, necesario para que los derechos fundamentales de los recurrentes que reconoce el artículo 38 GG no se vean conculcados. La valoración de si las competencias atribuidas al Parlamento Europeo son suficientes como para que éste sirva de base, junto con otros elementos, a la legitimación democrática de las Comunidades no deja de ser sino una cuestión de naturaleza política (35), pues no se deriva ni de los textos constitucionales nacionales ni de los propios Tratados originarios, si las funciones del Parlamento de control presupuestario, sus derechos informativos o, en fin, el procedimiento de cooperación, introducido por el Acta Unica Europea para la elaboración de determinados actos normativos, suponen el mínimo suficiente tantas veces mencionado.

3. Suficiente participación de los órganos legislativos internos en el proceso de integración europea

En este presupuesto reside el BVerfG el peso principal de una suficiente legitimación democrática del proceso de integración europea que permita sostener su conformidad constitucional. Al tener los órganos legislativos internos de la RFA una legitimación democrática directa, la suficiencia de su participación en el proceso de integración europea es medida por el BVerfG a la luz de tres parámetros independientes pero complementarios: la participación del Bundestag en la prestación del consentimiento para obligarse en el proceso de integración europea, una suficiente determinación y concreción de

(33) Sentencia del BVerfG de 12-10-1993, FJ C, I.

(34) Cfr. RUPPERT SCHOLZ, «Grundgesetz und europäische Einigung», cit., pág. 2598.

(35) Por ello se oyen tantas voces matizadas en lo que a la importancia de la participación del Parlamento Europeo se refiere; véase PETER HÄBERLE (nota 32), así como voces totalmente negativas, en lo que a la suficiencia de su participación respecta; igualmente, HANS HEINRICH RUPP (nota 32).

las competencias y tareas atribuidas en el Tratado de la Unión a las instituciones comunitarias y, finalmente, la permanencia en el seno del Bundestag de suficientes competencias de peso político sustancial (36).

a) *La participación del Bundestag en la prestación del consentimiento para obligarse en el proceso de integración europea*

La participación del Bundestag en la transferencia de competencias soberanas a organizaciones supraestatales representa una exigencia que ya venía establecida por la GG, en su artículo 24.I, al prescribir la necesidad de una ley que autorice dicha transferencia. A través de dicho procedimiento se constituyó la República Federal en una de las naciones fundadoras de las Comunidades Europeas.

Aunque la incorporación de Alemania a la Unión Europea acontece igualmente con una participación decisiva del Bundestag, que presta su consentimiento a dicha incorporación a través de la Ley de Ratificación del TUE, el BVerfG condiciona la constitucionalidad de dicha ratificación, y, por consiguiente, implícitamente la del propio Tratado (37), a que el Bundestag conserve un papel dirimente en el posible desarrollo, y en su caso, modificación del TUE, en especial en lo referente a una ampliación de las competencias atribuidas a la Unión. Sólo así se entiende garantizada la efectiva participación del órgano de legitimación democrática directa en el proceso de construcción europea. El artículo 23.I GG introducido por la Ley de Reforma constitucional, igualmente enjuiciada en este recurso, representa el cumplimiento de esta condición, pues prescribe la necesidad de una ley (38) para la transmisión de derechos soberanos que pudiera implicar la fundación, ampliación o reforma de la Unión Europea. Si dicha ampliación o modificación competencial conllevase una modi-

(36) Sentencia del BVerfG de 12-10-1993 FJ C, II, 1.

(37) Aunque las normas internacionales nunca hayan sido directamente objeto de un control de constitucionalidad dada la perspectiva dualista desde la que contempla el BVerfG el Derecho internacional; respecto de la distinción dualismo-monismo, cfr. HANS KELSEN, «Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht» (1958), cit., págs. 2214 sigs.

(38) La Ley que otorgue el *placet* de la Federación para la fundación, modificación o ampliación —de cualquier clase— de la Unión Europea, es del tipo de leyes que requieren el *consentimiento de la cámara alta (Bundesrat)*, consentimiento que se presta en condiciones paritarias a las del Bundestag (art. 23.I GG en relación con el art. 77 II GG); la cesión de «derechos soberanos» a que autorizaba el artículo 24.I GG se entendía, por el contrario, realizable mediante una *simple ley federal*, que no requería el consentimiento del Bundesrat —cfr. KLAUS STERN, «Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland», Bd. I, C. H. Beck, München, 1977, pág. 394.

ficación de la Ley Fundamental de Bonn, exige el propio artículo 23.I GG que se realice además mediante una Ley de Reforma, que requiere, por su expreso sometimiento al procedimiento de reforma constitucional del artículo 79.II GG, mayoría cualificada de dos tercios. Por tanto, la participación del Bundestag en estos supuestos de desarrollo del proceso de integración europea se halla igualmente garantizada con su actuación como poder de reforma constitucional. Hay que entender, a mi juicio, que la Ley de Ratificación del Tratado por medio de la cual, modificando o ampliando las competencias de la Unión Europea, se produce una transferencia de competencias soberanas contraria al texto de la Constitución, no puede valer a la vez como Ley de Reforma constitucional, aunque se haya aprobado con los condicionamientos formales que dispone el artículo 79 GG. Es preceptivo, conforme al artículo 23.I GG, una Ley previa de Reforma constitucional, presupuesto inexcusable de la Ley de Ratificación cuando la misma implique una contradicción entre el instrumento a ratificar y la propia Ley Fundamental (39).

La participación del Bundestag también tendría lugar en la formación de la voluntad de la Federación con respecto a asuntos relativos a la Unión Europea, que se expresa por mediación de los representantes del Gobierno Federal (Bundesregierung) en los órganos de la Unión. Dicha participación viene recogida en los apartados II y III del artículo 23 GG, desarrollados en la «Ley sobre cooperación entre Bundesregierung y Bundestag en asuntos relativos a la Unión Europea» de 12 de marzo de 1993.

Una última contribución a la participación del Bundestag en el proceso de integración sería la capacidad de éste para influir en la política europea a través del instituto de la responsabilidad del Gobierno Federal ante el Parlamento. Su función creadora y controladora, asumida en una confrontación entre órganos constitucionales que goza de publicidad, permite tanto a la opinión pública como a los partidos políticos tomar conciencia de la política europea del Gobierno, y en especial, a los ciudadanos les sirve como factor determinante en una posible decisión electoral (40).

Es de destacar, finalmente, que el BVerfG sólo condiciona el mantenimiento del contenido esencial del derecho a participar en la legitimación democrática directa del poder, derivado del principio democrático, a una efectiva

(39) La primera Ley (de ratificación del tratado) vendría a representar el consentimiento a la integración europea (*cláusula de integración*), mientras que la segunda Ley (de reforma) representaría la función de garantía o aseguramiento del contenido esencial de la GG (*cláusula seguridad*). *La función de una y otra norma es distinta*, aunque en último extremo ambas tengan como consecuencia facilitar la participación de la República Federal en el proceso de integración europea.

(40) Sentencia del BVerfG 12-10-1993, FJ C, II, 1.

y decisoria participación del Bundestag en la prestación del consentimiento para obligarse en el proceso de construcción europea, pero en ningún momento hace referencia alguna a un mínimo necesario de participación de la otra Cámara legislativa —Bundesrat—, mínimo que efectivamente es desarrollado en sucesivos apartados del nuevo artículo 23 GG, pero por motivos bien distintos (41). La explicación de este «aparente» olvido reside, naturalmente, en la forma de elección de los miembros que componen el Bundesrat, una Cámara de elección democrática mediata y no directa, como ocurre con el Bundestag. Sus miembros son nombrados por los gobiernos de los Estados miembros de la Federación y no elegidos por sufragio universal directo, de ahí que la participación o ausencia de este órgano en el proceso de construcción europea no afecte al derecho derivado del principio democrático recogido en el artículo 38 GG, que, por otra parte, se encuadra en el capítulo III de la Ley Fundamental relativo al Bundestag.

b) *Suficiente determinación y concreción de las competencias y tareas atribuidas por el Tratado de la Unión a las instituciones comunitarias*

Al igual que con el presupuesto anterior, la respuesta del BVerfG al interrogante planteado es positiva. En su opinión, no estaría justificada la preocupación del recurrente con respecto al desarrollo del Tratado de la Unión, en el sentido de construir la Unión Política Europea sin contar con la intervención autorizante de los Parlamentos nacionales durante dicho proceso, por tratarse de cláusulas, las contenidas en el Tratado, de carácter muy vago y abstracto, que permitirían actuar a los órganos comunitarios sin control de los legislativos nacionales. El Tratado de la Unión satisface, a juicio del BVerfG, todas las exigencias de determinación, pues las competencias de los órganos de la Unión se hallan normadas de manera suficientemente previsible en su des-

(41) La *participación del Bundesrat* es un elemento que contribuiría a garantizar el *respeto al principio de Estado federal*, exigiéndose en sucesivos apartados del artículo 23 GG la participación del Bundesrat, bien exclusivamente, como toma en consideración de su postura hacia la integración europea cuando la actuación de la Federación en el proceso de integración afecta a los intereses de los Estados federados, bien, como necesario respeto a su derecho de decisión última cuando a resultas de la mencionada actuación se vean afectadas las competencias legislativas exclusivas de los Estados federados. Se trata de una exigencia que ya venía siendo apuntada en la doctrina jurídica alemana: cfr. PETER HÄBERLE, «Verfassungsrechtliche Fragen im Prozeß der europäischen Einigung», cit., pág. 435; RUPPERT SCHOLZ, «Grundgesetz und europäische Einigung», cit., pág. 2.599.

arrollo (42). El Tribunal procede a acreditar esta conclusión con una serie de evidencias extraídas del análisis de los ordenamientos jurídicos nacional y comunitario:

1. Del artículo E del TUE (43) extrae el BVerfG que cualquier actuación de cualquier órgano comunitario requiere la determinación competencial de la misma a través de una norma habilitante singular y limitada. No cabe extraer una habilitación competencial de la existencia de un fin o tarea, sino que la competencia ha de ser derivada de una norma habilitante singular. En consonancia con ello, el Tribunal interpreta los principios de «subsidiariedad» (art. 3 B II del Tratado de la Comunidad europea por remisión del art. B del TUE) y «proporcionalidad» (art. 3 B III del mismo Tratado), por los que se debe regir toda la actuación de los órganos de la Unión, como límites al ejercicio competencial de la Unión Europea (44).

2. El principio de una determinación legal suficiente de las competencias soberanas transferidas, y, por tanto, responsabilidad del Parlamento sobre esta transferencia, se vería vulnerado, en opinión del BVerfG, si el artículo F III TUE contuviese una «competencia de competencias» (*Kompetenz-Kompetenz*) en favor de la Unión Europea (45). El BVerfG niega que la Unión pueda

(42) Sentencia del BVerfG de 12-10-1993, FJ C, II, 2. No es de la misma opinión una parte de la doctrina alemana, véase HANS HEINRICH RUPP, «Muß das Volk über den Vertrag von Maastricht entscheiden?», *cit.*, pág. 40, para quien en el Tratado no se lleva a cabo una clara y determinada delimitación competencial entre la Unión Europea y los Estados firmantes del tratado, al menos en el sentido de una delimitación conforme a la concepción propia de un Estado federal.

(43) El texto de este artículo E del TUE es el siguiente: «El Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión y el Tribunal de Justicia ejercerán sus competencias en las condiciones y para los fines previstos, por una parte, en las disposiciones de los Tratados constitutivos de la Comunidades Europeas y de los Tratados y actos subsiguientes que los han modificado o completado, y por otra, en las demás disposiciones del presente Tratado».

(44) Nuevamente se enfrenta la comprensión de estos principios por parte del BVerfG en su FJ C, II, 2, a, y FJ C, II, 3, c, d, al entendimiento que de los mismos tiene uno de los más enconados detractores de la incorporación a la Unión Europea, HANS HEINRICH RUPP, «Muß das Volk über den Vertrag von Maastricht entscheiden?», *cit.*, pág. 40, para quien el principio de subsidiariedad no sería sino «sólo una palabra, que lo dice todo y no dice nada, y que, conforme a la experiencia, en las manos de los jueces europeos va a ser interpretado en un sentido eurocéntrico»; DIETRICH MURSWIEK, «Maastricht und der pouvoir constituant», *cit.*, pág. 170, no considera al principio de subsidiariedad del Tratado de la Unión más que una expresión del «principio de efectividad», en virtud del cual la competencia correspondería a quien efectivamente la ejerza. El BVerfG cita en apoyo de su interpretación de este principio la declaración del Consejo Europeo celebrado en Edimburgo el 11 y 12 de diciembre de 1992, conforme a la cual el principio de subsidiariedad sería una férrea barrera a la actividad de la Comunidad.

(45) El citado artículo F III del Tratado de la Unión tiene el siguiente contenido: «La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y llevar a cabo sus políticas». Si

autodotase con medios de actuación y financieros para la consecución de sus fines. A su juicio, del artículo F III TUE no se deriva una competencia genérica habilitadora de la Unión para toda aquellas competencias no singularmente atribuidas, pero necesarias para conseguir sus objetivos (46). Para el BVerfG, el mencionado artículo sólo contiene una declaración política programática de intenciones de los Estados miembros, en el sentido de que éstos doten a la Unión de los medios necesarios para el logro de sus objetivos. Por consiguiente, si las instituciones comunitarias interpretasen y actuasen contra la interpretación que él dispone para el artículo F III TUE en la Ley alemana de Ratificación, habría que considerar esta actuación como no cubierta por dicha Ley y, jurídicamente, no vinculante para el Estado alemán.

Uno de los argumentos que aduce el BVerfG en contra de fundamentar en el artículo F III TUE una «competencia de competencias» en favor de la Unión es el hecho de que no es posible concluir en ningún caso, a partir del TUE, que la Unión se constituya como un sujeto con personalidad jurídica propia (47) que pueda ser portador de competencias propias. El empleo del término reflexivo «se» en el Tratado ha de ser entendido, a juicio del BVerfG, en el mismo sentido en el que el Tratado indica que la Unión «se fija objetivos», esto es, como descriptivo de la actuación conjunta de los Estados miembros y no como referido de manera personal reflexiva a un sujeto de derecho.

nos hallásemos ante una *Kompetenz-Kompetenz*, la Unión vendría en este artículo habilitada a realizar y disponer todo lo necesario —tanto medios financieros como medios de actuación— para el cumplimiento de sus fines, tratándose, por consiguiente, de una cláusula genérica de habilitación competencial en favor de la Unión Europea.

(46) El BVerfG se decanta en este sentido, con respecto a la dotación de medios financieros, en una *dirección similar a la que el Tribunal Constitucional español ha adoptado con respecto a las competencias del Estado sobre gasto público*; así, a juicio del TC, «no debe entenderse que la facultad de gasto público constituya un título competencial autónomo que pueda desconocer, desplazar o limitar las competencias materiales que correspondan a las Comunidades Autónomas según la Constitución o los Estatutos de autonomía, sino que más bien, al contrario, el ejercicio de competencias estatales anejo al gasto o a la subvención sólo se justifica en los casos en que por razón de la materia sobre la que opera dicho gasto o subvención la Constitución o los Estatutos de autonomía hayan reservado al Estado la titularidad de tales competencias»; véase, entre otras, STC 95/86, de 10-07. En esta sentencia, lo que el BVerfG negaría análogamente es que la inclusión de este artículo F III TUE conlleve ni un título competencial genérico de la Unión en la materia sobre la que se dota de medios financieros para la consecución de sus fines, ni en la materia sobre al que se dota de medios de actuación concretos con igual finalidad.

(47) Al respecto, son igualmente mencionables las divergencias de algunos autores como HANS HEINRICH RUPP, «Muß das Volk über den Vertrag von Maastricht entscheiden?», cit., pág. 40, para quien la Unión ya no es una Asociación supranacional de Estados con una finalidad, como lo era la Comunidad Europea, sino que se trata de una forma de existencia de carácter pseudoestatal con competencia, en principio, genérica sobre todo.

Aceptar al artículo F III TUE como fundamento del mencionado título competencial genérico desarmaría por completo, por otra parte, el sistema competencial del Tratado, contraviniendo la voluntad, reiteradamente expresada por las partes en el mismo, de plasmar en él el principio de habilitación singular y limitada antes mencionado. También incurriría en la contradicción de enfrentarse a la decisión expresa de los Estados miembros de no incardinar ni la política de seguridad ni los ámbitos de interior y justicia en el marco de la estructura decisoria supranacional, pues la competencia genérica que contuviese el artículo F III del TUE sería válida y utilizable en todos los campos de actuación de la Unión, incluidas las mencionadas políticas.

Un elemento de interpretación sistemática, que igualmente hablaría en contra de la consideración del artículo F III TUE como un título autónomo de habilitación genérica, es la inexistencia de un complemento legislativo procedimental, regulado por el Tratado, que haga de este artículo una verdadera norma competencial, regulando mayorías, participación de órganos comunitarios, etc., a través de los cuales se pueda ejercitar la «competencia de competencias» cuya existencia se afirma.

Finalmente, el BVerfG se apoya en los informes emitidos tanto por el Gobierno Federal y el Bundestag como por los Estados miembros (la ya mencionada Conferencia del Consejo Europeo de Edimburgo), y por la propia Comisión, en un informe emitido al respecto (48).

3. En la medida en la que los Estados miembros firmantes del Tratado de la Unión han atribuido a ésta fines, y han determinado que los mismos sólo pueden ser realizados conforme a las disposiciones del propio Tratado (art. B TUE), todo cambio o modificación de las tareas y determinaciones competenciales de la Unión se halla sometido, a juicio del BVerfG, a la reserva del consentimiento formal de los Estados miembros para la modificación del TUE. Esto se corresponde con el ya citado artículo 23.I GG, que somete la posibilidad de una nueva Ley de Ratificación (necesaria en este caso para acordar el consentimiento del Estado alemán para obligarse en las modificaciones acordadas del Tratado) a la previa existencia de una Ley de Reforma constitucional que, con el límite infranqueable de respetar el núcleo esencial del artículo 79.III y sometida al procedimiento del apartado II de ese mismo artículo, deberá adaptar la Ley Fundamental de Bonn a las nuevas exigencias derivadas de dicha modificación del Tratado cuando éstas entren en contradicción con el contenido de la GG (49). Por consiguiente, la atribución de nuevas competen-

(48) Todos estos argumentos son expuestos por el BVerfG en el FJ C, II, 2, b, de la sentencia aquí comentada.

(49) Sentencia del BVerfG de 12-10-1993, FJ C, II, 2, c.

cias a la Unión estaría limitada por múltiples disposiciones de derecho positivo, tanto interno alemán como comunitario, que le garantizan una posición preeminente en dicha disposición al órgano que goza de legitimación democrática directa, pues éste sería el que en último extremo seguiría decidiendo.

4. Por cuanto el desarrollo de la Unión Monetaria Europea es regulado en el TUE, también ésta se halla normada de manera suficientemente previsible (50). Así, y aunque se regulen en el Tratado una serie de fases de ejecución de la Unión Monetaria, ésta sigue siendo principalmente responsabilidad del Parlamento, al intervenir éste decisivamente en la regulación tanto del desarrollo como de la existencia misma de la Unión Monetaria Europea. Tras un análisis pormenorizado de las disposiciones del Tratado referidas al desarrollo de la ejecución de la Unión Monetaria, el BVerfG llega a la conclusión de que con la ratificación del Tratado la República Federal no se somete a un «automatismo» incontrolable e imperceptible dirigido hacia la consecución de la Unión Monetaria. El Tratado lo que supondría es un camino abierto a una progresiva integración de la Comunidad Europea, que depende en cada fase bien de condiciones ya previsible en la actualidad para el Parlamento, bien del consentimiento adicional del Gobierno Federal alemán, influido por la acción parlamentaria. Así, por ejemplo, se halla suficientemente asegurado en el Tratado, que sin consentimiento alemán —en cuyo otorgamiento tiene una participación decisiva el Bundestag— no pueda procederse a una rebaja en los denominados «criterios de convergencia», elemento decisivo en el establecimiento de la Unión Monetaria.

También se regula de forma suficientemente previsible —por tanto, jurídicamente determinable— el desarrollo de la Unión Monetaria tras su entrada en la tercera fase, y le es en esta medida igualmente imputable al Parlamento Federal. La Unión Monetaria en su conjunto, y en especial en esta tercera fase, se fundamenta en una Comunidad Europea económica y, en particular, monetariamente estable. La estabilidad se convierte, por tanto, en un elemento esencial de la Unión Monetaria, fundamento de la *Ley de Ratificación alemana*. No obstante, no se puede predecir si dicha estabilidad se va a mantener una vez alcanzadas por las naciones miembros de la Unión las condiciones necesarias para entrar en esta tercera fase. En la medida en que dicha «estabilidad» no se mantuviese tras la entrada en este tercer nivel en el sentido pactado en el TUE, se habría abandonado el marco contractual, base del Tratado, y sería necesario un nuevo consentimiento del Estado alemán, con la ya consabida participación del Bundestag.

(50) El término «previsible» (*voraussehbar*) que utiliza el BVerfG es equiparable al de «determinable» por relacionarlo con la exigencia de determinación en las habilitaciones competenciales que haga el Tratado.

5. Por último, tampoco desvirtuaría, a juicio del BVerfG, esta exigencia de determinabilidad del contenido del Tratado de la Unión el hecho de que la Unión Monetaria sólo pueda ser concebida como posible en el contexto material de una Unión Económica que sobrepase el estadio de una coordinación entre las políticas económicas de los Estados miembros. El establecimiento de dicha Unión Económica sólo sería posible mediante una ampliación —y, por tanto, reforma— del contenido de los Tratados, lo cual requiere en todo caso, conforme al nuevo artículo 23 GG, la ratificación por ley de la República Federal con la consiguiente intervención del órgano legislativo ordinario.

c) *Permanencia en el seno del Bundestag de suficientes competencias de peso político sustancial*

El BVerfG condiciona, finalmente, la inexistencia de lesión del derecho a «participar en la legitimación democrática del poder estatal y a influir en su ejercicio a través de la elección del Bundestag» a que en el seno de este último permanezcan suficientes competencias de peso político sustancial. El Tribunal considera que la delimitación competencial que hace el TUE respeta este condicionante, puesto que le quedan al Bundestag aún amplios espacios competenciales de peso político y económico en los que poder desarrollar su actividad.

Aunque el BVerfG no indica explícitamente cuáles sean estos espacios competenciales de peso político sustancial, un ámbito competencial en el que el Parlamento tendría un papel relevante sería el propio de la integración europea. El Bundestag tendría una participación decisoria tanto en la fundación de la Unión Europea, como se refleja en la preexistencia de la Ley de Ratificación del TUE, como en el futuro desarrollo del proceso de integración, como se derivaría de las previsiones ya mencionadas del artículo 23.I GG, en virtud de las cuales la modificación del Tratado requerirá una nueva participación del órgano de legitimación democrática directa a través de la aprobación de una nueva Ley de Ratificación de las modificaciones, y adicionalmente a través de una Ley de Reforma constitucional, que adapte la Ley Fundamental a las modificaciones cuando éstas conlleven una contradicción con el contenido de la misma.

Todo ello se ve reforzado por las ya referidas exigencias del TUE de una habilitación singular y limitada de los órganos comunitarios, siempre que éstos quieran ejercer alguna competencia derivada de la atribución a la Unión, no siendo suficiente para su ejercicio la existencia de una determinación de fines u objetivos de la Unión para su ejercicio. Tampoco ha de entenderse ya sufi-

ciente la referencia a la cláusula de «poderes implícitos» del artículo 235 TCEE, que venía siendo utilizada hasta ahora para ampliar dinámicamente las competencias previstas en los Tratados de las Comunidades.

Esta situación ha cambiado con el TUE, pues éste distingue claramente, como pone de relieve el BVerfG, entre normas de habilitación competencial singular y la modificación del Tratado, que tendría cabida cuando las habilitaciones competenciales ya no se adaptan a las necesidades de actuación de los órganos de la Unión. Una interpretación de las normas de competencia que tuviese como resultado la ampliación de los Tratados, desviándose así de los cauces de reforma previstos por el propio TUE, no tendría ningún efecto vinculador para la República Federal, pues se saldría del marco contractual cubierto por la Ley de Ratificación por la que Alemania prestó su consentimiento (51).

Igualmente se produciría, a juicio del BVerfG, una participación del Bundestag en el proceso de construcción europea, en la medida en que el órgano de representación democrática directa a través del instituto de la responsabilidad parlamentaria del Gobierno incide y controla la política de éste en materia de integración europea (52).

La exigencia de permanencia en el órgano legislativo de suficientes competencias de orden político sustancial se encontraría, además, en otras razones de índole constitucional. En concreto, la no vulneración de los preceptos 79.III, 20.I y 23.I GG, por los cuales se sustrae al legislador de reforma constitucional, y, por tanto, previamente al legislador ordinario que pretenda ratificar un Tratado por el que se cedan competencias soberanas, la facultad de disposición sobre el núcleo de la Constitución, uno de cuyos pilares básicos es el mantenimiento de la soberanía estatal de la República Federal de Alemania. Esta soberanía se entendería cedida si el volumen o la calidad de la cesión de competencias soberanas es tal, que al órgano de legitimación democrática directa no le quedan para su ejercicio competencias políticas de peso sustancial. Una modificación de la estructura competencial de la GG requeriría, conforme al texto constitucional de la Ley Fundamental, la puesta en práctica de un nuevo proceso constituyente en el que previsiblemente la participación del pueblo sería obligada conforme al artículo 146 GG (53).

(51) Sentencia del BVerfG de 12-10-1993, FJ C, II, 3, b.

(52) Sentencia del BVerfG de 12-10-1993, FJ C, II, 1, b.

(53) En este sentido se manifiesta DIETRICH MURSWIEK, «Maastricht und der pouvoir constituant», cit. pág. 188, pero con referencia al artículo 24 I GG y no al nuevo artículo 23 I GG, pues considera a éste ya una *extralimitación en el poder de reforma constitucional*, que conculca los artículos 79 III, 24 I y 20 I GG, y sustrae ilícitamente del poder constituyente del pueblo la decisión sobre la pérdida de soberanía estatal que conllevan la introducción del artículo 23 I GG y la ratificación del TUE.

IV. REFLEXIONES CRITICAS FINALES

La sentencia del BVerfG de 12 de octubre de 1993 ha puesto sobre la mesa tres de los grandes problemas que se plantean en el Derecho constitucional actual a la luz del proceso de integración comunitaria. El primero se halla íntimamente vinculado a la relación entre las normas comunitarias y las normas estatales. El segundo, más propio de la teoría del Estado, gira en torno al carácter estatal de una unidad política y se resuelve partiendo de una solución concreta dada al problema de cómo han de regirse las antedichas relaciones. El tercero, finalmente, se refiere al principio democrático y también se resuelve sobre la base de la solución que se haya dado al primer problema planteado. Aunque no hayan sido tratados ni específicamente ni en el orden aquí propuesto por el BVerfG, sí parece oportuno esbozarlos brevemente a la luz de la trascendencia jurídica de las afirmaciones que se vierten en la sentencia objeto de este comentario, así como de las transformaciones normativas que se han producido en la República Federal, sin dejar de lado cuál podría ser la hipotética respuesta que se debía haber dado a cada uno de estos problemas si nuestro Tribunal Constitucional se hubiese pronunciado al respecto con ocasión de la Declaración de 1 de julio de 1992.

1. *Las relaciones entre la Constitución y el Derecho comunitario*

En primer lugar y aunque el BVerfG lo haya tratado muy escuetamente dando una solución tajante al problema —con base en una doctrina constitucional precedente (54), cuyo significado se viene a esclarecer definitivamente en esta sentencia, solventando así las dudas que se hubiesen planteado al respecto—, se plantea la cuestión de las relaciones entre el Derecho comunitario, originario o derivado, y el Derecho constitucional interno, problemática imaginable en cualquier Estado miembro de la Unión.

Es necesario, por consiguiente, dar una respuesta a la cuestión de cuál es la situación jurídica cuando un Tratado comunitario originario —véase, v. gr., el TUE—, que supera por omisión el trámite de control previo (en nuestro ordenamiento, el procedimiento de declaración de constitucionalidad del artículo 95 CE) (55) o una norma de derecho comunitario derivado, cuyo control en el ám-

(54) La contenida principal, aunque no exclusivamente, en las ya referidas *Decisiones «Solange I y II»*.

(55) En la Ley Fundamental de Bonn no se prevé este procedimiento especial, como ya se ha dicho —véase nota 5—, pero *el BVerfG ha admitido* que las Leyes de Ratificación de tratados

bito comunitario o bien se ha omitido o no ha implicado su invalidez, entran en contradicción con el Derecho constitucional, con el texto constitucional más precisamente, del Estado a quien pretende vincular. ¿Cabe un control de constitucionalidad *a posteriori* por el Tribunal Constitucional de cada Estado, o la primacía del Derecho comunitario, que desde la jurisprudencia y la doctrina comunitarias (56) se afirman con respecto a todas las normas internas, incluidas las constitucionales, excluye este control? Producido igualmente este control, ¿cuáles son sus efectos si la conclusión a la que llega el Tribunal es la de existencia de contradicción? Todos éstos, viejos problemas ya para la doctrina tanto comunitarista como constitucionalista de los países miembros, son abordados por el BVerfG en la sentencia aquí comentada, si bien de forma no ordenada ni clara.

La Constitución es la norma suprema de un ordenamiento en la medida en que la infracción de sus normas es ilícita y sancionable, y sólo puede seguir siendo suprema siempre que, no pudiendo verse subvertida por las normas de otro ordenamiento sin su propia autorización, si dicha subversión acontece, ésta constituya una infracción del ordenamiento jurídico y pueda ser declarada antijurídica (57). Este sistema se apoya, aunque no se justifica, en dos pilares complementarios: de una parte, la existencia de una jurisdicción constitucional —o en su caso una justicia constitucional— capaz de controlar el sometimiento a las prescripciones constitucionales de los órganos o procedimientos de producción previstos o previsibles por la Constitución misma; de otra, la existencia igualmente de un procedimiento de reforma constitucional que distinga por su forma a la Constitución del resto de normas del ordenamiento y que convierta a ésta en norma indisponible para los órganos sometidos a la misma, salvo que se trate de los órganos de reforma constitucional.

Los preceptos constitucionales (58) que habilitan a la integración de un nuevo ordenamiento en el ordenamiento constitucional interno de un país dado suponen un riesgo para la conservación del principio de supremacía

internacionales sean objeto de un *recurso de inconstitucionalidad* o un *recurso de amparo previos* a la entrada en vigor definitiva tanto de ellas mismas como, por ende, de los Tratados internacionales a los que se refieren. Cfr. BVerfGE 1, 396 (413); BVerfGE 36, 1 (15); BVerfGE 24, (33).

(56) Véase la nota 2.

(57) *Superioridad jurídico-positiva*, y no sólo jurídico-lógica, de la Constitución. Cfr. IGNACIO DE OTTO Y PARDO, «Derecho Constitucional. Primer curso», Universidad de Oviedo, 1980, pág. 109.

(58) Entre éstos se hallan el artículo 24.I GG para las Comunidades Europeas —inicialmente—, el nuevo artículo 23.I GG para la Unión Europea y sus instituciones y el artículo 93 CE para las Comunidades Europeas y para la Unión Europea, respectivamente.

enunciado. Ante dichas normas y desde la óptica del Derecho constitucional sólo cabe entender que, o bien se trata de una excepción constitucional al principio de que la modificación de la Constitución ha de hacerse de forma expresa, conforme a las cláusulas de reforma constitucional que ésta contenga, o bien entender que la excepción alcanza sólo al sistema de reparto competencial entre órganos constitucionales y de producción de normas que establece la Constitución, dejando incólumes las cláusulas de reforma constitucional (59).

Para que se dé la primera solución y no la segunda han de concurrir dos condiciones: de un lado, la inexistencia de un precepto constitucional que exija que toda reforma se haga de manera «expresa», haciendo posible la reforma implícita. Esta se produciría si a través de una atribución de competencias constitucionales se pudiera poner la Constitución misma a disposición de las instituciones de las organizaciones supranacionales. De otro lado, el procedimiento por el que se ceden las competencias a las instituciones supranacionales tendría que ser menos gravoso que el procedimiento por el que se ceden las competencias a la organización supranacional. La unidad y sistemática de la Constitución exigen que la interpretación de sus preceptos se haga de modo

(59) El legislador de reforma alemán, acertadamente, aclara el sentido de la norma habilitadora de la cesión de competencias (*art. 23 GG*) diferenciándola del procedimiento de reforma constitucional, y exigiendo éste para el supuesto de la contradicción con la norma constitucional tanto de una reforma del TUE como de su ampliación, o de «reglas análogas», esto es, con análogos efectos vulneradores de la GG, bajo las cuales podríamos entender el derecho derivado contrario a la Ley Fundamental. Con esta nueva norma del artículo 23.I GG, por la que el legislador federal de reforma constitucional pone en relación la norma constitucional de atribución competencial a organizaciones supranacionales de integración con la normativa de reforma constitucional, diferenciándolas claramente, la Ley Fundamental se inclina, como así parece reconocer el propio BVerfG en la sentencia aquí comentada, por *someter el Derecho comunitario a la primacía de toda la GG*, y no sólo a la normativa relativa a los fundamentos esenciales del orden jurídico-constitucional alemán, dentro del que se hallaría la garantía mínima de protección de los derechos fundamentales (cfr. KONRAD HESSE, «*Grundzüge des Verfassungsrechts*», cit., Rdn. 108, págs. 40-41). Si se prescribe la necesidad de reforma constitucional bajo la observancia del artículo 79 GG para cesión de competencias o modificación de las cesiones ya realizadas en el Tratado de la Unión, que impliquen una contradicción con el texto de la GG —del que el art. 23 GG no exceptiona precepto alguno—, habrá que entender que una cesión de competencias soberanas en conculcación de la Ley Fundamental es antijurídica por violación del artículo 23.I GG en relación con el artículo 79 GG. El artículo 95 CE, aunque no redactado con la misma amplitud que el artículo 23 GG, es de un tenor similar a su equivalente alemán, sometiendo toda cesión competencial contraria a la Constitución a la necesidad de previa reforma constitucional, e implica el carácter antijurídico y nulo de toda norma que en violación de esta prescripción entre en contradicción con nuestra norma fundamental, pues de otro modo esta prescripción constitucional, así como la profusa normativa de reforma constitucional, quedarían privadas de virtualidad jurídica.

coherente e integrado (60), y esto impide considerar, conforme con dicha coherencia, que el poder constituyente haya previsto un régimen especialmente agravado para la modificación de las normas constitucionales y, por el contrario, permita poner la Constitución mediante un procedimiento mucho menos rígido (61) a disposición de un órgano distinto y cuya legitimidad es menor a la de aquel habilitado por la Constitución misma para la reforma constitucional.

Traducido este esquema a los ordenamientos jurídicos alemán y español, esto significaría que, tanto en el caso español como en el alemán, las disposiciones de Derecho comunitario, originario y derivado, tienen conforme a la estructura y regulación constitucional de la CE y la GG la obligación de respetar en todo caso el contenido de éstas. De existir contradicción, la disposición comunitaria no sería ya una cesión de competencias, sino una disposición antijurídica de la Constitución misma, que vulneraría tanto la norma contrariada como el procedimiento de reforma mismo.

Este ámbito de protección se identificaba habitualmente en la RFA —antes de la inclusión del nuevo art. 23.I GG— sobre la base del artículo 24.I GG, con el mínimo de protección de los derechos fundamentales y con las decisiones fundamentales o principios estructurales recogidos en la Constitución, pues se aceptaban las reformas constitucionales tácitas conforme al mencionado artículo 24.I GG siempre y cuando respetasen los límites del núcleo esencial intangible del artículo 79.III GG y el mínimo de protección de los derechos fundamentales, esto es, aquellos elementos que dotan de identidad al orden jurídico instaurado por la Ley Fundamental de Bonn (62). Con la dicción literal del nuevo artículo 23.I GG surge la necesidad de no considerar a dicho precepto como una norma habilitadora en blanco, que permitiría al legislador alemán poner a disposición de las instancias comunitarias las normas constitucionales mismas, salvo en lo que a las atribuciones competenciales a los órganos constitucionales respecta, pues para la modificación de estas normas ya se prevén tanto en la CE como en la GG unos procedimientos especiales más gravosos (63) que los establecidos para las normas habilitadoras de la cesión de competencias.

(60) Cfr. KONRAD HESSE, «Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland», cit., pág. 26.

(61) Cfr. LÓPEZ AGUILAR, «Maastricht y la problemática de la reforma de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 77, 1992, pág. 81.

(62) Cfr. KLAUS STERN, «Das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland», cit., pág. 133.

(63) *Mayorías cualificadas tanto en el caso alemán* (dos tercios según el art. 79.II GG) *como en el español* (tres quintos como mínimo según el art. 167.II CE), superiores en todo caso y más difíciles, por tanto, de alcanzar que las mayorías previstas para la aprobación de las leyes ordinaria (Alemania) u orgánica (España) por las que se pueden ceder competencias a organizaciones supranacionales.

De otra parte, la GG sustrae una serie de materias a la Reforma constitucional (las contenidas en el ya mencionado art. 79.III GG) que sólo pueden ser modificadas por la vía constituyente de establecer una nueva Constitución, previsiblemente por la vía del artículo 146 GG (en su nueva dicción) con participación del poder constituyente del pueblo (64).

El artículo 93 CE, por su parte, autoriza a modular el ámbito de aplicación de las reglas de competencia establecidas en la Constitución mediante la ratificación de un Tratado por ley orgánica, pero en ningún caso a la modificación del enunciado de las reglas mismas (65). Resultaría un sin sentido que la Constitución permitiese la consecución del mismo objetivo —la modificación del tenor literal de sus normas— por una vía indirecta mucho menos gravosa que la de la reforma constitucional (66).

Si el control de la conformidad del Derecho comunitario —necesariamente originario en el caso del TUE— se produce antes de la definitiva prestación del consentimiento por el Estado español, la declaración que haga el Tribunal Constitucional conforme al artículo 95 CE tiene los ya consabidos efectos jurídicos de impedir la ratificación del Tratado en tanto en cuanto no se modifique la Constitución por los procedimientos *ad hoc* a tal fin expresamente previstos. Si, por el contrario, el mencionado control tiene lugar una vez ha entrado en vigor el Derecho comunitario —en cuyo caso éste podría ser ya tanto originario como derivado—, los efectos jurídicos del control habrán de ser los mismos que los de la declaración de inconstitucionalidad cuando estemos ante un recurso o cuestión o una autocuestión como consecuencia de un recurso de amparo, esto es, la declaración de nulidad de la norma impugnada y su expulsión por invalidez de nuestro ordenamiento jurídico interno (67), en la medida en que dichas normas han de ser equiparadas a la categoría «normas con rango

(64) Cfr. DIETRICH MURSWIEK, «Maastricht und der pouvoir constituant», cit., págs. 187 sigs.; HANS HEINRICH RUPP, «Muß das Volk über den Vertrag von Maastricht entscheiden?», cit., pág. 39.

(65) Véase la Declaración del TC de 1 de julio de 1992, FJ 4.º

(66) El propio TC se manifestó *contra* de esa concepción del artículo 93 como habilitación para «reformas implícitas o tácitas de la Constitución» en su Declaración de 1 de julio de 1992, FJ 4; cfr. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «La Constitución española y el Tratado de Maastricht», *Revista Española de Derecho Constitucional* (en adelante REDC), núm. 36, 1992, pág. 260.

(67) Hasta que dicho control se lleve a cabo, e igual que se tiene al *derecho comunitario* directamente aplicable como norma o disposición con rango de ley a efectos de convertirse en objeto de un recurso, cuestión o autocuestión, hay que extender a *estas normas los mismos privilegios constitucionales de que gozan las disposiciones con rango de ley en el ámbito interno*, esto es, la presunción de legitimidad constitucional, esta si acaso reforzada por la posición sistemática que desempeña el artículo 93 en el texto constitucional y el privilegio jurisdiccional de la ley.

de ley», objeto posible de los mencionados procedimientos según los artículos 161.I a) y 163 CE. La validez que se enjuicia por el Tribunal Constitucional nacional con respecto al Derecho comunitario es cuando menos su validez *ad intra*, derivada de la condición de validez (68) a que está sometida la ley orgánica del artículo 93 CE que autorice a la cesión de competencias derivadas de la Constitución y, consecuentemente, todo el derecho comunitario, derivado de esta cesión de competencias, y que es el respeto a la norma fundamental misma, en especial su procedimiento de reforma. Debe tenerse por inconstitucional toda cláusula que disponga del papel del TC como garante de la Constitución por infracción del artículo 167, que requiere la expresa reforma del texto constitucional.

2. La «estatalidad» y la Unión Europea

Dejando al margen la problemática de si la soberanía que tanto el texto constitucional español como el alemán establecen responde al dogma de la soberanía nacional o popular (69), sí se puede convenir con el BVerfG en que

(68) Sólo puede tratarse de una *condición de validez*, en la medida que un poder normador, el de la Constitución, determina cómo la creación normativa de un poder jurídico distinto puede tener lugar para el ámbito territorial y personal a que se refiere el poder normador condicionante. En opinión de JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, «Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español», *REDC*, núm. 34, 1992, págs. 61 sigs., nos hallaríamos, por el contrario, sólo ante una *condición de aplicabilidad* —aunque también se refiere en otras partes de su trabajo a que el TC realiza un control de la validez interna de las normas internacionales—, pues una vez incorporadas al ordenamiento español, y conforme al propio artículo 96 CE, las normas internacionales sólo podrían ser modificadas, derogadas o suspendidas en las formas previstas por ellas mismas. Al respecto, cabe sugerir una interpretación sistemática y unitaria de los preceptos constitucionales: el artículo 96 CE se está refiriendo lógicamente a normas de rango infraconstitucional, esto es, a otros poderes normadores habilitados por la propia Constitución; pero en ningún caso al poder jurídico de la Constitución misma, dado lo ilógico de que ésta se declare suprema, pero se someta a un poder por ella misma habilitado; por otra parte, el artículo 96 impide derogar normas internacionales por otros procedimientos que no sean los previstos por ellas mismas, pero la declaración de inconstitucionalidad no implica derogación, sino invalidez, esto es, la antijuridicidad *ex tunc* de la norma internacional, que así habría de ser tenida por no incorporada nunca al ordenamiento jurídico español; sobre la diferencia entre derogación y nulidad, cfr. voto particular del magistrado Rubio Llorente en la STC 4/1981, de 2 de febrero.

(69) Véase ISENSEE/KIRCHHOF, «*Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*», Bd. I, cit., 691 sigs.; JOAQUÍN VARELA SUANZES, «Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la Constitución española», *REDC*, núm. 36, 1992, págs. 71 sigs.; FRANCISCO BASTIDA FREJEDO, «Constitución y democracia», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, págs. 9 y sigs.

conforme a las respectivas normas fundamentales de los dos países, no se produce la creación de ningún nuevo Estado, sino que se parte del presupuesto de un Estado alemán y un Estado español preexistentes a la norma constitucional (70). De otra parte, el poder constituyente, legitimador de ambos textos constitucionales, recae en uno y en otro caso en el pueblo como conjunto informe de individuos sobre cuya base existe el Estado alemán o español al que se dota de Constitución (Preámbulo de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y art. 20.I y Preámbulo de la Constitución Española de 1978 y art. 1.II). Sobre la base de este principio legitimador de la soberanía popular se establece además, en una y otra norma constitucionales, el principio democrático como principio estructural del orden constitucional (71). España y la República Federal de Alemania preexisten como Estados tanto en el ámbito interno como en el internacional, y se constituyen en 1978 y 1949, respectivamente, sobre la base de la soberanía popular. El problema es, por consiguiente, determinar si el Tratado de Maastricht conlleva una violación del principio de «estatalidad» de los países miembros y si, por la forma de tomar esta decisión, se ve conculcado el principio democrático, en virtud del cual una decisión sobre la «estatalidad» sólo podría ser tomada por el poder constituyente del pueblo.

Como ya se ha dejado sentado en las páginas precedentes, el BVerfG no considera en ningún momento que el Tratado de Maastricht implique una pérdida de soberanía estatal de la República Federal, por lo que no procede a realizar más consideraciones sobre el tema. Cabría, no obstante, coincidir con parte de la doctrina alemana en que el «salto cualitativo» que representa el TUE con respecto a las preexistentes Comunidades Europeas deja la puerta abierta a la posible pérdida para los Estados miembros de su carácter estatal y, por consi-

(70) Véase para Alemania ISENSEE/KIRCHHOF, «*Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*», párr. 13, cit., Bd. I, Rdn. 8, pág. 595; DIETRICH MURSWIEK, «Maastricht und der pouvoir constituant», cit., pág. 163. En España habría llegado el TC a conclusiones similares en la medida en que se hubiese planteado el problema en su Declaración de 1-07-1992, como pone de relieve ANTONIO LÓPEZ CASTILLO/JÖRG POLAKIEWICZ, «Verfassung und Gemeinschaftsrecht im Spanien», *EuGRZ*, núms. 11-12, 1993, pág. 277.

(71) En el caso de Alemania, como ya se ha mencionado, además indisponible para los poderes constituidos y modificable únicamente por el pueblo como poder constituyente, esto es, ajeno a la norma constitucional; en el texto constitucional español, por el contrario, no se establecen límites materiales a la acción del poder de reforma, si bien en el caso de que ésta afectase a un principio estructural, como el democrático, sería necesaria la participación del pueblo (art. 168), permaneciendo discutido en la doctrina, si este «pueblo» es *el órgano constituido «pueblo»* —cfr. PEDRO DE VEGA, «*La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*», Tecnos, Madrid, 1985, pág. 235— o se trata del *pueblo «poder constituyente juridificado»* —cfr. MANUEL REYES: «*Constitución y democracia*», Tecnos, Madrid, 1989, pág. 36.

guiente, del carácter soberano de su ordenamiento jurídico (72). La frontera es tanto cualitativa como cuantitativa. El ordenamiento no puede quedar competencialmente reducido a niveles de insignificancia existencial. Por el contrario, tampoco se podrían producir atribuciones competenciales de tal naturaleza que si bien no sean importantes por su número, sí lo sean por su naturaleza, en concreto por suponer la puesta del propio ordenamiento a disposición de otro ordenamiento jurídico distinto, rompiendo así igualmente con su carácter soberano.

De acontecer cualquiera de estas dos situaciones habría que considerar tanto al TUE como al posible derecho derivado que de las instituciones comunitarias emanase como nulo por infracción de normas constitucionales. La infracción y su posible solución serían, no obstante, distintas según se tratase del ordenamiento jurídico alemán o del español. Mientras que en el caso de Alemania se vulnerarían los artículos 20.I, 23.I, 79.III y 146 GG, pues la disposición sobre el carácter soberano —estatalidad— del ordenamiento jurídico alemán sería una decisión que sólo compete al poder constituyente del pueblo (art. 146 GG) y se halla sustraída al poder constituido de reforma (73), por el contrario, en España la infracción lo sería de los artículos 95 y 168 CE, que requieren la reforma constitucional previa a la ratificación de un Tratado que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución, así como que dicha reforma se lleve a cabo conforme al procedimiento agravado del artículo 168, el cual prevé la participación del pueblo en su ratificación cuando la misma suponga la modificación del Título Preliminar (74).

(72) Con respecto a la Grundgesetz, habría que distinguir el momento de la «estatalidad» del de la «soberanía» de la República Federal dados los antecedentes históricos sobre los que se asienta. Mientras, como ya hemos visto, el carácter de Alemania como un Estado con existencia en el ámbito del Derecho internacional es anterior a la Ley Fundamental de Bonn, que únicamente definiría los rasgos estructurales y políticos de esa unidad estatal, el carácter soberano de esa unidad estatal y de su ordenamiento jurídico, representado en su Ley Fundamental, no acontecería hasta el 5 de mayo de 1955, en que sobre la base del «Tratado sobre las relaciones entre la RFA y los tres poderes» des-apareció el «status» de «régimen de ocupación» hasta entonces vigente para la República Federal; cfr. ISENSEE/KIRCHHOF, «*Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*», cit., Bd I, Rdn. 95, pág. 253; ISENSEE/KIRCHHOF, «*Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*», cit., Bd. I, Rdn. 5, pág. 593.

(73) Cfr. DIETRICH MURSWIEK, «Maastricht und der pouvoir constituant», cit., págs. 161 y sigs. A conclusiones similares llega en la doctrina francesa OLIVIER BEAUD, «La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht», *Revue Française du Droit Administratif*, núm. 9, 1993, págs. 1.057 y sigs., aunque sobre la base de «límites materiales» a la reforma constitucional, implícitos en la cláusula de intangibilidad del artículo 89.5 de la Constitución de 1958; en contra estaría la tesis que sostiene el Conseil Constitutionnel en su decisión núm. 92-312 DC de 2-09-1992 «Maastricht II», de la cual se derivaría que al ser el poder de reforma «soberano», siempre que respete la forma republicana de gobierno que impone el mencionado artículo 89.5, sería éste el competente para disponer sobre la soberanía estatal.

(74) El artículo 1 del Título Preliminar CE establece que España se constituye en un Estado

Si el TUE implica o no una pérdida de «estatalidad» para España o Alemania —y, por consiguiente, el ordenamiento alemán o español ya no serían más soberanos—, es una cuestión que no obstante ha de quedar abierta a la interpretación que se dé a las previsiones del texto del TUE. Siempre y cuando los Tribunales Constitucionales mantengan su decisión de afirmar la superioridad jerárquica de la Constitución sobre el Derecho comunitario, preserven en manos del poder constituyente de cada Estado la disposición sobre el ordenamiento mismo, y reserven un mínimo competencial de peso político sustancial en manos de los órganos nacionales, podremos seguir afirmando que no se ha constituido ningún Estado Federal Europeo ni los Estados suscriptores del TUE han perdido su carácter de tales.

3. *La conculcación del principio democrático*

El principio democrático, principio estructural posible mas no necesario en cualquier ordenamiento jurídico, tiene inicialmente un núcleo material común en los distintos Estados miembros de la Unión Europea y una concretización jurídica diversa en cada uno de esos ordenamientos jurídicos. Así, tanto en el ordenamiento alemán (75) como en el ordenamiento español (76), el principio democrático se define a partir del principio de soberanía popular.

La insuficiencia del principio de soberanía popular como contenido de la decisión constitucional en la RFA para estructurar un ejercicio democrático del poder (77) se muestra fácilmente desde el momento en que la titularidad del poder constituyente del pueblo sólo garantiza una legitimidad democrática de origen, mas no una legitimación democrática actual. Para lograr, por tanto, que la democracia sea una forma de Estado y de gobierno, cuya pretensión sea hacer real la máxima de que el «pueblo» (78) sea además fuente de todo el

social y democrático de Derecho. Es la propia CE la que constituye a España como Estado, y es, por tanto, esta decisión parte del contenido fundamental del artículo 1, hallándose protegida por el especial procedimiento de reforma previsto para el Título en el que se incluye.

(75) «La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social» (art. 20.I GG); «Todo el poder del Estado emana del pueblo. Es ejercido por el pueblo en “referenda” y en elecciones, así como mediante determinados órganos del poder legislativo, del poder ejecutivo y del poder judicial» (art. 20.II GG).

(76) «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...» (art. 1.1 CE); «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado» (art. 1.2 CE).

(77) Cfr. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «§ 22 Demokratie als Verfassungsprinzip», en «*Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*», cit., Rdn. 6-7, pág. 890.

(78) «Pueblo» que en este contexto se nos presenta ya como la colectividad de nacionales del Estado, constituida por el ordenamiento, y a cuyos miembros en cuanto tales el ordenamiento

poder jurídico, es preciso que el ejercicio del poder se organice conforme a unos determinados mecanismos, principios y estructuras que garanticen que el «pueblo» alemán (79) es efectivamente titular de todo el poder estatal. Entre los mismos tienen una especial incidencia y se ven especialmente afectados por el proceso de integración europea los principios de legitimación democrática funcional-institucional, organizatorio-personal y material, en especial teniendo en cuenta la exigencia de una cadena de legitimación que en mayor o menor grado y sin rupturas conduzca del ejercitante concreto de poder público al pueblo como entidad colectiva que el principio democrático así genera (80).

El principio democrático se conforma, por otra parte, y en íntima conexión con el logro de la cadena de legitimación, a través de mecanismos de participación del ciudadano en la formación de la voluntad estatal, cuya concreción más directa es el derecho fundamental a participar en la elección (81) por medio del cuerpo electoral, seleccionado exclusivamente a partir de los criterios de nacionalidad y de edad, de un órgano constitucional, la Cámara baja, en la que se concentran las principales funciones de creación normativa del ordenamiento. El principio democrático, la consideración de un Estado como Estado democrático, implica, por consiguiente, la necesidad de imputar, aunque sea de modo indirecto —mediante en mecanismo de la representación parlamentaria—, las decisiones normativas que recaen sobre el sujeto pueblo a este mismo sujeto (82).

La Constitución española de 1978, por su parte, fruto de un proceso constituyente-constituido (83), con un fundamento jurídico, por consiguiente, radicalmente distinto al de la RFA, no escinde el contenido del principio democrático en dos concreciones distintas (soberanía popular y legitimación democrática, sinónimos, respectivamente, de atribución del poder constituyente al pueblo y

atribuye distintos derechos de participación al servicio de esta función legitimadora; cfr. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «§ 22 Demokratie als Verfassungsprinzip», en «*Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*», cit., Rdn. 26 sigs., págs. 903-904.

(79) La mención a la nacionalidad del sujeto veremos más adelante que es de suma importancia y determinante respecto de la preservación del principio democrático en el fenómeno de integración europea. A este respecto, no está de más recordar que el «pueblo», colectividad constituida por la Ley Fundamental viene definido por el artículo 116 GG, que en cierta medida remite al legislador de la nacionalidad la determinación de este último extremo.

(80) Cfr. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «§ 22 Demokratie als Verfassungsprinzip», en «*Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*», cit., Rdn. 9, pág. 893.

(81) Véase artículo 38.I GG conforme a la interpretación que le ha dado el BVerfGE 47, 253, 269.

(82) Véase la cláusula de Estado democrático del artículo 20.I y II GG, junto con los derechos de participación democrática de los ciudadanos en la formación de la voluntad del ordenamiento (véase, v. gr., art. 38.I GG).

de mecanismos de participación en el ejercicio de poder estatal) (84). Se puede decir, en ese sentido, que para la CE el dogma de la soberanía popular (art. 1.2 CE) sólo tiene sentido jurídico como la inicial concreción estructural del principio de Estado democrático (art. 1.1 CE). Dicho en otras palabras, mientras en la doctrina alemana el principio democrático parece actuar tanto *ad intra* (85), determinando un concreto modo de articulación de la creación normativa con participación de los sujetos llamados a soportar esas normas, como *ad extra*, convirtiéndose en el único fundamento válido de la cúspide del ordenamiento, en la CE su actuación se reduciría, por razones dogmáticas (86), exclusivamente *ad intra* del propio ordenamiento. Por lo que respecta a los mecanismos, principios y estructuras en que se concreta secundariamente el programa normativo del principio democrático en nuestro ordenamiento, éstos son análogos a aquéllos que pretenden hacer efectiva la legitimación popular del ejercicio del poder público en la RFA (87).

Por otro lado, y a semejanza de lo que acontece respecto del principio de soberanía popular en Alemania, el sujeto hacia el cual ha de reconducirse el criterio de imputación normativa es el pueblo español, por lo que sólo él sería el titular de la soberanía nacional en estos términos de principio democrático expuestos. Ningún «pueblo europeo» podría suplantarle en la titularidad de la

(83) Cfr. IGNACIO DE OTTO Y PARDO, «*Derecho constitucional. Primer curso*», cit., págs. 72-73, para quien se produce en el proceso constituyente español tres rupturas de la continuidad lógica del ordenamiento jurídico, por haberse aplicado una norma sobre sí misma. No teniendo por qué tener efectos jurídico-positivos esas rupturas lógicas, cabe concluir de su argumentación que *a sensu contrario*, desde un punto de vista jurídico-positivo, habría continuidad y, por consiguiente, ejercicio de un poder constituyente constituido.

(84) En este sentido distinguiéndolos, véase MANUEL ARAGÓN REYES, «*Constitución y democracia*», Tecnos, Madrid, 1989, págs. 25 sigs., 67 sigs., que diferencia entre la *democracia* como principio jurídico en la *Constitución* y la *democracia* como principio jurídico de la *Constitución*. La soberanía popular y el principio democrático de la *Constitución* se refieren tanto a un poder constituyente originario como al «poder constituyente juridificado» en el Título X, mientras la *democracia* en la *Constitución* se concreta en una serie de reglas materiales, organizativas y procedimentales, que permiten imputar al pueblo el ejercicio del poder.

(85) Conceptos «ad intra» y «ad extra» que no son utilizados en esta ocasión para referir la creación normativa espacio-personalmente, sino las fronteras de validez del ordenamiento jurídico.

(86) Expresivas del carácter continuista del ordenamiento jurídico que tiene la CE de 1978, a pesar de su ratificación por referéndum popular, pues su validez no derivaría sino de normas jurídicas previas cuya legitimidad política hay que buscarla fuera de la soberanía popular.

(87) Derechos políticos de participación (STC 51/1984 de 25 de abril, FJ 3.º), legitimación democrática concatenada directa o indirecta de todo cargo público mediante los principios de legitimación funcional-institucional, organizativo-personal y material, principio de mayoría como regla general de conformación de la voluntad de los órganos colegiados, etc.

misma, ni aun en el supuesto de que mediante esta sustitución del sujeto la imputación se lograra de un modo si acaso más directo. Los términos de la norma constitucional son claros: «La soberanía nacional reside en el *pueblo español*, del que emanan todos los poderes del Estado». No parece, por consiguiente, admisible el razonamiento que pretende salvar el déficit democrático en el ordenamiento comunitario, atentatorio contra el principio democrático por la vía de la legitimación democrática a nivel supranacional en el Parlamento Europeo (88). El Parlamento Europeo no es representante del «pueblo español», del «pueblo alemán» o del «pueblo francés», sino de todos ellos a un tiempo (art. 138 TCE), por lo que la cadena de legitimación democrática no puede establecerse por esa vía, sino que ha de serlo por la vía de los órganos internos estatales.

La modificación y, en su caso, merma inaceptable del principio de participación del pueblo, elemento legitimador del ordenamiento mismo, en el ejercicio y legitimación de los poderes estatales constituidos, tal y como prevén el artículo 20.I GG o el artículo 1.II CE, es, en fin, una decisión que o bien, como es el caso de Alemania, le está vedada a la competencia del poder de reforma (art. 79.III GG), y, por consiguiente, sólo puede ser modificada en un proceso constituyente con participación del pueblo mismo, o bien, como es el caso de España, se halla sometido al rígido procedimiento de reforma del artículo 168 CE, en el que es igualmente necesaria la participación popular. La consecuencia de haber obviado estas prescripciones, caso de que el TUE implicase una contradicción con este principio, sería sin lugar a dudas la nulidad del Derecho originario y del Derecho derivado que conlleven la mencionada contradicción, pues tanto la GG como la CE someten al Derecho comunitario en todo caso a la condición de validez de respetar a la propia norma constitucional.

(88) En este sentido, cfr. CHRISTIAN TOMUTSCHAT, «Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts», *EuGRZ*, núms. 20-21, 1993, pág. 493.