

# EL IMPACTO DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL ALEMANA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1992: EL NUEVO ARTÍCULO 23 DE LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN

MARIANO BACIGALUPO

**SUMARIO:** I. ANTECEDENTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 21 DE DICIEMBRE DE 1992.—II. NECESIDAD DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE INTEGRACIÓN EUROPEA.—III. PANORÁMICA GENERAL DE LAS MODIFICACIONES DE LA LFB INTRODUCIDAS POR LA REFORMA.—IV. EN PARTICULAR, EL NUEVO ARTÍCULO 23 LFB: 1. *La constitucionalización de la participación de la RFA en la Unión Europea y su sometimiento a la reserva de la salvaguardia de los principios del Estado social y democrático de Derecho, así como de un nivel de protección de los derechos fundamentales equiparable en lo esencial al garantizado por la LFB.* 2. *La reserva de salvaguardia del principio federal, así como del de subsidiariedad.* 3. *La reserva de salvaguardia de los límites formales y materiales a la reforma constitucional establecidos en la LFB.* 4. *Los nuevos mecanismos de participación de los Länder en el proceso de formación de la voluntad política de la Federación en asuntos de la Unión Europea, así como en la representación exterior de la RFA ante la Unión.*—V. ADDENDA: Consideraciones provisionales sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de octubre de 1993 relativa a la constitucionalidad de la Ley de ratificación del Tratado de la Unión Europea y de la reforma constitucional de 21 de diciembre de 1992.

Recién transcurridas algunas semanas desde la aprobación por las dos cámaras del Parlamento alemán de la Ley de ratificación (*Zustimmungsgesetz*) del Tratado de la Unión Europea (1), el 2 y 18 de diciembre de 1992, entró en vigor, el 25 de diciembre del mismo año, una Ley de reforma de la Ley

---

(1) Esta Ley, de 28 de diciembre de 1992, publicada el 30 de diciembre de 1992 (BGBl II, págs. 1251 y sigs.), y en vigor desde el día siguiente, fue recurrida en amparo, juntamente con la Ley de reforma constitucional de 21 de diciembre de 1992, ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. En vista de ello, el presidente federal no suscribió y el Gobierno Federal no depositó el instrumento de ratificación en espera del pronunciamiento del TCF, el cual tuvo lugar el 12 de octubre de 1993, cuando este estudio se encontraba ya en prensa (vid. *infra*, Addenda).

Fundamental Bonn (LFB) (2), de 21 de diciembre, que viene a adaptarla a las sensibles transformaciones, directas e indirectas, que el mencionado Tratado de Maastricht, celebrado el 7 de febrero de 1992, operará sobre el Derecho constitucional nacional de los respectivos Estados miembros de las Comunidades Europeas, y en particular sobre el de la RFA. Tanto es así, que la reforma constitucional aludida, además de introducir algunas modificaciones puntuales de menor importancia, incorpora a la LFB un nuevo artículo 23 (en sustitución del antiguo precepto *consumado* tras la adhesión (*Beitritt*) de la República Democrática Alemana (RDA) a la RFA en el marco del proceso de unificación), que introduce una habilitación constitucional específica (junto a la genérica ya existente en el art. 24.1 LFB) en orden a la participación de la RFA en la Unión Europea, al mismo tiempo que condiciona dicha participación al cumplimiento de determinados criterios por parte de la Unión y establece los mecanismos de participación de los *Länder* en el proceso de formación de la voluntad política de la Federación en asuntos de la Unión Europea, así como en la representación exterior de la RFA ante la Unión.

#### I. ANTECEDENTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 21 DE DICIEMBRE DE 1992

En la reforma constitucional alemana de 21 de diciembre de 1992 se han plasmado íntegramente, a salvo de ligerísimas modificaciones de detalle introducidas con posterioridad durante el correspondiente procedimiento legislativo, las recomendaciones de reforma constitucional (*Reformempfehlungen*) sugeridas a las Cámaras Legislativas por la Comisión Constitucional Conjunta (*Gemeinsame Verfassungskommission*) de la Dieta (*Bundestag*) y del Consejo Federal (*Bundesrat*) (3), constituida el 16 de enero de 1992, en cumplimiento

(2) Publicada en «Bundesgesetzblatt» (BGBl.), núm. 58, de 24 de diciembre de 1992. El texto original de la Ley de reforma puede consultarse también en el «Boletín de Documentación» (BD) del Tribunal Constitucional, núm. 1/1993, págs. 213 y sig. Esta reforma constitucional ha sido también brevemente comentada entre nosotros por BERNAS VÁZQUEZ, en el apéndice del libro por él mismo coordinado *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros*, Madrid, Civitas, 1993, págs. 597 y sigs.

(3) Cfr., al respecto, el estudio del propio copresidente de la citada Comisión Constitucional (en representación de la Dieta), R. SCHOLZ, titulado *Grundgesetz und Europäische Einigung - Zu den reformpolitischen Empfehlungen der Gemeinsamen Verfassungskommission*, «Neue Juristische Wochenschrift» (NJW) 1992 (núm. 41, 7 de octubre de 1992), págs. 2593 y sigs. Véase igualmente el estudio de HERDEGEN *Die Belastbarkeit des Verfassungsgefüges auf dem Weg zur Europäischen Union*, «Europäische Grundrechte Zeitschrift» (EuGRZ) 1992 (núm. 24), págs. 589 y sigs.

de lo dispuesto en el artículo 5 del Tratado de Unificación (*Einigungsvertrag*), de 31 de agosto de 1990. En dicho precepto del Tratado de Unificación los Gobiernos de la RFA y de la antigua RDA incluyeron, como se recordará, un catálogo con propuestas de futuras reformas constitucionales para la Alemania reunificada, que debían ser estudiadas por las Cámaras Legislativas resultantes de las primeras elecciones conjuntas celebradas en diciembre de 1990 (4).

Curiosamente fueron las recomendaciones de reforma constitucional referentes a la profundización del proceso de integración europea las primeras que formuló, el 26 de junio de 1992, la Comisión Constitucional Conjunta de las Cámaras, a pesar de no haber sido incluida esta materia en el catálogo de propuestas de futuras reformas constitucionales contenido en el referido artículo 5 del Tratado de Unificación (5). Sin embargo, la celebración en Maastricht del Tratado de la Unión Europea, con el consiguiente impacto en el Derecho constitucional nacional de los respectivos Estados miembros de la misma, tan sólo tres semanas después de la constitución de la Comisión Constitucional Conjunta de las Cámaras Legislativas alemanas, determinó que se aplazara el estudio de las reformas constitucionales propuestas en el Tratado de Unificación (para lo cual se constituía, en realidad, dicha Comisión Constitucional), de modo que se pudiera dar preferencia a la preparación de la reforma constitucional, a la que obligaba, conforme a una opinión mayoritaria, la celebración del mencionado Tratado de Maastricht, cuya entrada en vigor, en principio, se esperaba, de acuerdo con lo previsto en él, para la entonces no tan lejana fecha del 1 de enero de 1993.

## II. NECESIDAD DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE INTEGRACION EUROPEA

La ratificación del Tratado de la Unión Europea por parte de la RFA hacía necesaria, al menos, la reforma del artículo 28 LFB. En efecto, el reconocimiento, en el artículo 8.B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, tal y como queda redactado por el Tratado de Maastricht, del derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos de la Unión que residen

(4) Cfr., al respecto, M. BACIGALUPO: *Política y Constitución en la Alemania actual*, «Revista de Estudios Políticos» (Nueva época), núm. 75, enero-marzo 1992, págs. 271 y sigs.

(5) El catálogo con propuestas de futuras reformas constitucionales contenido en el artículo 5 del Tratado de Unificación incluía, como se recordará, las siguientes materias: a) fortalecimiento de la estructura federal de la RFA; b) reordenación territorial de los *Länder*, y c) incorporación a la LFB de principios rectores de la política del Estado.

en un Estado miembro del que no sean nacionales, no encontraba cabida en la redacción originaria del mencionado artículo 28 LFB. Así lo había afirmado expresamente el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF) en su más reciente jurisprudencia referente al reconocimiento, en la legislación de los Estados de Hamburgo y de Schleswig-Holstein, del derecho de sufragio de los residentes extranjeros en las elecciones municipales (6). De acuerdo con dicha jurisprudencia, la *cláusula de homogeneidad constitucional (Homogenitätsklausel)* contenida en el artículo 28 LFB (que vincula la autonomía constitucional de los *Länder* a la observancia de los principios fundamentales de la Constitución federal establecidos en el artículo 20 LFB: Estado republicano, social y democrático de Derecho) implica que el sujeto de legitimación democrática del poder estatal al que se refiere, conforme a la interpretación del TCF, el artículo 20.2 LFB, el *pueblo alemán*, es único en todos los entes territoriales, incluidos los entes locales en tanto que parte integrante de los *Länder* y soportes de poder estatal derivado.

Algo más discutida era la necesidad de una reforma del artículo 88 LFB, el cual, en el contexto de las reglas constitucionales de distribución de las competencias ejecutivas entre la Federación y los *Länder*, se limitaba a regular, en su redacción originaria, la constitución de un Banco Federal (*Bundesbank*) como Banco central emisor de la República. En efecto, en la doctrina se ha sostenido ocasionalmente que las disposiciones que el artículo G del Tratado de Maastricht introduce en el capítulo II del título VI (arts. 105 y siguientes) del Tratado Constitutivo de la Comunidad (Económica) Europea («Política monetaria») no afectaban, a tenor de lo dicho, al ámbito específico de regulación del artículo 88 LFB (7). Sin embargo, hubo consenso, al menos político, en el seno de la Comisión Constitucional Conjunta de las Cámaras, en el sentido de que el artículo 88 LFB, junto al artículo 28, formaba parte de aquellos preceptos constitucionales que, como mínimo, requerían ser reformados en el marco de la ratificación del Tratado de la Unión Europea por parte de la RFA (8).

Pero la cuestión verdaderamente interesante, desde el punto de vista dogmático-constitucional, es la de si había necesidad de crear una habilitación constitucional específica para posibilitar la participación de la RFA en la

(6) Cfr. sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 31 de octubre de 1990, publicada en «Neue Juristische Wochenschrift» (NJW) 1991, págs. 161 y sigs. Véase también M. BACIGALUPO: *Política y Constitución en la Alemania actual*, cit., págs. 287 y sig.

(7) Cfr., por ejemplo, OPPERMANN/CLASSEN: *Die EG vor der Europäischen Union*, «Neue Juristische Wochenschrift» (NJW) 1993 (núm. 1, de 6 de enero), págs. 5 y sigs., espec. pág. 11.

(8) Cfr. SCHOLZ: *op. cit.*, pág. 2594; en igual sentido, VON SIMSON/SCHWARZE: *Die europäische Integration und das Grundgesetz*, Berlín, 1992, pág. 57.

Unión Europea diseñada en el Tratado de Maastricht o, formulada la pregunta desde el ángulo opuesto, si no bastaba a tales efectos con la habilitación genérica ya existente en el artículo 24.1 LFB, que permite atribuir por ley el ejercicio de derechos de soberanía a instituciones supranacionales (*zwischenstaatliche Einrichtungen*) (9). A este respecto sucede algo similar a lo que ocurre en relación a la cuestión de si la creación de la Unión monetaria hacía necesaria una reforma del precepto constitucional que regula la constitución del *Bundesbank*, el ya mencionado artículo 88 LFB. Es decir, también en este punto se alcanzó un consenso político entre las fuerzas políticas parlamentarias representadas en la Comisión Constitucional Conjunta de las Cámaras, no tanto sobre la *necesidad jurídico-constitucional* (10) (afirmación ésta que se trató de eludir, al menos en términos taxativos), cuanto sobre la *conveniencia político-constitucional* de crear una habilitación constitucional específica (11) en la que poder amparar, sobre todo de cara al futuro, la participación de la RFA en una Unión Europea susceptible de alcanzar niveles de desarrollo y de profundización aún mayores que los establecidos en el Tratado de Maastricht, lo cual, sin duda, hace pensar en que, si no ahora, sí en un futuro no muy lejano, no quepa ya hablar en relación a la Unión Europea de una mera «institución supranacional» en el sentido que, al menos tradicionalmente, se ha venido dando al artículo 24.1 LFB (12).

(9) Cfr., en relación a la reavivada discusión en estos últimos años referente a la cuestión de los *límites inmanentes* de la habilitación del artículo 24.1 LFB, las indicaciones bibliográficas y jurisprudenciales contenidas en M. BACIGALUPO: *Política y Constitución en la Alemania actual*, cit., págs. 284 y sig.

(10) Cfr., en este sentido, SCHOLZ: *op. cit.*, pág. 2594; HERDEGEN: *op. cit.*, pág. 592, así como HÄBERLE: *Verfassungsrechtliche Fragen im Prozeß der europäischen Einigung*, «Europäische Grundrechte Zeitschrift» (EuGRZ) 1992 (núm. 18), págs. 429 y sigs., en particular págs. 430 y sig. Más restrictivo aún es el punto de vista sostenido por MURSWIEK, para quien la («mera») ratificación parlamentaria del Tratado de la Unión Europea es inconstitucional por constituir la creación de la Unión Europea una decisión de naturaleza *constituyente*, cuya adopción estaría vedada al legislador, aun cuando actuare como *reformador constitucional*, en tanto que *poder constituido* (cfr. su artículo *Maastricht und der Pouvoir Constituant. Zur Bedeutung der verfassungsgebenden Gewalt im Prozeß der europäischen Integration*, «Der Staat» 32 (1993), núm. 2, págs. 161 y sigs. Por el contrario, parten de la suficiencia de la habilitación genérica ya existente en el artículo 24.1 LFB, por ejemplo, OPPERMAN/CLASSEN: *op. cit.*, pág. 11, así como VON SIMSON/SCHWARZE: *op. cit.*, pág. 58.

(11) El grado de consenso alcanzado se manifiesta claramente en el respaldo obtenido por las recomendaciones de reforma constitucional formuladas por la Comisión Constitucional Conjunta de las Cámaras legislativas, las cuales fueron aprobadas con el voto afirmativo de entre 59 y 62 de los 64 miembros de la Comisión, según el precepto constitucional afectado.

(12) Sin embargo, debe llamarse la atención sobre aquellas voces en la doctrina que consideran que el estadio del proceso de integración europea alcanzado en Maastricht agota, cuando menos, si no lo rebasa ya, el *techo constitucional* de dicho proceso, al afectar éste en el grado

### III. PANORAMICA GENERAL DE LAS MODIFICACIONES DE LA LFB INTRODUCIDAS POR LA REFORMA

Llegados a este punto y antes de entrar en el estudio más pormenorizado de la regulación contenida en el nuevo artículo 23 LFB, en tanto que auténtico precepto nuclear de la reforma, parece oportuno realizar previamente un repaso general a las diversas modificaciones de la LFB introducidas por aquélla, para así poder obtener un mejor entendimiento de las mismas en su debida conexión sistemática.

#### a) *Artículo 23 LFB*

El ya tantas veces mencionado nuevo artículo 23 LFB reza del siguiente modo:

(1) Con el fin de contribuir a la consecución de una Europa unida, la República Federal de Alemania participa en el desarrollo de la Unión Europea, la cual está vinculada por los principios del Estado social y democrático de Derecho, así como por el principio federal y el de subsidiariedad, y que garantiza la protección de los derechos fundamentales en un nivel equiparable en lo esencial al garantizado por esta Ley Fundamental. A estos efectos la Federación puede atribuir por Ley y con el acuerdo del Consejo Federal el ejercicio de derechos de soberanía. El artículo 79.2 y 79.3 es de aplicación a la fundación de la Unión Europea, así como a la modificación de sus Tratados constitutivos y a otras regulaciones análogas, siempre que produzcan una alteración del contenido de esta Ley Fundamental o posibiliten una alteración tal.

(2) En los asuntos propios de la Unión Europea participan la Dieta Federal, así como los *Länder* a través del Consejo Federal. El Gobierno Federal habrá de informar a la Dieta y al Consejo Federal de manera global, así como en el momento más temprano posible.

(3) El Gobierno Federal habrá de conceder a la Dieta la oportunidad de pronunciarse con anterioridad a su participación en el proceso de normación de la Unión Europea. El Gobierno Federal habrá de tomar en cuenta los pronunciamientos de la Dieta en las negociaciones. La Ley regulará los pormenores.

---

evolutivo alcanzado al núcleo inalterable de la Constitución protegido por la «cláusula de eternidad» del artículo 79.3 LFB. Quienes así piensan abogan consecuentemente por una *interpretación restrictiva conforme a la Constitución (verfassungskonforme Reduktion)* del nuevo artículo 23 LFB. Cfr. en este sentido, por ejemplo, DI FABIO: *Der neue Art. 23 des Grundgesetzes. Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?*, «Der Staat» 32 (1993), núm. 2, págs. 191 y sigs. Véase asimismo, en este contexto, BLANKE: *Der Unionsvertrag von Maastricht - Ein Schritt auf dem Weg zu einem europäischen Bundesstaat?*, «Die Öffentliche Verwaltung» (DÖV) 1993, núm. 10, págs. 412 y sigs.

(4) El Consejo Federal participa en el proceso de formación de la voluntad política de la Federación en tanto que tuviera que participar en la formación de una decisión interna de naturaleza análoga o que la competencia interna correspondiera a los *Länder*.

(5) Cuando en un ámbito de competencias exclusivas de la Federación se afecten los intereses de los *Länder* o cuando a la Federación corresponda la competencia legislativa (concurrente o marco) (13), el Gobierno Federal habrá de tomar en cuenta el pronunciamiento del Consejo Federal. Cuando se afecten esencialmente las competencias legislativas de los *Länder* o bien su organización y procedimientos administrativos habrá de tomarse en cuenta como determinante en la formación de la voluntad política de la Federación la postura del Consejo Federal; ello se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de la Federación en cuanto al Estado en su conjunto. En asuntos que pudieran conducir a un aumento del gasto público federal o a una reducción de los ingresos de la Federación se requerirá el acuerdo del Gobierno Federal.

(6) Si se afectan esencialmente las competencias legislativas exclusivas de los *Länder*, la Federación procurará delegar el ejercicio de los derechos que le correspondan a la República Federal de Alemania como Estado miembro de la Unión Europea en un representante de los *Länder* designado por el Consejo Federal. El ejercicio de tales derechos se llevará a cabo con la participación del Gobierno Federal y en sintonía con él; ello se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de la Federación en cuanto al Estado en su conjunto.

(7) La Ley, que requerirá la aprobación del Consejo Federal, regulará los pormenores de los apartados 4 a 6.

#### b) *Artículo 24.1.a) LFB*

El artículo 24.1 LFB, que contiene, como se dijo, la habilitación genérica que permite atribuir por Ley simple (esto es, sin participación del Consejo Federal) el ejercicio de derechos de soberanía a instituciones supranacionales, no se ve afectado por la incorporación, en el nuevo artículo 23 LFB, de una habilitación específica para la participación en la RFA en la Unión Europea. Téngase en cuenta que el artículo 24.1 LFB continuará desplegando toda su virtualidad respecto de toda cesión de soberanía que no se dirija a la Unión Europea, como sucede, por ejemplo, con el ejercicio de determinadas competencias en materia de defensa, atribuido a la estructura militar integrada de la OTAN.

Sin embargo, es probable que precisamente en materia de política exterior y de seguridad pueda producirse una compleja superposición de los diversos

(13) La aclaración es nuestra.

regímenes establecidos en el artículo 23 y en el 24.1 LFB (14), derivada de la aplicabilidad del nuevo artículo 23 LFB a la *Política Exterior y de Seguridad Común* (PESC) de la Unión Europea (título V, arts. J a J.9 del Tratado de Maastricht). Obsérvese que este último precepto no distingue a los efectos de su aplicación entre el *pilar comunitario* y los *pilares intergubernamentales* de la Unión.

Por lo demás, la reforma constitucional de 21 de diciembre de 1992 incorpora al artículo 24 LFB un nuevo apartado 1.a), que tiene el siguiente tenor:

En la medida en la que los *Länder* sean competentes para el ejercicio y el cumplimiento de las potestades y funciones públicas, éstos podrán atribuir con el acuerdo del Gobierno Federal el ejercicio de derechos de soberanía a instituciones transfronterizas (*grenznachbarschaftliche Einrichtungen*).

Como se deduce de su propio enunciado, este nuevo apartado incorporado al artículo 24 LFB abre la novedosa e interesante posibilidad, antes inexistente, de que los *Länder* atribuyan el ejercicio de competencias propias a organizaciones o instituciones transfronterizas de integración suprarregional. Repárese, pues, en que una previsión de tales características introduce una dimensión que trasciende la de la clásica cooperación interregional transfronteriza. En efecto, puede afirmarse que la reforma constitucional ha venido a completar la ya existente «cláusula de supranacionalidad» del artículo 24.1 LFB con una auténtica «cláusula de suprarregionalidad». La razón sistemática de que ésta haya sido incorporada al artículo 24 y no en el marco del nuevo artículo 23 LFB, a pesar de ser notoria su vinculación con el fortalecimiento del componente regional en el seno de las Comunidades Europeas introducido por el Tratado de Maastricht, reside en la voluntad del legislador de que la posibilidad de que los *Länder* puedan atribuir el ejercicio de sus competencias a instituciones transfronterizas no se limite al ámbito de la integración suprarregional con entes regionales fronterizos de los Estados miembros de la Unión Europea, sino que también pueda abarcar a la integración suprarregional con los entes regionales fronterizos de los Estados limítrofes con la RFA que, al menos por el momento, no pertenecen a la Unión, esto es, de Suiza, Austria, Polonia y de la República Checa.

#### c) *Artículo 28.1 LFB*

Como ya se indicó igualmente, la reforma incorpora un nuevo inciso al artículo 28.1 LFB, que reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo en

(14) Cfr. SCHOLZ: *op. cit.*, pág. 297.

las elecciones locales a los ciudadanos de la Unión que residan en Alemania. Dicho inciso reza de la siguiente manera:

En las elecciones que se celebren en los entes locales supramunicipales (*Kreise*) y en los municipios (*Gemeinden*) también serán electores y elegibles las personas que posean la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Europea, de conformidad con el Derecho comunitario.

d) *Artículo 45 LFB*

En el marco de la regulación constitucional de la composición, del funcionamiento y de los poderes de la Dieta, la reforma introduce un nuevo precepto en el artículo 45, el cual, por derogación del precepto al que originariamente dio cabida, se encontraba carente de contenido alguno. El nuevo artículo 45 tiene el siguiente contenido:

En la Dieta se constituye una Comisión para asuntos de la Unión Europea. La Dieta puede habilitar a la Comisión a ejercer los derechos que, de conformidad con el artículo 23, correspondan a la Dieta en relación al Gobierno Federal.

Este precepto permite, pues, que los derechos que el artículo 23.2 y 23.3 reconoce a la Dieta, a saber, el derecho de participación de la Dieta en los asuntos de la Unión Europea (art. 23.2), así como el derecho a pronunciarse previamente a la participación del Gobierno Federal en el proceso comunitario de creación normativa, puedan ser ejercidos por delegación del Pleno por una Comisión permanente creada a esos mismos efectos.

e) *Artículos 50 y 52.3.a) LFB*

La reforma adecúa la redacción del artículo 50 LFB, relativo a la función institucional del Consejo Federal, a las nuevas competencias que en relación a los asuntos de la Unión Europea le otorga el nuevo artículo 23 LFB. Aquél queda, pues, redactado del siguiente modo:

Los *Länder* participan en la actividad legislativa y administrativa de la Federación, así como en los asuntos de la Unión Europea, a través del Consejo Federal.

Por lo demás, y de modo similar a lo que establece el nuevo artículo 45 respecto de la Dieta, la reforma incorpora un nuevo apartado 3.a) al artículo 52 LFB que autoriza la creación de una Comisión (o «Cámara», en los

términos de la reforma) para asuntos de la Unión Europea. Dicho apartado tiene el siguiente tenor:

El Consejo Federal puede crear para asuntos de la Unión Europea una Cámara de Europa (*Europakammer*), cuyas resoluciones tendrán el valor de resoluciones del Consejo Federal. El artículo 51.2 y 51.3, inciso segundo, es de aplicación analógica.

f) *Artículo 88 LFB*

Como ya se mencionó también, la reforma añade un nuevo inciso al precepto de la LFB que establece la creación del *Bundesbank*, el artículo 88. Tal inciso reza del siguiente modo:

Sus funciones y potestades (a saber, los del *Bundesbank*) pueden ser atribuidas en el marco de la Unión Europea al Banco Central Europeo, el cual debe ser independiente y persigue como objetivo preferente el aseguramiento de la estabilidad de los precios.

A este respecto parece oportuno resaltar nuevamente que, al igual que sucede con el nuevo artículo 23 LFB, la nueva norma constitucional básica en materia de integración europea, la reforma no se limita a crear las necesarias habilitaciones constitucionales específicas para la participación de la RFA en las nuevas instituciones de la Unión Europea, sino que al mismo tiempo condiciona tal participación al cumplimiento de determinados criterios por parte de la Unión, si bien se trata de criterios cuyo cumplimiento exige también, sin excepción, el propio Tratado de Maastricht. En lo que a este punto se refiere, se suma, pues, a las diversas *reservas de salvaguardia* que incorpora expresamente el nuevo artículo 23 LFB (reserva de salvaguardia de los principios del Estado social y democrático de Derecho, de un nivel equiparable de protección de los derechos fundamentales, etc.), la reserva de salvaguardia del carácter independiente del Banco Central Europeo, así como del aseguramiento de la estabilidad de los precios como objetivo preferente de su actuación.

g) *Artículo 115.e).2, inciso segundo, LFB*

Finalmente, la reforma introduce una aclaración en el artículo 115.e).2, inciso segundo, LFB, que regula la exclusión de determinadas materias de la competencia legislativa de urgencia que corresponde a la Diputación Conjunta de la Dieta y del Consejo Federal (*Gemeinsamer Ausschuß*) en los estados de defensa nacional (*Verteidigungsfall*). Dicha aclaración añade a las materias excluidas (atribución por ley del ejercicio de derechos de soberanía a institu-

ciones supranacionales, reordenación por ley del territorio de los *Länder*) la posibilidad de reformar la LFB en el marco de la modificación de los Tratados constitutivos de la Unión Europea, de conformidad con el artículo 23.1.2 LFB. En consecuencia, el artículo 115.e).2, inciso segundo, LFB queda redactado del siguiente modo:

La Diputación Conjunta no está autorizada a aprobar leyes de las previstas en los artículos 23.1.2, 24.1 y 29.

#### IV. EN PARTICULAR, EL NUEVO ARTICULO 23 LFB

Sobre la base de esta primera panorámica de las modificaciones de la LFB introducidas por la reforma constitucional de 21 de diciembre de 1992, es posible ahora abordar un estudio más pormenorizado del precepto nuclear de la misma, el nuevo artículo 23 LFB, que, tal y como se apuntó, constituye de aquí en adelante la norma constitucional básica en Alemania en materia de integración europea, desplazando así al artículo 24.1 LFB.

1. *La constitucionalización de la participación de la RFA en la Unión Europea y su sometimiento a la reserva de salvaguardia de los principios del Estado social y democrático de Derecho, así como de un nivel de protección de los derechos fundamentales equiparable en lo esencial al garantizado por la LFB (art. 23.1.1 LFB)*

Como se ha señalado repetidamente, el nuevo artículo 23.1 LFB, incorporado por la reforma constitucional de 21 de diciembre de 1992, contiene, en su inciso primero, una doble dimensión: por un lado, no sólo habilita, sino que *constitucionaliza* expresamente la participación de la RFA en la Unión Europea, y por otro, somete tal participación a la *reserva de salvaguardia* de determinados principios estructurales en la configuración política e institucional de la Unión, entre los que figuran precisamente los principios del Estado social y democrático de Derecho, así como la protección de los derechos fundamentales en un nivel equiparable en lo esencial al garantizado por la LFB.

De este modo, el artículo 23 LFB viene a completar la *cláusula de homogeneidad constitucional* del artículo 28.1 LFB, que vincula la autonomía constitucional de los *Länder* a la observancia de los principios fundamentales de la Constitución federal, establecidos en el artículo 20 LFB, exigiendo

también de la Unión Europea dicha homogeneidad o congruencia constitucional (15).

Sin embargo, como seguramente no habrá pasado inadvertido, esta doble cláusula, que la doctrina más reciente ha calificado como «cláusula de apertura a la integración y de aseguramiento estructural» (*Integrationsöffnungs- und Struktursicherungsklausel*) (16), también ha generado en la segunda de sus vertientes, la referente a la reserva de salvaguardia, una *constitucionalización*, aunque esta vez en relación a la ya célebre jurisprudencia «Solange» del Tribunal Constitucional Federal alemán. Esta jurisprudencia ha venido a sostener, como es sabido, que la posibilidad, constitucionalmente prevista en la «cláusula de supranacionalidad» del artículo 24.1 LFB, de atribuir por ley el ejercicio de derechos de soberanía a instituciones u organizaciones supranacionales, concretamente a las Comunidades Europeas, está sometida a *límites inmanentes* a la propia Constitución, que impiden que por la vía de la cesión de soberanía pueda prescindirse de la propia «identidad del orden constitucional vigente» (*Identität der geltenden Verfassungsordnung*), así como de sus «estructuras fundamentales» (*Grundstrukturen der Verfassung*), y, en particular, del nivel de protección de los derechos fundamentales dispensado por la LFB, en cuanto «elemento esencial e inalienable de la estructura constitucional de la Ley Fundamental» (*unaufgebbares, zur Verfassungsstruktur des Grundgesetzes gehörendes Essentiale*). Por cierto que, como es igualmente sabido, el TCF viene considerando desde su famosa sentencia «Solange II» (17), dictada en 1986, que dicho nivel de protección de los derechos fundamentales también se dispensa, en lo esencial (*im wersentlichen gleichzuachtender Grundrechtsschutz*), por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), al entender éste que los derechos fundamentales, deducidos de las «tradiciones constitucionales comunes de los Derechos de los Estados miembros», «están comprendidos en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto asegura el Tribunal» (18). Es ésta, preci-

(15) A la inversa, el Tratado de la Unión Europea, en su artículo F.1, también establece exigencias de homogeneidad constitucional para los Estados miembros, «cuyos sistemas de gobierno —según dice dicho artículo— se basarán en principios democráticos».

(16) Cfr. SCHOLZ: *op. cit.*, págs. 2596 y sig., así como 2598 y sig.

(17) Sentencia de 22 de octubre de 1986, publicada en *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE), vol. 73, págs. 339 y sigs.

(18) Cfr. sentencias del TJCE «Stauder», de 12 de noviembre de 1969, así como «Internationale Handelsgesellschaft», de 17 de diciembre de 1970. Como es sabido, por lo demás, este criterio jurisprudencial lo recoge ahora expresamente el Tratado de la Unión Europea en su artículo F.2, si bien, sorprendentemente, dentro de las disposiciones comunes del título I, que el artículo L sustrae al control jurisdiccional ejercido por el TJCE. El citado artículo F.2 reza del siguiente modo: «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan

samente, la razón por la cual el TCF ha renunciado, *en tanto que (solange)* se cumpla la condición de la equiparabilidad esencial de los niveles de protección de los derechos fundamentales (circunstancia ésta que, por cierto, ha sido puesta en duda por alguna doctrina reciente) (19), a extender su jurisdicción tanto a los actos comunitarios como a los actos internos de aplicación de naturaleza reglada, para así evitar también un control indirecto de la constitucionalidad de aquéllos (20).

Todo ello hace pensar, por lo demás, que el legislador que reformó la LFB, condicionando la participación de la RFA en la Unión Europea al cumplimiento por parte de la misma de sus propios principios constitucionales fundamentales, ha estimado que tal condición se cumple y, al parecer, no sólo en cuanto a la consagración de un nivel de protección de los derechos fundamentales equiparable al dispensado por la LFB, sino también en cuanto a los demás principios fundamentales. Lo cual reviste una extraordinaria importancia si se tiene en cuenta que tanto en el plano político como en el doctrinal se ha venido cuestionando repetidamente que la configuración institucional de las Comunidades Europeas, incluso después de haber entrado en vigor el Tratado de Maastricht, satisfaga las exigencias nucleares del principio democrático (art. 20.2 LFB), tal y como se las ha entendido en la jurisprudencia del TCF (21). Es precisamente éste, por cierto, el punto neurálgico en el que inciden fundamentalmente los recursos de amparo directo interpuestos contra la Ley de ratificación del Tratado de la Unión Europea de 28 de diciembre de 1992 (22).

En cualquier caso, está por ver qué grado de *justiciabilidad* acabará por alcanzar la reserva de salvaguardia del artículo 23.1.1 LFB o, formulada la

---

en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.»

(19) Cfr., al respecto, EVERLING: *Brauchen wir Solange III? Zu den Förderungen nach Revision der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, en *Europarecht* (EuR) 1990, vol. 3, págs. 195 y sigs.; véase igualmente TOMUSCHAT: *Aller guten Dinge sind III? Zur Diskussion um die Solange-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, en *Europarecht* (EuR) 1990, vol. 4, págs. 340 y sigs.

(20) Cfr., en este sentido, nuevamente el auto de 9 de julio de 1992 de la sección tercera de la Sala Segunda del TCF, publicado en «Die Öffentliche Verwaltung» (DÖV) 1992, núm. 23, pág. 1010.

(21) Cfr., al respecto, M. BACIGALUPO: *Política y Constitución en la Alemania actual*, cit., pág. 285; véase igualmente SCHILLING: *Die deutsche Verfassung und die europäische Einigung*, en *Archiv des öffentlichen Rechts* (AöR) 1991, vol. 116, págs. 32 y sigs., en particular 57 y sigs., así como HÄBERLE: *op. cit.*, pág. 432.

(22) Véase *infra*, Addenda.

pregunta desde la óptica inversa, qué *margen de apreciación* está dispuesto el TCF a reconocer al respecto a los órganos constitucionales competentes (23).

2. *La reserva de salvaguardia del principio federal, así como del de subsidiariedad (art. 23.1.1 LFB)*

Mayor relevancia jurídico-política reviste, desde luego, el sometimiento expreso de la participación de la RFA en la Unión Europea a la reserva de salvaguardia del principio federal, así como del de subsidiariedad. Porque mientras la reserva de salvaguardia de un estándar equiparable de protección de los derechos fundamentales ya se recogía con suficiente virtualidad en la jurisprudencia «Solange» del TCF, no existía hasta la fecha un cuerpo jurisprudencial de un vigor comparable al de la citada doctrina que determinara con la claridad suficiente cuáles son los límites que vinculan la atribución a las Comunidades Europeas de competencias que constitucionalmente corresponden a los *Länder*. En efecto, en la doctrina no se había formulado otro límite que el derivado de una aplicación analógica de la llamada «cláusula de eternidad» (*Ewigkeitsklausel*) del artículo 79.3 LFB, que regula los límites materiales absolutos a la reforma constitucional (24). Sin embargo, tal aplicación no permitía otra cosa que considerar vedado constitucionalmente un estándar de transferencia de competencias propias de los *Länder* a las Comunidades Europeas que cruzara el *Rubicón* infraqueable constituido por la exigencia de mantener, como mínimo, un núcleo de competencias propias que todavía permitiera afirmar su carácter esencial de Estados federados.

La importancia de la reserva de salvaguardia del principio federal, así como del de subsidiariedad, no reside tanto, por consiguiente, en condicionar la participación de la RFA en la Unión Europea a la observancia estricta de su propia «vocación federal» (término este que, como es sabido, finalmente no se incorporó de modo expreso a la versión definitiva del Tratado), sino en condicionarla específicamente a la salvaguardia de la estructura federal interna de la RFA como Estado miembro de la Unión (25).

Sin embargo, se ha de reconocer que son pocas las respuestas concretas que a este respecto aporta el nuevo artículo 23 LFB y muchas las interrogantes que o bien deja subsistentes o bien crea *ex novo*. Así, por ejemplo, continúan sin concretarse los límites que la Constitución impone a la atribución por ley

(23) Escépticos al respecto se manifiestan OPPERMANN/CLASSEN: *op. cit.*, pág. 12, así como HERDEGEN: *op. cit.*, pág. 591.

(24) Cfr. M. BACIGALUPO: *Política y Constitución en la Alemania actual*, cit., pág. 285.

(25) Cfr. SCHOLZ: *op. cit.*, pág. 2599; OPPERMANN/CLASSEN: *op. cit.*, pág. 12, así como HÄBERLE: *op. cit.*, págs. 434 y sigs.

de competencias propias de los *Länder* a las Comunidades, por mucho que la reforma haya introducido, como un correctivo formal, la obligatoriedad de la aprobación de aquélla por parte del Consejo Federal, la Cámara de representación de los *Länder*.

Por otra parte, está por ver si el TCF reclamará para sí la justiciabilidad plena del principio de subsidiariedad, que también incorpora la reforma a la Constitución, o si, por el contrario, renunciará a extender su jurisdicción a tales extremos en una aplicación analógica de la jurisprudencia «Solange II», por considerar suficiente la justiciabilidad de dicho principio a cargo del TJCE (26). Sin embargo, parece dudoso que proceda en este caso una aplicación analógica de dicha jurisprudencia, pues, a diferencia de lo que sucede en relación a la protección de los derechos fundamentales, no incumbe al TJCE, a la hora de fiscalizar la observancia del principio de subsidiariedad, salvaguardar las competencias que, de acuerdo con el Derecho constitucional de los Estado miembros, puedan corresponder a los entes infraestatales. Lo cual no carece de relevancia, dado que un *control paralelo* de la subsidiariedad a cargo de un Tribunal Constitucional nacional puede conducir a una delicada situación de contradicción con la jurisprudencia del TJCE.

### 3. *La reserva de salvaguardia de los límites formales y materiales a la reforma constitucional establecidos en la LFB (art. 23.1.3 LFB)*

En efecto, el nuevo artículo 23.1.3 LFB establece que «el artículo 79.2 y el 79.3 es de aplicación a la fundación de la Unión Europea, así como a la modificación de sus Tratados constitutivos y a otras regulaciones análogas, siempre que produzcan una alteración del contenido de la Ley Fundamental o posibiliten una alteración tal». Como es sabido, en el artículo 79 LFB, al que remite el artículo 23.1.3 LFB, se regula el procedimiento legislativo de revisión constitucional. En su apartado primero, que, sin embargo, no es declarado aplicable, se establece la obligación de que toda revisión constitucional vaya acompañada en todo caso de la correspondiente modificación del propio texto constitucional (primer límite formal a la reforma constitucional). En el apartado segundo se establece el requisito de aprobación de la Ley de

(26) Cfr., a este respecto, P.-M. HUBER: *Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der Gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung*, en *Archiv des öffentlichen Rechts* (AÖR), vol. 116, 1991, págs. 210 y sigs. Véase además, sobre la justiciabilidad del principio de subsidiariedad, igualmente problemática, en el ámbito estrictamente comunitario, MANGAS MARTÍN: *El Tratado de la Unión Europea: un análisis de su estructura general*, «Gaceta Jurídica de la CEE», Serie D (GJ-114/D-17) (número monográfico: *El Tratado de la Unión Europea*, 1992), págs. 13 y sigs., concretamente págs. 44 y sigs.

reforma por mayoría cualificada de dos tercios de los miembros de la Dieta y del Consejo Federal (segundo límite formal a la reforma constitucional). Y en el ya mencionado apartado tercero se contiene la «cláusula de eternidad», que sustrae determinadas materias, a saber, los principios fundamentales del artículo 20 LFB (principios del Estado social y democrático de Derecho, así como el principio federal) y el derecho fundamental al respeto y a la tutela de la dignidad de la persona (art. 1 LFB), a toda reforma constitucional.

La inclusión de esta remisión al artículo 79 LFB en el artículo 23 LFB pretende evitar que en el futuro continúen produciéndose, por la vía de la atribución por Ley de derechos de soberanía a instituciones supranacionales (art. 24.1 LFB), reformas de la Constitución al margen del procedimiento legislativo de revisión constitucional previsto en la propia LFB o, como también suele decirse, «quebrantamientos materiales de la Constitución» (*materielle Verfassungsdurchbrechungen*) (27). Sin embargo, es dudoso que tal objetivo se haya logrado verdaderamente mediante la remisión al artículo 79.2 y 79.3, al menos por cuanto se refiere a la salvaguardia de los límites formales a la reforma constitucional. Porque si bien se ha asegurado el requisito de aprobación por mayoría cualificada de las Cámaras mediante la remisión al artículo 79.2 LFB, la no inclusión en dicha remisión del artículo 79.1 LFB (obligación de que toda reforma constitucional tenga su correspondiente reflejo en el texto constitucional) permitirá que por la vía de la atribución de competencias a la Unión Europea continúen produciéndose reformas materiales de la Constitución que no se reflejen en el propio texto de la LFB (28). Por fin, la remisión a los límites materiales de la reforma constitucional, esto es, a la «cláusula de eternidad» del artículo 79.3 LFB, además de ser meramente aclarativa, dado que regiría en todo caso, nada agrega, pues son casi idénticas, a la reserva de salvaguardia de los principios del Estado social y democrático de Derecho, así como de un nivel equiparable de protección de los derechos fundamentales, ya de por sí contenida en el propio artículo 23.1.1 LFB.

4. *Los nuevos mecanismos de participación de los Länder en el proceso de formación de la voluntad política de la Federación en asuntos de la Unión Europea, así como en la representación exterior de la RFA ante la Unión*  
(art. 23.4 a 7 LFB)

a) *La participación de los Länder en el proceso de formación de la voluntad política de la Federación en asuntos de la Unión Europea*  
(art. 23.4 y 5 LFB)

(27) Cfr. SCHOLZ: *op. cit.*, págs. 2597 y 2599.

(28) HERDEGEN: *op. cit.*, pág. 591.

El nuevo artículo 23 LFB, en sus apartados 4 a 6, sustituye y eleva de rango (de rango legal a rango constitucional) la regulación del sistema de participación de los *Länder* en el proceso de formación de las decisiones comunitarias hasta ahora vigente, contenida en el artículo 2 de la Ley alemana de ratificación y aplicación del Acta Unica Europea (*Ausführungsgesetz zur Einheitlichen Europäischen Akte*), de 19 de diciembre de 1986 (29). Este sistema, denominado comúnmente *Bundesratsverfahren* (procedimiento ante el Consejo Federal), no alcanzó a cobrar la virtualidad deseada (30), a pesar de que ya recogía (por cierto, de manera dudosamente constitucional) (31) buena parte de los mecanismos de participación que la reciente reforma de la LFB acaba de constitucionalizar. En cualquier caso, lo cierto es que los *Länder* ya venían demandando unánimemente, incluso con anterioridad a la celebración del Tratado de Maastricht, que los mecanismos de participación fueran fortalecidos, además de constitucionalizados, para despejar así los reparos de inconstitucionalidad.

De aquí en adelante la participación de los *Länder* en el proceso de formación de la voluntad política de la Federación en asuntos de la Unión Europea se producirá, de conformidad con el nuevo artículo 23 LFB, en el marco de una serie de procedimientos que podrían calificarse como «escalonados» (*gestuftes Verfahren*) (32).

En primer lugar, el artículo 23.1.2 LFB establece con carácter general que la atribución por Ley de derechos de soberanía a las Comunidades Europeas requerirá en todo caso, esto es, con independencia de que en el plano interno correspondan a los *Länder* o a la Federación, el acuerdo (*Zustimmung*) del Consejo Federal, Cámara de representación de aquéllos.

En segundo lugar, se establece en el artículo 23.2 LFB, también con carácter general, que «en los asuntos de la Unión Europea participan... los *Länder* a través del Consejo Federal». Esta norma general halla sus normas de concreción en los apartados 4 a 6 del citado artículo 23 LFB, que son aquellos que regulan los aludidos procedimientos «escalonados» en cuyo

(29) Cfr., al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA: *La participación de las Comunidades Autónomas en la formación de las decisiones comunitarias*, en CORTES DE CASTILLA Y LEÓN (ed.): *Comunidades Autónomas y Comunidades Europeas. Relaciones jurídico-institucionales*, 1991, págs. 95 y sigs., concretamente, págs. 111 y sigs. (en particular, 113 y sig.).

(30) Cfr. SCHÖLZ: *op. cit.*, pág. 2596.

(31) Cierta doctrina consideró inconstitucional reconocer por Ley al Consejo Federal facultades para participar en la política exterior de la Federación que no estaban expresamente previstas en la LFB (cfr. al respecto, con más indicaciones bibliográficas, M. BACIGALUPO: *Política y Constitución en la Alemania actual*, cit., pág. 281).

(32) Cfr. SCHÖLZ: *op. cit.*, págs. 2597, así como 2599 y sigs.

marco se produce esa participación de los *Länder* en los asuntos de la Unión Europea. El primer «escalón» lo constituye la previsión de *cuándo* participan los *Länder* en el proceso de formación de la voluntad política de la Federación en tales asuntos. A este respecto, el artículo 23.4 LFB establece que «el Consejo Federal participa... en tanto que tuviera que participar en la formación de una medida interna de naturaleza análoga o que la competencia interna correspondiera a los *Länder*».

A continuación se requiere determinar *cómo* han de participar los *Länder* en el proceso de formación de la voluntad política de la Federación. En este sentido se establece en el artículo 23.5.1 LFB que «cuando en un ámbito de competencias exclusivas de la Federación se afecten los intereses de los *Länder* o cuando a la Federación corresponda la competencia legislativa (concurrente o marco)», el Gobierno Federal deberá en todo caso «tomar en cuenta el pronunciamiento del Consejo Federal» (= segundo «escalón»). Obsérvese que esta obligación incluye los supuestos referidos a materias que corresponden a la *competencia concurrente* (arts. 72 y 74 LFB) o a la *competencia-marco* (art. 75 LFB) de la Federación, aun cuando no se afecten los intereses de los *Länder*.

Por el contrario, cuando se afecten esencialmente las competencias legislativas de los *Länder* (no sólo las exclusivas, sino también las concurrentes y las de desarrollo legislativo de la legislación federal marco) o bien se afecten su organización o procedimientos administrativos (en el marco de la posterior aplicación o ejecución indirecta de las normas comunitarias en cuestión), el artículo 23.5.2 LFB prevé que en la formación de la voluntad política de la Federación habrá de considerarse «como determinante» (*maßgeblich zu berücksichtigen*) la postura que al respecto adopte el Consejo Federal (= tercer «escalón»).

Repárese, sin embargo, en que la obligación, establecida en el artículo 23.5 LFB, de tomar en cuenta, ya sea «como determinante» o no, la postura o el pronunciamiento adoptados por el Consejo Federal, no les confiere, ni siquiera en el primero de los supuestos aludidos, un efecto jurídicamente vinculante. Ciertamente, lo que pretende tal obligación es *reducir* el *margen de actuación* de los órganos federales competentes, en particular del Gobierno Federal, mas *no anularlo* por entero. A este fin responde precisamente la cláusula de salvaguardia establecida en el artículo 23.5.2 LFB *in fine*, según la cual la obligación de tomar en cuenta la postura del Consejo Federal se entiende «sin perjuicio de la responsabilidad de la Federación en cuanto al Estado en su conjunto».

Por fin, contribuye al aseguramiento de la responsabilidad de la Federación en cuanto al Estado en su conjunto la previsión, establecida en el artículo

23.5.3 LFB, del requisito insoslayable de aprobación de la postura del Consejo Federal por parte del Gobierno Federal, incluso si aquélla tuviera el carácter de «determinante», de conformidad con el artículo 23.5.2 LFB, cuando se refiera a asuntos que pudieran conducir bien a un aumento del gasto público federal o bien a una reducción de los ingresos de la Federación. Lo cual no es más que la necesaria proyección de las prerrogativas gubernamentales en materia de política presupuestaria que establece el artículo 113 LFB.

b) *La participación de los Länder en la representación exterior de la RFA ante la Unión (art. 23.6 LFB)*

Por otra parte, la reforma no se limita a introducir generosos mecanismos de participación de los *Länder* en el proceso de formación de la voluntad política de la Federación en asuntos de la Unión Europea, sino que incorpora también, en el artículo 23.6 LFB, una novedad, consistente en la atribución por parte del Gobierno Federal del ejercicio de los derechos que corresponden a la RFA como Estado miembro de la Unión, como regla general, a un representante de los *Länder* designado por el Consejo Federal, cuando se afecten esencialmente las competencias legislativas exclusivas de los *Länder*. Esta regulación tiene un alcance sensiblemente mayor que la hasta ahora vigente, contenida en el artículo 2.5 de la Ley alemana de ratificación del Acta Unica Europea, donde sólo se preveía la posibilidad de que el representante del Gobierno Federal en el Consejo fuera asistido a petición de los *Länder* por unos observadores en representación de los mismos.

Como se recordará, además, la nueva redacción dada al artículo 146 del Tratado C(E)E por el Tratado de la Unión Europea, a iniciativa de Bélgica, que no de la RFA, por cierto, ha pretendido abrir la posibilidad precisamente de que los Estados miembros, en atención a su respectivo sistema interno de reparto de competencias, sean representados en el Consejo por ministros de los Gobiernos de los entes infraestatales titulares internamente de las correspondientes competencias, y no ya sólo por ministros pertenecientes a los Gobiernos nacionales (33). De este modo, el artículo 146 del citado Tratado establece en la nueva redacción que «el Consejo estará compuesto por un representante de cada Estado miembro de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno de dicho Estado miembro». Por tanto, no se exige

(33) Cfr., al respecto, J. Díez-Hochleitner: *La reforma institucional de las Comunidades Europeas acordada en Maastricht*, «Gaceta Jurídica de la CE», Serie D (GJ-115/D-18) (número monográfico: *El Tratado de Unión Europea, segunda parte*), septiembre 1992, págs. 9 y sigs., concretamente págs. 70 y sigs.

que los representantes sean necesariamente ministros pertenecientes a los Gobiernos nacionales.

Repárase nuevamente, sin embargo, en que la asunción de la representación exterior de la RFA ante la Unión por parte de un representante de los *Länder* designado por el Consejo Federal está sometida, de manera aún más estricta que los mecanismos de participación en la formación de la voluntad política de la Federación, a una triple cláusula de salvaguardia de la responsabilidad de la Federación en cuanto al Estado en su conjunto. En efecto, el artículo 23.6 LFB no se limita a reiterar, en su inciso segundo *in fine*, la citada fórmula de que la participación de los *Länder* en la representación exterior de la RFA ante la Unión se entiende «sin perjuicio de la responsabilidad de la Federación en cuanto al Estado en su conjunto». Así, para empezar, la delegación del ejercicio de los derechos que corresponden a la RFA como Estado miembro de la Unión en un representante de los *Länder* no se ha configurado como preceptiva en todos los casos en los que concurran sus presupuestos. Por el contrario, la Federación sólo está obligada a «procurar» atribuir su representación exterior ante la Unión a un representante de los *Länder* designado por el Consejo Federal, lo cual otorga al Gobierno Federal un cierto *margen de apreciación* que le permitirá reservarse el ejercicio de los derechos que corresponden a la RFA como Estado miembro de la Unión cuando así lo exijan las circunstancias, de conformidad con su propia apreciación política (34). Por tanto, a la existencia de límites a la asunción de la representación exterior de la RFA ante la Unión por parte de un representante de los *Länder* se suma, en este caso, la limitada justiciabilidad de los mismos, que redundan en beneficio de la Federación.

Por lo demás, y he aquí el tercero de los condicionamientos a los que se somete la representación exterior de la RFA ante la Unión a cargo de un representante de los *Länder*, tal representación debe ejercerse con la «participación del Gobierno Federal», esto es, de un alto funcionario del mismo, así como en «sintonía» (*in Abstimmung*) con aquél (art. 25.6.2 LFB). A este respecto, entiende la escasa doctrina habida hasta la fecha que el consenso entre el representante de los *Länder* en el que se delegó el ejercicio de la representación exterior de la RFA, por un lado, y el Gobierno Federal, por otro, deberá producirse de conformidad con las reglas que rigen la participación de los *Länder* en el proceso interno de formación de la voluntad política de la Federación (art. 23.5 LFB), es decir, prevaleciendo como «determinante» la postura adoptada por el Consejo Federal (dado que se afectan esencialmente competencias legislativas exclusivas de los *Länder*), pero a salvo, eso

---

(34) Cfr. SCHOLZ: *op. cit.*, págs. 2598 y 2600.

sí, de la responsabilidad de la Federación en cuanto al Estado en su conjunto (35).

No faltan, sin embargo, quienes manifiestan su más profundo escepticismo respecto de la operatividad de estos complejos equilibrios mediante los que se ha tratado de modular aquellos generosos mecanismos de participación de los *Länder* introducidos por la reforma, tanto en el proceso de formación de la voluntad política de la Federación en asuntos de la Unión Europea como en la representación exterior de la RFA ante la Unión. Así, por ejemplo, están incluso quienes expresan su temor a que el nuevo artículo 23 LFB, lejos de convertirse en una «palanca de integración» (*Integrationshebel*) aún más eficaz que la del viejo artículo 24.1 LFB, acabe por generar una situación de «autobloqueo» institucional interno en la RFA que dañe seriamente sus esfuerzos de integración (36).

Por consiguiente, reside aquí, esto es, en la necesaria modulación y matización del nuevo sistema de participación de los *Länder* diseñado en el artículo 23 LFB, la decisiva importancia que ya *a priori* cabe atribuir a la futura Ley reguladora de sus pormenores, cuya aprobación prevé el apartado 7 de dicho artículo (37).

## V. ADDENDA

CONSIDERACIONES PROVISIONALES SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN DE 12 DE OCTUBRE DE 1993 RELATIVA A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE RATIFICACIÓN DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 21 DE DICIEMBRE DE 1992  
(38-39)

### 1. *Los antecedentes y el fallo de la sentencia*

#### a) *Los antecedentes*

Contra la Ley de ratificación del Tratado de la Unión Europea, de 28 de diciembre de 1992, y la recién comentada Ley de reforma constitucional, de

(35) Cfr. SCHOLZ: *op. cit.*, pág. 2600.

(36) Cfr. OPPERMANN/CLASSEN: *op. cit.*, pág. 12, así como HERDEGEN: *op. cit.*, pág. 593.

(37) Con posterioridad a la terminación de este trabajo hemos tenido conocimiento de que el Parlamento alemán ya ha dictado dos leyes, una sobre colaboración del Gobierno Federal con el *Bundestag* en asuntos de la Unión Europea (*Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union*) y otra sobre colaboración de la Federación con los *Länder* en tales asuntos (*Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union*). Ambas leyes fueron dictadas el 12 de marzo de 1993 (publicadas en BGBl I, págs. 311 y 313, respectivamente). Se trata de leyes que entrarán en vigor cuando a su vez lo haga el Tratado de la Unión Europea.

(38) Cfr. al respecto los estudios doctrinales, previos a la sentencia del TCF, de OSSENBÜHL:

21 de diciembre del mismo año, que introdujo la oportuna habilitación constitucional al efecto, se interpusieron cinco recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán (Sala Segunda), uno de ellos por un ciudadano alemán, ex funcionario comunitario, y los otros cuatro por otros tantos diputados alemanes al Parlamento Europeo, que, sin embargo, lo hacían en calidad de meros ciudadanos (asuntos 2 BvR 2134/92 y 2 BvR 2159/92, respectivamente).

El primero de los mencionados recursos se dirigía tanto contra la Ley de ratificación del Tratado de la Unión Europea como contra la Ley de reforma

---

*Maastricht und das Grundgesetz - eine verfassungsrechtliche Wende?*, en «Deutsches Verwaltungsblatt» (DVBl) 1993, págs. 629 y sigs.; SCHWARZE: *Das Staatsrecht in Europa*, en «Juristen-Zeitung» (JZ) 1993, págs. 585 y sigs.; EVERLING: *Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes*, en DVBl 1993, págs. 936 y sigs., así como de P.-M. HUBER: *Maastricht - ein Staatsstreich?*, Jena, 1993.

(39) La sentencia de la Sala Segunda del TCF alemán recaída el 12 de octubre de 1993 en los asuntos 2 BvR 2134/92 y 2 BvR 2159/92, en fase ya de corrección de pruebas, está encabezada por nueve *directrices* oficiales (*amtliche Leitsätze*), que rezan del siguiente modo:

«1. El artículo 38 LFB excluye, en el ámbito de aplicación del artículo 23 LFB, que la legitimación y la influencia sobre el ejercicio del poder estatal, derivadas del ejercicio del derecho de sufragio, sean de tal modo vaciadas de contenido mediante el trasvase de competencias y prerrogativas propias del *Bundestag*, que resulte vulnerado el principio democrático, en cuanto lo declara intangible el artículo 79.3 LFB, en conexión con el artículo 20.1 y 2 LFB.

2. El principio democrático no impide que la República Federal de Alemania sea miembro de una Comunidad interestatal, organizada de forma supranacional. Condición de una tal participación, sin embargo, es que esté garantizada también dentro de una Unión de Estados (*Staatenverbund*) una legitimación y una influencia provenientes del pueblo.

3. a) Cuando una Unión de Estados democráticos tiene encomendadas competencias de poder público (*hoheitliche Aufgaben*) y ejerce a tal efecto prerrogativas de poder público (*hoheitliche Befugnisse*), son ante todo los pueblos de los Estados miembros quienes deben legitimar aquello a través de los Parlamentos nacionales. Por tanto, la legitimación democrática se produce mediante la reconducción (*Rückkopplung*) de la actividad de los órganos europeos a los Parlamentos de los Estados miembros; a ello se añade dentro de la configuración institucional de la Unión Europea —y de manera creciente en la medida en que se unen las naciones europeas— la legitimación democrática que resulta del Parlamento Europeo elegido por los ciudadanos de los Estados miembros.

b) Lo decisivo es que las bases democráticas de la Unión sean reforzadas al paso de la propia integración, así como que se mantenga en los Estados miembros, aun en estados más avanzados de la integración, una democracia vivaz.

4. Si es de los Parlamentos nacionales de donde resulta la legitimación democrática, como sucede en la actualidad, es claro que desde el punto de vista del principio democrático existen límites a una ampliación de las competencias y prerrogativas de las Comunidades Europeas. Deben reservarse al *Bundestag* competencias y prerrogativas de peso sustancial.

5. Se infringe el artículo 38 LFB si una Ley que abre el ordenamiento jurídico alemán a la vigencia y la aplicación directas del Derecho de las Comunidades Europeas (supranacionales) no establece con un grado de determinabilidad suficiente los derechos de soberanía cedidos para

constitucional que, como se dijo, introdujo la oportuna habilitación constitucional al efecto. Los otros cuatro, por el contrario, sólo iban dirigidos contra la citada Ley de ratificación.

El primer recurrente apoyó su recurso en una supuesta vulneración del derecho, de naturaleza fundamental (*grundrechtsgleiches Recht*), consagrado en el artículo 38 LFB, que establece el carácter general, directo, libre, igual y secreto de la elección de los diputados al *Bundestag*, así como el carácter de éstos como representantes de todo el pueblo alemán que, al responder sólo

---

su ejercicio, así como el programa de integración pretendido. Ello significa al mismo tiempo que modificaciones esenciales posteriores del programa de integración establecido en el Tratado de la Unión, así como de sus habilitaciones y apoderamientos, no estarían cubiertas por la Ley de ratificación de dicho Tratado. El Tribunal Constitucional Federal verificará si los actos jurídicos de las instituciones europeas y los de sus órganos respetan o, por el contrario, rebasan los límites de los derechos de soberanía que les han sido cedidos (cfr. STCF en BVerfGE 75, 223).

6. En la interpretación de normas habilitantes por instituciones y órganos de las Comunidades debe observarse que el propio Tratado distingue, en principio, entre el ejercicio de una prerrogativa de poder público cedida en forma limitada, de un lado, y la modificación del Tratado, de otro, por lo que su interpretación no puede equivaler en sus resultados a una modificación del Tratado; una interpretación tal de normas habilitantes no surtiría efecto vinculante alguno respecto de la República Federal de Alemania.

7. También los actos de un poder público especial, como lo es el de una organización supranacional, separado del poder estatal de los Estados miembros, afectan a los titulares de derechos fundamentales en Alemania. Afectan, por tanto, a las garantías de la Ley Fundamental y a las funciones del Tribunal Constitucional Federal, que tienen por objeto la protección de los derechos fundamentales en Alemania y, por consiguiente, no sólo frente a órganos estatales alemanes (cambio de jurisprudencia respecto de STCF en BVerfGE 58, 1, 27). Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal ejerce su jurisdicción sobre la aplicabilidad de Derecho comunitario derivado en Alemania en una «relación de cooperación» con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

8. El Tratado de la Unión crea una Unión de Estados (*Staatenverbund*) para la realización de una unión cada vez más estrecha de los pueblos europeos (estatalmente organizados) (art. A TUE) y no un Estado propio asentado en un pueblo europeo estatalmente organizado.

9. a) El artículo F.3 TUE no habilita a la Unión para dotarse por su propia autoridad de los medios financieros o demás medios de actuación que estime necesarios para la realización de sus fines.

b) El artículo L TUE sólo excluye la jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto de aquellos preceptos del Tratado de la Unión que no la habilitan para la adopción de medidas con efecto directo (*Durchgriffswirkung*) sobre los titulares de derechos fundamentales en el ámbito de soberanía de los Estados miembros.

c) La República Federal de Alemania no se somete con la ratificación del Tratado de la Unión a un «automatismo», imprevisible, incalculable e inconducible en su autodinámica, hacia la Unión monetaria; el Tratado abre el camino a una escalonada integración mayor de la comunidad jurídica europea que depende, en todos sus siguientes pasos, sea de presupuestos actualmente ya previsibles para el Parlamento, sea de un posterior acuerdo adicional del Gobierno Federal que, a su vez, debe estar influido por el Parlamento.»

ante su conciencia, no están sometidos a mandato imperativo. Según el recurrente, este derecho a una representación democráticamente legitimada en el *Bundestag* tiene por finalidad proteger el derecho de los ciudadanos alemanes a participar en el ejercicio del poder estatal, tal y como se establece en el artículo 20.2.2 LFB. Este derecho, arguye el recurrente, quedaría sustancialmente disminuido con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, pues trasladaría éstas competencias esenciales del *Bundestag* alemán a órganos de las Comunidades Europeas. Es más, el Tratado otorgaría a la Unión, en su artículo F.3, una competencia originaria sobre la propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*) que le permitiría atribuirse competencias no transferidas. Tras una ampliación tal de las competencias comunitarias, el poder estatal no sería ejercido ya en Alemania por los representantes electos de todo el pueblo alemán en el *Bundestag*, es decir, no sería ejercido ya por el pueblo alemán.

También vulneraría el artículo 38 LFB, según este recurrente, el propio déficit democrático de las Comunidades Europeas. El auténtico legislador comunitario sería el Consejo, esto es, los Gobiernos de los Estados miembros, mientras que el Parlamento Europeo mantendría esencialmente su tradicional función consultiva. Ello vulneraría el principio democrático y el de legalidad administrativa, pues sería el propio ejecutivo quien emanaría las leyes que está llamado a aplicar. Este déficit democrático, por otro lado, no estaría suficientemente compensado mediante mecanismos de participación de los Parlamentos nacionales en el proceso normativo comunitario. Todo ello dejaría de satisfacer el contenido esencial del derecho fundamental consagrado en el artículo 38 LFB, consistente en elegir directamente al verdadero órgano legislativo.

Apoyó su recurso el primero de los recurrentes anteriormente mencionados también en una supuesta vulneración de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 1.1 (dignidad de la persona), 2.1 (libre desarrollo de la personalidad), 5.1 (libertades de comunicación), 9.1 y 21.1.2 (libertad de fundación de partidos políticos), 12.1 (libertad de empresa) y 14.1 (propiedad).

En primer lugar, porque renunciaría la Ley de ratificación del Tratado de la Unión Europea en amplísimos ámbitos relevantes para los derechos fundamentales a la estatalidad de la RFA (*deutsche Staatlichkeit*), desplazándose así al destinatario y garante de la protección de los derechos fundamentales que presupone la LFB.

Respecto del derecho fundamental «a una legislación conforme a la Constitución», que la doctrina constitucional alemana deduce del derecho fundamental reconocido en el art. 2.1 LFB (libertad general de acción), se sostiene

que resulta vulnerado en la medida en la que gran parte de la legislación no estaría ya legitimada de conformidad con el Derecho constitucional alemán si entrara en vigor el Tratado de la Unión.

También se perdería, se alega, la garantía de la protección de los derechos fundamentales por el TCF alemán, abriéndose, además, una laguna inconstitucional en el sistema de protección de los derechos fundamentales al excluir también el art. 1 L TUE la competencia del TJCE.

Por fin, la creación de una Unión monetaria conllevaría, con la desaparición del marco alemán, la desaparición también de la base sobre la cual se construye la confianza económica de los alemanes, lo que vulneraría los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 12.1 (libertad de empresa) y 14.1 LFB (propiedad). Ello, además, de manera actual y directa, dado que con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea Alemania entraría «automáticamente» y de forma ya irreversible en el proceso conducente hacia la plena Unión monetaria.

Menor importancia revisten las alegaciones de una vulneración del artículo 5.1 LFB (libertades de comunicación), por implicar la creación de la Unión Europea la modificación de las condiciones reales del proceso de comunicación, así como de los arts. 9.1 y 21.1.2 LFB (libertad de fundación de partidos políticos), por establecer el art. 138.a) TCE que «los partidos políticos contribuyen a la formación de la conciencia europea».

En lo que a la Ley de Reforma Constitucional, de 21 de diciembre de 1992, se refiere, sostiene este mismo recurrente su inconstitucionalidad por vulneración de la «cláusula de eternidad» del art. 79.3 LFB, que, como ya se comentó con anterioridad, establece límites materiales a la reforma constitucional, entre los que se encuentra, precisamente, el principio democrático, en cuanto principio fundamental del orden constitucional recogido en el art. 20 LFB. Deduce el recurrente una vulneración de su contenido nuclear (que es lo que protege la «cláusula de eternidad») del reconocimiento en el nuevo art. 23 LFB de una absoluta preeminencia decisoria del poder ejecutivo, a quien se reservaría la participación directa en el proceso normativo comunitario.

Asimismo conculcarían la citada Ley de reforma constitucional, así como la Ley de ratificación del Tratado de la Unión Europea, y, por supuesto, éste también, el derecho fundamental «a una legislación conforme a la Constitución» (art. 2.1 LFB), en cuanto vulnerarían los contenidos nucleares respectivos del principio federal y del principio de Estado social, sustraídos igualmente a toda reforma constitucional por la «cláusula de eternidad» (art. 79.3, en conexión con el art. 20 LFB). En particular, no quedaría suficientemente compensado el menoscabo del primero de dichos principios a través de los

mecanismos de participación del *Bundesrat*, la Cámara de representación de los *Länder*, previstos en el nuevo artículo 23 LFB.

Por último, deduce este recurrente la inconstitucionalidad de la mencionada Ley de reforma constitucional de la incorporación por ésta de un nuevo apartado al artículo 28.1 LFB, que habilita para introducir el derecho de sufragio local activo y pasivo para nacionales de otros Estados miembros de la Unión, lo que vulneraría el derecho fundamental reconocido en el artículo 38 LFB.

Por otro lado, los otros cuatro recurrentes apoyaron sus respectivos recursos dirigidos contra la Ley de ratificación del Tratado de la Unión Europea, además también de en supuestas vulneraciones de principios fundamentales del orden constitucional recogidos en el artículo 20 LFB y protegidos frente al poder constituyente derivado por la «cláusula de eternidad» del artículo 79.3 LFB (en particular, del principio democrático, así como del de división de poderes en cuanto integrante del principio de Estado de derecho), en un supuesto sacrificio de la soberanía estatal de la RFA, que también protege la «cláusula de eternidad» del artículo 79.3 LFB, resultante de la creación por el Tratado de la Unión de un embrión de Estado federal europeo. Igualmente, se alega en estos recursos una vulneración del derecho fundamental consagrado en el artículo 38 LFB, derivada de la no celebración de un referéndum constitucional para la ratificación del Tratado, a pesar de constituir ésta una decisión de naturaleza constituyente, que no podría adoptar el legislador en cuanto mero reformador constitucional, sin la participación directa del pueblo alemán, en su calidad de sujeto del poder constituyente (originario).

#### b) *El fallo*

En el asunto 2 BvR 2134/92 (el primero de los recursos de amparo) el Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán desestimó el recurso de amparo en cuanto se dirigía contra la Ley de ratificación del Tratado de la Unión Europea, de 28 de diciembre de 1992, por supuesta vulneración del derecho fundamental consagrado en el artículo 38 LFB, declarándolo inadmisibile en todo lo demás.

En el asunto 2 BvR 2159/92 (los otros cuatro recursos), el TCF declaró inadmisibles todos ellos.

### 2. *La admisibilidad de los recursos de amparo*

Como se deduce del propio fallo de la sentencia, que acabamos de referir, en el asunto 2 BvR 2134/92 el TCF declaró inadmisibile el recurso de amparo interpuesto, menos en lo referente a una posible vulneración del derecho

fundamental consagrado en el artículo 38 LFB por la Ley de ratificación del Tratado de la Unión Europea. Ello implica la inadmisibilidad del recurso tanto en cuanto a las vulneraciones alegadas de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 1.1, 2.1, 5.1, 12.1 y 14.1 LFB por la citada Ley de ratificación —las cuales se consideran carentes de todo fundamento— como en cuanto a la Ley de reforma constitucional de 21 de diciembre de 1992, que introdujo la habilitación constitucional en la que se apoyó aquella.

En particular, sostiene el TCF que la unión monetaria no vulnera los derechos fundamentales a la libertad de empresa y a la propiedad, consagrados en los artículos 12.1 y 14.1 LFB, respectivamente, pues carecería de sentido la afirmación de que tales derechos excluyen la sustitución del marco alemán por una moneda única europea. Además, la Unión monetaria estaría, desde la entrada en vigor de la reforma constitucional de 21 de diciembre de 1992, constitucionalmente reconocida en el nuevo artículo 88.2 LFB, introducido por aquella reforma.

También declara el TCF inadmisibile el recurso en cuanto se funda en una vulneración de todos los derechos fundamentales, derivada del desplazamiento de la estatalidad de la RFA como destinataria y garante de los mismos.

Arguye el TCF que el proceso de integración europea no implica una relajación en la protección de los derechos fundamentales, pues garantizaría él mismo en última instancia el mantenimiento incluso en el ámbito comunitario de un nivel de protección de los mismos equiparable en lo esencial al dispensado por la LFB, considerado irrenunciable. También los actos de un poder público especial, separado del poder estatal de los respectivos Estados miembros, como lo es el de una organización supranacional, afectarían, según el TCF, a los titulares de derechos fundamentales en Alemania. Por tanto, concluye el TCF, reconociendo, de este modo, un cambio de jurisprudencia respecto de su sentencia en *BVerfGE* 58, 1, 27, tales actos afectarían a las garantías de la LFB y a las funciones del TCF, que tienen por finalidad la protección de los derechos fundamentales *en* Alemania y, por consiguiente, *no sólo frente* a órganos estatales alemanes. Sin embargo, se añade, el TCF ejerce su jurisdicción sobre la aplicabilidad del Derecho comunitario derivado en Alemania en una «relación de cooperación» con el TJCE, en la que éste garantizaría la protección de los derechos fundamentales en cada caso concreto para todo el territorio de las Comunidades Europeas, mientras que el TCF se limitaría a asegurar con carácter general el nivel de protección de los derechos fundamentales considerado indispensable por la LFB.

Igualmente declara el TCF inadmisibile el recurso en cuanto se apoya en la supuesta laguna que el artículo L TUE abriría en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales al excluir éste la competencia del TJCE respecto

de medidas de la Unión Europea. Según el TCF, el artículo L TUE sólo excluye la jurisdicción del TJCE respecto de aquellos preceptos del Tratado que no habilitan para la adopción de medidas con efecto directo sobre los titulares de derechos fundamentales en el ámbito de soberanía de los Estados miembros. Advierte por ello el TCF que si en el futuro se previera en los ámbitos de actuación correspondientes a los denominados pilares intergubernamentales de la Unión (arts. J y K TUE) la posibilidad de la adopción por ésta de medidas que afecten de manera directa a los derechos fundamentales de las personas, ello requeriría otra Ley de ratificación específica, que, a su vez, podría ser fiscalizada en sede constitucional desde el punto de vista de la garantía de un nivel de protección suficiente de los derechos fundamentales.

Por fin, el TCF declara inadmisibile el recurso en cuanto se alega en él una vulneración de los derechos fundamentales a una libre comunicación (artículo 5.1 LFB), al ser evidente que éstos no protegen determinadas condiciones marco del proceso de comunicación, así como del derecho fundamental a la libertad de fundación de partidos políticos (arts. 9.1 y 21.1.2 LFB), al no establecer el artículo 138.a TCE obligación jurídica alguna de que éstos contribuyan efectivamente a la formación de una conciencia europea. Finalmente, declara también inadmisibile la alegación de una vulneración de los principios federal y de Estado social, al no ser éstos susceptibles de protección en la vía de amparo conforme al artículo 93.1.4.a LFB.

Por otro lado, el TCF también declara inadmisibile el recurso en cuanto se dirigía contra la Ley de reforma constitucional de 21 de diciembre, por supuesta vulneración del contenido nuclear del principio democrático, protegido frente al poder constituyente derivado por la «cláusula de eternidad» del artículo 79.3 LFB. El TCF rechaza esta alegación señalando que el propio artículo 23 LFB, introducido por la mencionada reforma constitucional, remite en el inciso tercero de su primer párrafo a los límites establecidos en el artículo 79.3 LFB, por lo que mal podría entrar en contradicción con éste. También declara inadmisibile la alegación de una vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 38 LFB derivada de la incorporación a la LFB de una habilitación en la que apoyar el otorgamiento del derecho de sufragio local activo y pasivo a nacionales de otros Estados miembros de la Unión, pues no concedería aquél un derecho subjetivo a la exclusión de determinadas personas del círculo de sujetos con capacidad de votar y de ser electos.

Finalmente, el TCF declara inadmisibles los otros cuatro recursos interpuestos en el asunto 2 BvR 2159/92, pues no concedería el derecho fundamental consagrado en el artículo 38 LFB un derecho a la celebración de un referéndum constitucional para la aprobación de modificaciones constitucio-

nales que, por rebasar los límites de la «cláusula de eternidad» del artículo 79.3 LFB, tengan el carácter de decisiones de naturaleza constituyente originaria.

### 3. *Síntesis de la fundamentación jurídica en cuanto al fondo*

Como ya se indicó, la sentencia sólo entra en el fondo del primero de los recursos interpuestos en cuanto se apoya en una supuesta vulneración por la Ley de ratificación del Tratado de la Unión Europea —al final desestimada— del derecho fundamental reconocido en el artículo 38 LFB.

Comienza el TCF estableciendo las premisas constitucionales, derivadas del derecho fundamental consagrado en el artículo 38 LFB, que deben satisfacer la Ley de ratificación de un Tratado de integración y, por consiguiente, también el propio Tratado.

Según el TCF, este derecho fundamental a participar a través del sufragio de la legitimación del poder estatal y de influir en éste, excluye, en el ámbito de aplicación del nuevo artículo 23 LFB, que mediante el trasvase de competencias y prerrogativas del *Bundestag* dicho derecho sea de tal modo vaciado de contenido, que resulte vulnerado el principio democrático, en cuanto lo declara intangible el artículo 79.3, en conexión con el artículo 20 LFB; pues formaría el contenido nuclear intangible del principio democrático el que el ejercicio del poder estatal sea siempre reconducible a una decisión del pueblo. Ciertamente, reconoce el TCF, no es posible configurar la legitimación democrática del poder público del mismo modo que sucede en el Estado nacional cuando éste pasa a formar parte de una comunidad de Estados dotada, a su vez, de poder público propio. Ahora bien, añade el TCF, querer ver en ello una vulneración del principio democrático equivaldría a contradecir la apertura a la integración que la propia LFB postula en su preámbulo y en los artículos 23 y 24, pues tal concepción del principio democrático tendría como lógica consecuencia la inviabilidad constitucional de toda integración que no se basara en el principio de unanimidad en la toma de decisiones. Por tanto, concluye el TCF, no es el principio democrático un obstáculo a la participación de la RFA en una comunidad interestatal supranacionalmente organizada, aunque, eso sí, a condición de que se garantice también dentro de la Unión de Estados (*Staatenverbund*) una legitimación y una influencia sobre el ejercicio del poder público procedentes del pueblo. Función ésta que en una Unión de Estados democráticos, dotada de determinadas competencias y prerrogativas de poder público, continuaría correspondiendo esencialmente, según el TCF, a los pueblos de los Estados miembros a través de sus respectivos Parlamentos nacionales, así como —accesoriamente, al inicio, pero en medida

creciente al paso de la propia dinámica de integración— a través de la representación de todos los pueblos de los Estados en el Parlamento Europeo. De ahí (es decir, del principio democrático) se derivarían a su vez, sin embargo, límites a una ampliación de las competencias y prerrogativas de las Comunidades Europeas, dado que los Estados deberían conservar ámbitos competenciales propios relevantes que permitan articularse a los pueblos de los respectivos Estados miembros en un proceso de formación de la voluntad política por ellos mismos legitimado y conducido. Consecuentemente, deberían reservarse al *Bundestag* competencias y prerrogativas de peso sustancial. Pero en la medida en que corresponde al *Bundestag*, como se dijo, decidir sobre la participación de la RFA en una Unión de Estados, así como sobre su permanencia en ella y su desarrollo, vulneraría también el derecho fundamental reconocido en el artículo 38 LFB una Ley que abriera el ordenamiento jurídico alemán a la vigencia y aplicación directas del Derecho de las Comunidades Europeas, pero sin establecer con un grado de determinabilidad suficiente los derechos de soberanía cedidos para su ejercicio, así como el programa de integración pretendido. Pues si no son determinables el alcance y los límites del trasvase del ejercicio de derechos de soberanía ratificado por el legislador alemán, ello equivaldría a un apoderamiento general de la comunidad supranacional y, por tanto, a una enajenación de derechos de soberanía, prohibida por el propio derecho fundamental reconocido en el artículo 38 LFB. Por lo demás, esto significaría al mismo tiempo que eventuales modificaciones esenciales posteriores del programa de integración establecido en el Tratado de la Unión, así como de las habilitaciones y apoderamientos en él contenidos, no estarían ya cubiertas por la Ley de ratificación del mismo. Por consiguiente, si las instituciones y los órganos europeos interpretaran el Tratado con una amplitud ya no cubierta por éste, tal y como lo ratificó en su momento el legislador alemán, los actos jurídicos europeos así emanados carecerían de efecto vinculante en el ámbito de soberanía del Estado alemán. Consecuentemente, el TCF verificaría en el futuro si los actos jurídicos de las instituciones y órganos europeos respetan o, por el contrario, rebasan los límites de los derechos de soberanía que les han sido cedidos.

Establecidas así las premisas constitucionales que deben satisfacer la Ley de ratificación y con ella el propio Tratado, el TCF pasa a verificar si es tal lo que sucede respecto del Tratado de la Unión Europea y de su Ley de ratificación.

Comienza el Tribunal afirmando que dicho Tratado sólo crea una Unión de Estados (*Staatenverbund*) en orden a la consecución de una Unión cada vez más estrecha de los pueblos (estatalmente organizados) de Europa (artículo A TUE) y no un Estado propio (federal o confederal) asentado en un

pueblo europeo estatalmente organizado. Así resultaría claramente del artículo F.1 TUE, que obliga a la Unión a respetar la identidad nacional de sus Estados miembros, así como de los principios del apoderamiento singular y restringido (*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*) y de subsidiariedad, tanto de la Unión como de sus Comunidades, recogidos, respectivamente, en el artículo E TUE y en el artículo 3.b.1 TCE, el primero, y en el artículo B.2 TUE y en el artículo 3.b.2 TCE, el segundo.

A continuación, el TCF afirma que el Tratado de la Unión establece con un grado de determinabilidad suficiente los derechos de soberanía cedidos por los Estados miembros para su ejercicio por las Comunidades, así como el programa de integración pretendido. Ello se lograría a través del principio del apoderamiento singular y restringido tanto de la Unión como de sus Comunidades, recogido, como se acaba de indicar, en los artículos B.2 y E TUE, así como en numerosos otros preceptos de los Tratados constitutivos de las Comunidades. Este principio —y con él el requisito de la determinabilidad de los derechos de soberanía cedidos— no quedaría desvirtuado por el reconocimiento a la Unión de una supuesta competencia originaria sobre la propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*) en el artículo F.3 TUE, el cual establece que «la Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas». Pues tratándose en el caso del artículo F.3 TUE de una mera declaración de intenciones de los Estados miembros de carácter político-programático, en el sentido de manifestar éstos su voluntad de dotar a la Unión de medios suficientes, este precepto no habilitaría a la Unión para dotarse por su propia autoridad de los medios financieros y demás medios de actuación que estime necesarios para la realización de sus fines. De este modo, una interpretación del mismo en sentido contrario no estaría cubierta por la Ley alemana de ratificación y no surtiría efecto alguno en Alemania.

Especial atención dedica el TCF seguidamente a la cuestión de si también establece el Tratado de la Unión Europea con un grado de determinabilidad suficiente el desarrollo de la Unión monetaria, a lo que responde en sentido afirmativo. En particular, se esfuerza el TCF por encontrar un fundamento sólido a la declaración institucional adoptada por el *Bundestag* el 2 de diciembre de 1992, en la que éste se reserva una decisión propia sobre el paso a la tercera fase de la Unión monetaria, para así evitar una relajación de los criterios de estabilidad inicialmente exigidos. Estima el TCF que tal decisión encuentra un fundamento suficiente tanto en el propio Derecho constitucional interno de la RFA (en particular, en la reserva parlamentaria) como en el artículo 6 del Protocolo sobre los criterios de convergencia previstos en el artículo 109 J TCE, pues exigiría dicho precepto una decisión unánime para

adoptar las decisiones adecuadas para estipular los detalles de los criterios de convergencia. Por tanto, concluye el TCF a este respecto, la RFA no se sometería con la ratificación del Tratado de la Unión a un «automatismo», imprevisible, incalculable e inconducible en su autodinámica, hacia la Unión monetaria. Por el contrario, el Tratado abriría el camino a una escalonada integración mayor de la comunidad jurídica europea que dependería, eso sí, en todos sus siguientes pasos, sea de presupuestos ya previsibles en la actualidad para el Parlamento, sea, en caso contrario, de un posterior acuerdo adicional del Gobierno Federal, que, a su vez, debería estar influido por el Parlamento.

Finalmente, aborda el TCF la cuestión de si se reservan al *Bundestag* competencias y prerrogativas de peso político sustancial, tal y como exigiría el principio democrático. De un lado, señala el TCF los mecanismos de participación del *Bundestag* en el proceso de formación de la voluntad política de la RFA en asuntos de la Unión Europea, previstos en el nuevo artículo 23 LFB y en su legislación de desarrollo. Y, de otro, recuerda, por lo que al ejercicio de las competencias cedidas se refiere, que el Tratado de la Unión distingue, en principio, entre el ejercicio de una prerrogativa de poder público cedida en forma limitada y específica, por una parte, y la modificación del Tratado, por otra, por lo que su interpretación no podría equivaler en sus resultados a una modificación del Tratado. Una interpretación tal de las normas habilitantes, añade el TCF, no surtiría efecto vinculante alguno respecto de la RFA.

En definitiva, concluye el TCF, el Tratado atribuiría a la Unión y a sus Comunidades derechos de soberanía suficientemente determinables, pudiendo garantizar así la Ley que lo ratificó la plena responsabilidad parlamentaria al respecto, por consiguiente, la legitimación democrática de dicha atribución.

*JURISPRUDENCIA*  
*Estudios y Comentarios*

