

# DE INTEGRACION Y SOBERANIA. EL TRATADO SOBRE LA UNION EUROPEA (TUE) ANTE LA LEY FUNDAMENTAL ALEMANA (LF)

Comentario de la Sentencia-Maastricht  
del Tribunal Constitucional Federal (TCF) de 12 de octubre de 1993  
(*Das Bundesverfassungsgericht als Hüter  
der staatlich verfassten Volkes*)

ANTONIO LOPEZ CASTILLO

*A Antonio López García,  
en su tercer cumpleaños (18 de abril de 1994)*

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONTROL (PREVIO) DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL TUE EN LA RFA.—II. LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL EJERCICIO DEL PODER COMUNITARIO.—III. LA ARTICULACIÓN Y DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA «CONSTITUCIÓN (COMPETENCIAL) COMUNITARIA».—IV. LA TUTELA DE LOS DD. FF. FRENTE AL EJERCICIO DEL PODER COMUNITARIO.—V. EL ESTADO ALEMÁN COMO MIEMBRO (Y «DUEÑO») DE UNA UNIÓN EUROPEA DE ESTADOS.

## INTRODUCCION

Es éste sin duda el pronunciamiento constitucional más relevante de los recaídos con ocasión del recién entrado en vigor (1 de noviembre de 1993) TUE. Ni la Declaración del Tribunal Constitucional español, a resultas de la cual se ha producido la primera revisión del texto de nuestra Constitución (1), ni tampoco las tres Decisiones del *Conseil constitutionnel* francés recaídas a lo largo de 1992, que por lo demás se adentran ya en la problemática constitucional de la integración (2), presentan la densidad del fallo Maastricht del TCF alemán objeto de este comentario (3). De este esperado fallo del TCF hay que destacar so-

---

(1) Vid., por otros, F. RUBIO LLORENTE: «La Constitución española y el Tratado de Maastricht», en *REDC* 36 (1992), págs. 235 y sigs.; A. LÓPEZ CASTILLO-J. POLAKIEWICZ: «Verfassung und Gemeinschaftsrecht in Spanien», en *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (1993), págs. 277 y siguientes.

(2) Vid., por otros, L. FAVOREU: «Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du “droit constitutionnel international”», en *Revue de droit international public* 97 (1993), págs. 39 y sigs.

(3) Vid. una traducción de esta sentencia en *RIE* 3/1993, págs. 975 y sigs.; una traducción de las tesis oficiales, así como una presentación sumaria de la sentencia, en *Addenda a la Nota* (págs. 181 y sigs.) de M. BACIGALUPO SAGGESE que se cita en apartado III.

bre todo: primero, que haya considerado el TUE finalmente conforme a la LF, y segundo, que no haya cerrado las puertas a futuros desarrollos de la integración comunitaria, dos elementos que, a la vista del creciente reforzamiento de las posiciones fobocomunitarias en la RFA, merecen una valoración positiva. Pero más allá de esto, la valoración de la sentencia no parece ya tan positiva. Más bien causan una cierta inquietud algunas de las afirmaciones del TCF (4) que si bien rechaza las quejas de inconstitucionalidad en su conjunto, no parece distanciarse en demasía de su trasfondo, poniendo en marcha una notable modulación, si no vuelco, jurisprudencial, respecto de algunos de sus más ponderados fallos anteriores, en un modo que habría de ir considerándose ya clásico en este ámbito de la jurisprudencia comunitaria del TCF (5). En el presente comentario he intentado esbozar apresuradamente algunos de estos elementos de inquietud tras un apunte de interés sobre la funcionalidad de ciertas vías procedimentales para hacer posible un control (previo) de constitucionalidad de tratados internacionales en la RFA, aun faltando previsión expresa al respecto (I). En relación ya con la problemática de fondo, he intentado abordar diferenciadamente la cuestión, seguramente la más relevante del fallo, de la legitimación democrática del ejercicio del poder público comunitario por medio del Parlamento nacional en cuanto representante del pueblo soberano (II); la problemática configuración y proyección competencial en el derecho comunitario (III) y la clásica cuestión de la tutela de los DD. FF. en relación con el derecho comunitario (IV). Dedicando el apartado final (V) a la glosa de algunos párrafos muy significativos sobre la posición del Estado alemán soberano partícipe de una Unión europea de Estados.

#### I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONTROL (PREVIO) DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL TUE EN LA RFA

A diferencia de lo que es el caso en Constituciones de países como Francia (art. 54 CF), Portugal (art. 278.1 CP) o España (art. 95.2 CE), en la LF alemana no se ha previsto expresamente (como tampoco en la Ley reguladora del TCF, lo que habría sido posible a partir de la habilitación legislativa contenida en el

---

(4) Cfr. el atinadísimo editorial de la GJ-CE (Bol. 89) de noviembre de 1993: «El Tribunal Constitucional no sólo dijo sí al TUE».

(5) «Wieder einmal hat ein politisches Moment die juristische Begriffsbildung beeinflusst?», como se preguntara Kelsen en relación con el cambio doctrinal experimentado por la noción de Estado en la Alemania del s. XIX en relación con la erección del Reich, en *loc. cit.* (apartado V), pág. 53. En una línea semejante, K. M. Meessen: «Maastricht nach Karlsruhe», en *Neue Juristische Wochenschrift* (1994), pág. 549, compara la marcha del TCF con la conocida procepción de Echternach (tres pasitos pa(ra adelante), dos pasitos pa(ra atrás)).

apartado 2.º del artículo 93 LF) una específica vía procesal para el control preventivo de la (in)compatibilidad constitucional de los tratados internacionales suscritos por Alemania, un control, por definición, ejercitable antes de que puedan llegar a ser efectivas las obligaciones derivadas de tales compromisos con el depósito de los correspondientes instrumentos de ratificación. El objetivo perseguido con el control previo de los tratados internacionales se cifra entonces, por decirlo con palabras del TC español, en «la doble tarea de preservar la (primacía formal de la) Constitución y de garantizar, al tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer... en el orden internacional» (FJ 1, Decl. TC 1-VII-1992), de modo que el resultado consistirá bien en la constatación de la compatibilidad cuestionada, bien en lo contrario, procediéndose en este segundo caso a una previa revisión de la propia Constitución, si es que persiste la voluntad de ratificación, y no siendo posible el establecimiento de algún tipo de reserva a tales compromisos.

Una tarea en busca de cuya cumplimentación la jurisprudencia del TCF ha acertado a articular una salida al admitir excepcionalmente, contra su propia regla general de inadmisión de un control preventivo de normas, un control semejante respecto de las leyes mediante las que se presta el consentimiento con vistas a una ulterior ratificación de tratados internacionales, tanto a través del llamado control abstracto de normas, o en terminología española, recurso de inconstitucionalidad (BVerfGE 1, 396, 413; E 36, 1, 15), como por medio del llamado recurso de queja por inconstitucionalidad, o en terminología española, recurso de amparo (BVerfGE 24, 33, 53-54) (art. 93.1-2 y 4 [LF Bonn] y §§ 76 y sigs. y 90 y sigs. [LTCF], respectivamente), aun antes de su promulgación y entrada en vigor. El resultado es, entonces, la práctica de un control previo de compatibilidad de Constitución y Tratado, aunque indirecto, puesto que se ejercita mediante la ley antes de que ésta surta sus efectos.

Con la reciente ocasión del TUE se ha podido actualizar esta vía indirecta de control previo de tratados mediante cinco recursos de queja por inconstitucionalidad dirigidos directamente contra la Ley de prestación del consentimiento para la ratificación del TUE y la Ley de reforma de la LF, que ha venido a establecer un renovado fundamento constitucional de la participación alemana en la Unión Europea, así como en los futuros desarrollos comunitarios. La incertidumbre derivada de la actitud de los recurrentes exigiendo del TCF la concesión de medidas cautelares tendentes a evitar el depósito del instrumento de ratificación del TUE o, lo que es lo mismo, a impedir la aparición del presupuesto necesario para una (in)mediata vinculación internacional de la RFA a ese Tratado comunitario, sólo quedaría despejada con el compromiso adquirido con el TCF tanto por la presidencia, que declararía su intención de aguardar a que recayese una resolución sobre el fondo del asunto antes de proceder a la firma del docu-

mento de ratificación, como por el Gobierno federal, que aseguraría igualmente no proceder, hasta ese momento, al depósito ante el Gobierno de la República italiana del documento de ratificación (vid. A I 4 de la STCF). Una posible suspensión cautelar de la ley autorizante de la ratificación del TUE, en vigor desde el 31 de diciembre de 1992, seguramente habría supuesto un duro golpe psicológico a falta de la todavía entonces pendiente ratificación de otros dos Estados miembros: el Reino de Dinamarca y el Reino Unido de la Gran Bretaña. Semejante perspectiva forzó un curioso entente institucional, al parecer en el sobrentendido de una muy pronta resolución (6). Una expectativa ciertamente malograda, a no ser que el plazo de diez meses finalmente empleado por el TCF antes de fallar sobre el fondo del asunto pudiera ser considerado una muy pronta resolución, algo difícil de sostener a la vista de algún otro supuesto, si bien disímil, no falto de una cierta semejanza, en que la solicitud de medidas cautelares ha sido inmediatamente desestimada. Tal ocurrió, por ejemplo, con ocasión del conflicto de atribuciones planteado ante el TCF por algunos miembros de la Dieta federal, en vista de su imposible intervención en relación con la reforma (material) de la LF que, (no sólo) en su opinión, se habría derivado de la efectiva revisión de preceptos constitucionales contenida en el artículo 4 del Tratado de Unificación alemana (31 de agosto de 1990), a causa de la expresa exclusión de cualquier posible enmienda al texto de tratados internacionales, una vez hayan concluido las negociaciones y se halle definitivamente fijado su texto, que resulta de la concordancia del artículo 59.2 LF y el § 82.2 del Reglamento de la Dieta federal. Solicitaban por eso los parlamentarios recurrentes una suspensión cautelar de las deliberaciones y votaciones parlamentarias del proyecto de ley de prestación del consentimiento relativo al ya mencionado Tratado de Unificación de la RFA y la extinta RDA, a falta como estaba de la segunda y tercera lecturas, previstas para el 20 de septiembre de 1990. El TCF decidiría la desestimación *a limine* (§ 24 LTCF) del recurso, incluidas las medidas cautelares solicitadas, mediante Auto fechado el 18 de ese mismo mes y año (de 1 de octubre de 1990 data la Declaración sobre la cesación de la eficacia de los derechos y responsabilidades de las cuatro potencias aliadas) (7).

---

(6) Eso se desprende al menos de las informaciones aparecidas en la prensa de aquellos días; vid., por ejemplo, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de fecha 31 de diciembre de 1992, pág. 4.

(7) Vid. BVerfGE 82, 316, 321 (B II). La argumentación del TCF consistió, en síntesis, en salvar la constitucionalidad del procedimiento seguido conforme a una lectura conjunta del viejo artículo 23 y el preámbulo de la LF. No siendo la extinta RDA «Extranjero» respecto de la RFA (BVerfGE 36, 17) la actuación del Gobierno federal se habría movido no en el ámbito de las relaciones exteriores, sino en el marco de su libre discrecionalidad política, a la luz de la cual se habría podido legítimamente servir de los medios precisos e indicados para concretar la oportunidad histórica entonces abierta de hacer realidad la Unidad estatal de Alemania, objetivo político y deber

## II. LA LEGITIMACION DEMOCRATICA DEL EJERCICIO DEL PODER COMUNITARIO

Con el nuevo artículo 23 LF Bonn se ha dotado la RFA de un nuevo fundamento constitucional a partir del cual se ha hecho posible la ratificación del TUE y se posibilitarán presumiblemente futuros avances en el proceso de integración comunitaria, algo que se anuncia ya en el propio TUE (art. N.2) y que, no obstante un notorio reflujo doctrinal (8), no ha llegado a excluir expresamente el TCF. Este nuevo precepto, al que se llegaría no sin considerable controversia doctrinal, en la idea de que con el TUE se habrían rebasado sobradamente ya las potencialidades que hasta aquí había venido brindando la llamada «palanca de la integración» (Ipsen), el artículo 24.1 LF. El TUE habría supuesto un cierto cambio cualitativo, de modo que no sería posible ya seguir caracterizando a la CE/UE como una «institución internacional» a los efectos del artículo 24.1 LF, por cuanto el TUE conllevaría la atribución no ya de competencias singulares, sino de sectores completos y significativos de la actividad estatal (9). En los extremos del debate se han situado, por un lado, aquellos que, en línea con el Gobierno federal, han defendido la suficiencia del artículo 24.1 LF (10), y por otro, aquellos para quienes este nuevo título de habilitación para la atribución de competencias a la Unión Europea resultaría de algún modo insuficiente a la vista del alcance (cuasi) constituyente de la ratificación del TUE (11).

constitucional (BVerfGE 36, 18; BVerfGE 77, 137, 149). Dejaba así a un lado el TCF la controvertida cuestión de la competencia del Gobierno federal para acordar revisiones de la LF, con ocasión del desempeño de sus competencias exteriores, mediante tratados internacionales.

(8) Cfr. sólo P. M. HUBER: *Maastricht - ein Staatsreich?*, 1993, *passim*.

(9) Cfr. los trabajos y dictámenes de la Comisión constitucional conjunta de reforma, en particular el documento *Grundgesetz und Europa*, de 22 de mayo de 1992 (informe taquigráfico), Dieta federal. Vid. además R. SCHOLZ: «Grundgesetz und europäische Einigung. Zu den reformpolitischen Empfehlungen der Gemeinsamen Verfassungskommission», en *NJW* (1992) 2593 (2594); Ch. TOMUSCHAT: *Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts*, en *EuGRZ* (1993), págs. 489 (492-493).

(10) Vid. U. EVERLING: «Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes», en *DVBl* (1993), pág. 936 (943); Th. OPPERMANN-C. D. CLASSEN: «Die EG vor der Europäischen Union», en *NJW* (1993), pág. 5 (9); J. SCHWARZE: «Das Staatsrecht in Europa», en *JZ* (1993), pág. 585 (587).

(11) Cfr., de mayor a menor intensidad, sendas propuestas de elaboración de una nueva Constitución de la RFA como única vía posible para producir legitimidad mediante referéndum (K. SCHACHTSCHNEIDER: «Keine Europäische Union ohne neue Verfassung Deutschlands», en *Süddeutsche Zeitung*, de 25 de noviembre de 1992, pág. 15), de simple actualización *ex lege* del inexistente cauce procedimental para esa expresión popular (D. MURSWIEK: «Maastricht und der pouvoir constituant. Zur Bedeutung der verfassungsgebenden Gewalt im Prozess der europäischen Integration», en *Der Staat* 2 [1993], pág. 161 [189]) o, en fin, viéndolo (sólo) como una desviación (aunque grave), no como una nueva ordenación, del ordenamiento constitucional, con ayuda de

Situados en esta perspectiva, se entenderá bien que el TCF haya tenido que enfrentarse en primer lugar a la pretendida inconstitucionalidad de la propia ley de reforma de la LF por una supuesta vulneración del principio democrático, cubierto por el artículo 79.3 LF, a resultas del reforzamiento experimentado por el poder ejecutivo en el marco del nuevo artículo 23 LF, un modo de argumentar que habrá contribuido sin duda también al reforzamiento de la posición de la Dieta federal que se refleja en diversos lugares del fallo (C I 2 b2, C I 3, C II 1 b, C II 2 d2 5). El TCF confirma la correspondencia entre el artículo 23.1 LF y el artículo 79.3 LF, al que expresamente se remite el propio artículo 23.1.3, lo que priva de base ya a la pretendida infracción del artículo 38 LF, que tampoco quedaría lesionado por la autorización constitucional relativa al derecho de sufragio en elecciones locales inserta en la tercera frase del artículo 28.1 LF. La tópica referencia de los recurrentes al «derecho constitucional inconstitucional», un argumento alzado en su día también frente al artículo 24.1 LF, que demandaría el auxilio extremo del TCF a partir de una extravagante interpretación del derecho de resistencia frente a la tiranía regulado en el artículo 20.4 LF, sería, pues, lógicamente desechada por el TCF, como iba a serlo también el intento de proyectar ese precepto, lo que resulta aún más extravagante en el marco de un procedimiento de tutela de DD. FF., sobre los principios constitucionales relativos tanto al carácter social (en B 4) como federal del Estado (en B 3), en este segundo caso, por la supuesta pérdida de derechos y devaluación del *status* constitucional de los Länder, resultante de los párrafos 2, 4-6 del artículo 23 y 3.a del artículo 52 LF (12).

Y en esa misma línea se ha declarado igualmente improcedente, en relación con la ley autorizante de la ratificación del TUE, esa misma invocación al artículo 20.4 LF, con base en una supuesta lesión de los principios fundamentales señalados en el núcleo irreductible de la LF, tales como el principio democrático y la división de poderes que es propia de todo Estado de derecho e incluso en la inquietud por la subsistencia misma de la RFA como Estado soberano independiente, en vista de la compulsión integradora generada por el TUE, en particular por

---

una interpretación conforme con la Constitución (U. DI FABIO: «Der neue Art. 23 des Grundgesetzes. Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?», en *Der Staat* 2 (1993), pág. 191 (213).

(12) Llama poderosamente la atención que cuando se alcanza a constitucionalizar una acrecida intervención de los Länder en los asuntos europeos, visto el escaso éxito de otros ensayos (convencionales y legislativos) anteriores, se insista en la recurrente erosión de las competencias y estatuto constitucional de los Länder. Cfr., por ejemplo, U. Everling, cuya inquietud estriba, por el contrario, en la previsible merma de la capacidad de acción de la RFA en los resortes comunitarios y, más allá de esto, en el peligro de una (parcial) renacionalización de la integración europea (en *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 15 de octubre de 1992, pág. 8).

la futura Unión monetaria (A II 2a). Aunque el TCF encuentra desenfocada esa instantánea, tal vez arranque de aquí su afirmación, cuando menos equívoca, relativa a la ausencia de automatismo alguno que pudiese llevar a la RFA, aun contra la expresión manifiesta de su disenso, a la tercera fase de la Unión monetaria. Desestimada por último ha sido también la pretensión de extraer del artículo 38 LF, ya se aplique directa o analógicamente, el derecho de los ciudadanos a exigir la convocatoria, y a ser partícipes de ella, de un referéndum indicado por motivos constitucionales, puesto que la ratificación parlamentaria del TUE, que habría tenido el alcance de un acto constituyente, adolecería de una carencia de legitimidad que sólo la sanción del pueblo soberano podría subsanar (A II 2b). Frente a hipótesis como ésta, que han querido ver llegado ya con el TUE el *point of no return* de la integración, se ha impuesto finalmente la sensatez que cabía esperar del TCF (13).

El TCF ha declarado por contra admisible, aunque carente de fundamento, la queja dirigida contra la ley autorizante de la ratificación del TUE a partir del artículo 38 LF que con el principio democrático constituye el auténtico parámetro del control realizado en esta ocasión por el TCF, en cuya opinión «(e)l derecho garantizado en el artículo 38 LF de tomar parte mediante el sufragio en la legitimación de la soberanía y de ganar influencia en su ejercicio, excluye en el ámbito de aplicación del artículo 23 LF que, por una transferencia de funciones y competencias de la Dieta federal, este derecho sea vaciado de un modo tal que se vulnere el principio democrático declarado intangible por el artículo 79.3, en concordancia con el artículo 20.1 y 2 LF» (en C I 1).

Como quiera que las consideraciones del TC, más que sobre el artículo 23.1, giran en torno al artículo 38 LF, no se entra de plano en el fallo a la controvertida cuestión, que se declara improcedente, abierta en torno a la delimitación y posible alcance de la «cláusula de congruencia estructural» de la Unión Europea con respecto a la LF, en los términos que resultan de la primera frase del artículo 23.1 LF. Esta novedad, que encuentra ahora también su expresión en el propio TUE (art. F.1), implica presumiblemente la exigencia de una mínima ho-

---

(13) Confiando «en un enjuiciamiento más sensato de este nuevo paso de la andadura comunitaria por parte del TCF», vid. mi reseña al trabajo de D. MURSWIEK: «Maastricht und der pouvoir constituant...», cit., en el núm. 39 de esta revista, pág. 370 (372); cfr. O. BEAUD: «La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht», en *Rev. fr. Droit adm.* 6 (1993), págs. 1045 y sigs., que, en clave schmittiana, proyecta la tesis de Murswiek al derecho francés como un arma arrojada frente a la doctrina dominante y al propio *Conseil constitutionnel*.

(14) Cfr. sólo las referencias a la jurisprudencia del TCF relativa al artículo 28.1 LF, que establece, como bien se sabe, un mandato de homogeneidad semejante en relación con el ordenamiento constitucional de los Länder, en JARASS-PIEROTH: *GG Kommentar* (1989), artículo 28 (I 1). Entre las primeras alusiones (en castellano) a esta problemática destaca, por temprana, la glosa de

mogeneidad constitucional, pero no una uniformidad o conformidad (14). Ante la alegación de que esos principios estructurales no se habrían hecho realidad en el TUE, responde el TCF, dejando al margen esa cláusula expresa en el apartado 1 del artículo 23 LF, que del artículo 38 LF no podría llegar a deducirse la forma en que haya de quedar configurado el marco institucional de la Unión Europea (vid. en B 3 b). Así, pues, y al margen de la polémica doctrinal, la concreta configuración estructural de la Unión Europea no será objeto de una garantía fundamental, invocable por la generalidad de los ciudadanos (15).

Las consideraciones sobre el principio democrático y sus exigencias constitucionales dejan así prácticamente al margen la problemática relativa al llamado «déficit democrático» de la Comunidad, en relación con el artículo 23.1 LF. Las referencias relativas al Parlamento Europeo y a la «función sustentadora» y «complementaria» que respecto a la aportación de legitimación democrática al ejercicio de poder público en el marco de la Unión Europea corresponde en cierto modo también a esta Cámara de representantes de los pueblos de los Estados miembros y a su futurible reforzamiento en la medida que su elección se desarrollase conforme al procedimiento electoral uniforme a que se refiere el artículo 138.3 TCE y su participación en la actividad política y de legislación comunitaria ganase en intensidad, no pasarían a estos efectos de ser sino consideraciones marginales en apoyo de la tesis central del fallo, cual es que la legitimación democrática en la Unión Europea proviene sustancialmente de los parlamentos nacionales de los Estados miembros y que así debe seguir siendo en el futuro si se ha de impedir un debilitamiento de la democracia en los propios Estados miembros, algo por lo demás inaceptable a la vista del infranqueable valladar en que la LF erige al principio democrático. Y éste donde efectivamente se realiza es en el Estado, único marco, viene a decir el TCF, de encauzamiento de la legítima formación de voluntad del pueblo que lo sostiene

---

J. BARNÉS VÁZQUEZ: «Europa y la Grundgesetz. El nuevo precepto europeo (art. 23 GG)», en J. BARNÉS VÁZQUEZ (coord.): *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros* (1993), pág. 597 (601).

(15) Cfr. a este respecto las perplejidades de Ch. TOMUSCHAT, en *loc. cit.*, primero, por la escasa relevancia del artículo 23 LF en este fallo, del que «apenas una línea se leería de otra forma, si sólo se hubiese empleado como fundamento el artículo 24.1 LF (... pues) en el fondo, ignora la reforma constitucional operada y con ello desplaza muy vigorosamente el peso en favor del poder jurisdiccional», lo que sería atribuible, parece querer apuntar el comentarista, a un cierto «prejuicio» del TCF, cuando destaca que entre el fallo y un trabajo del ponente (citado en varias ocasiones a lo largo de este comentario) que en gran medida lo sostiene, ha mediado una significativa reforma constitucional (págs. 492 y sigs.), y segundo, por la práctica apertura (seguramente inadvertida) de una *actio popularis* que por esta vía no haría imposible un control semejante, por ejemplo, de la convención de la ONU sobre el derecho del mar, en cuanto prevé una futurible autoridad administrativa mundial de los fondos marinos (pág. 491).



y que a su través expresa jurídicamente su propio ser, casi cabría decir su verdadero espíritu (16), puesto que antes de que del nexo que brinda la ciudadanía de la Unión, expresión jurídica del actual grado de comunidad existencial, se haga una legitimación democrática, y ya no sólo complementaria, serán precisas una permanente y libre confrontación de las fuerzas sociales, de sus intereses e ideas, en un proceso de discusión abierto que marque los objetivos y genere una opinión pública, antesala de la configuración de la voluntad política, la transparencia de los procedimientos decisorios y la inteligibilidad de los objetivos a perseguir, así como accesibilidad ciudadana, en la propia lengua, al poder soberano. Presupuestos todos ellos a cuyo devenir, si es que no existen ya, podrán coadyuvar tanto los órganos comunitarios y de la Unión, de algunas de cuyas iniciativas se hace eco el TCF, como los propios medios de comunicación, asociaciones y partidos políticos, cuya importancia como factor de integración, por cuanto contribuyen particularmente a la formación de una conciencia europea y son cauce privilegiado de expresión de la voluntad política de los ciudadanos de la Unión, ha venido a reconocer expresamente el nuevo artículo 138 A TCE (17).

No obstante su lateralidad, tal vez en algún punto del fallo cupiera ver reflejadas algunas alusiones a esta problemática de la «congruencia estructural». Por una parte, en el apartado C 2c, en donde se apunta que la integración está primordialmente determinada por los Estados miembros, y más concretamente por los representantes de sus gobiernos en el Consejo, «un órgano, por tanto, de composición ejecutiva» que dispone de atribuciones normativas «en una proporción mayor (...) de lo que en el ámbito estatal sería constitucionalmente aceptable». Siendo esto evidente, se echa de menos en este punto siquiera una mínima referencia a la mejora, a todas luces perfectible, de la posición del Parlamento Europeo, particularmente en el marco del procedimiento (de codecisión) previsto en el nuevo artículo 189 B TCE, un procedimiento que establece en una complejísima gradación un sistema obligatorio de doble lectura, una posible intervención de un consejo de conciliación paritario compuesto por los miembros del Consejo y un número igual de representantes del Parlamento Europeo y, en su caso, una tercera lectura, que viene a desequilibrar finalmente en favor del consejo, lo que de otro modo podría haber llevado a la CE, al menos en el marco de este procedimiento, hacia una especie de sistema bicameral. Sin perder tampoco de vista que tanto en relación con el procedimiento de consulta como en el marco del procedimiento de cooperación, el TJCE ha visto en la participación del Parlamento Europeo el reflejo a nivel comunitario de un principio

(16) Vid. en C I b2. Cfr., en general, P. KIRCHHOF: loc. cit. (en apartado V), passim.

(17) Vid. en C I 2 b1; en torno a las exigencias democráticas y su futuro desarrollo en el ámbito comunitario, cfr., con carácter general, M. ZULEEG: «Demokratie in der Europäischen Gemeinschaft», en *Juristen Zeitung* 22 (1993), pág. 1069 (1073-1074).

democrático fundamental, según el cual los pueblos participan mediante sus representantes en el ejercicio del poder (soberano), cuya desatención vulnera el Tratado (18). E igualmente se echa en falta en este ámbito, precisamente en relación con el ordenamiento constitucional alemán, alguna referencia a la semejanza existente, y no importa ahora tanto que sea inversa, entre la estructura y funcionamiento del Consejo-CE y la estructura y funcionamiento del Consejo federal, una segunda Cámara (territorial), compuesta, como es de sobra sabido, no por parlamentarios electos como es el caso en otros sistemas federales, sino por representantes de los Gobiernos de los Länder, una segunda Cámara que interviene decisivamente prestando su necesario asentimiento a un número muy significativo de leyes federales, entre ellas las de apertura hacia la integración comunitaria, conforme a la segunda frase del nuevo artículo 23.1 LF. Por otra parte, *in fine* del fallo (vid. en D), en la perspectiva de un futuro desarrollo de la Unión, se esboza un paralelismo entre las previsiones del TUE («la Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos» [art. F.1]) y aquellas de la LF que vinculan esa futura evolución al respeto de los principios propios del Estado social y democrático de derecho, así como a principios federativos y de subsidiariedad (primera frase, art. 23.1 LF), en un intento de acompasar eficacia y democracia, una democracia exigible a partir tanto del TUE como de la LF, que habrá de ir ganando espacio a medida que avance la integración sin renunciar por ello al mantenimiento de una «democracia viva» en los Estados miembros. El mantenimiento de esta sustancia y viveza democráticas, como fuente directa de la legitimación que sustenta el ejercicio del poder público comunitario, se traduce para el TCF, por lo que a la RFA se refiere, en la necesaria retención en las manos de la Dieta federal de un núcleo sustancial de funciones y competencias que, si no se ha de hurtar al ciudadano alemán su derecho constitucional a ser partícipe de la legitimación democrática del ejercicio del poder público comunitario que directamente le concierne, comprenderá, en todo caso, la facultad decisoria última tanto sobre la entrada de la RFA a la Unión como sobre su pervivencia y desarrollo futuros. Por lo que a la propia Comunidad se refiere, tal vez podría haberse apuntado que sería igualmente contraria a las exigencias derivadas del principio democrático la hipotética participación en la toma de deci-

---

(18) Vid. SSTJCE de 29 de octubre de 1980, Roquette Frères (as. 138/79) y Maizena (as. 139/79), Rec. 1980, párr. 33 y párr. 34; STJCE de 11 de junio de 1991, Dióxido de titanio (as. C-300/89), Rec. 1991-I, párr. 20. Cfr. Ch. TOMUSCHAT: *loc. cit.*, pág. 493; M. ZULEEG: *loc. cit.*, pág. 1071, destaca sobre otras la referencia a la nueva versión del artículo 137 TCE, por lo que a las competencias del Parlamento Europeo se refiere; en general, sobre «el papel del Parlamento Europeo en el proceso de creación del derecho» cfr. M. MEDINA, en «Hacia un nuevo orden internacional y europeo», *Estudios homenaje al profesor M. Díez de Velasco* (1993), págs. 1067 y sigs.

siones comunitarias de los representantes de un Estado que hubiese devenido no democrático. Por lo demás, el principio democrático tiene, según se ha visto, ciertos anclajes en la Comunidad que tampoco cabe trivializar.

Aunque lógicamente la legitimación democrática correspondiente a una Comunidad de Estados, dotada de atribuciones propias y capacitada para actuar en el marco de su propia soberanía (lo que, con vistas a la realización de una Europa unida, permite el artículo 23.1 LF), «no podría (...) producirse de la misma forma que en el seno de un orden estatal uniforme y definitivamente regulado mediante una Constitución», el contenido ineludible del principio democrático (legitimación popular del poder público y exigencia de responsabilidad por su ejercicio) deberá, de un modo u otro, ser respetado. Una vez asegurado este mínimo democrático nada obsta a la participación de la RFA en una Comunidad de Estados de naturaleza supranacional. Precisamente todo ingreso en una Comunidad de este tipo, si por un lado supone un acrecimiento de las posibilidades de intervención tendentes a alcanzar objetivos comunes, y por lo mismo propios, mediante su participación en la formación de voluntad comunitaria, por otro lado presupone la cumplimentación obligada de las decisiones comunitariamente adoptadas, con independencia a este efecto de que la decisión finalmente adoptada, en el marco organizativo y procedimental comunitario, responda o no a la posición mantenida por el correspondiente miembro nacional del Consejo. La atribución de derechos de soberanía a una Comunidad de este carácter trae consigo ineludiblemente el hecho de que su asunción no dependerá ya siempre de la sola voluntad de un Estado miembro. Pretender por eso, dice con toda justicia el TCF, que más allá de la unanimidad se produciría una quiebra del principio democrático que subyace a la LF, no sólo pondría en cuestión la estructura misma de una Comunidad semejante, sino que además haría prácticamente imposible el desarrollo de la «apertura a la integración» que introdujera ya el constituyente, como uno de los referentes decisivos de la Alemania democrática de posguerra, en el preámbulo y el artículo 24.1 LF y que, por lo que respecta a la Unión Europea, encuentra ahora expresión en el nuevo artículo 23.1 LF. El principio democrático de la LF quedaría a salvo, por cuanto cada nueva atribución de funciones precisa de una ley (art. 23.1, segunda frase; art. 24.1 LF), en la que descansa la legitimación democrática del ejercicio, conforme a las previsiones de los correspondientes tratados, de las funciones y competencias atribuidas. Por ello, termina diciendo, por un lado, el TCF, «el principio de la mayoría encontrará, conforme al imperativo de mutua consideración, que de la lealtad comunitaria se sigue un límite en los principios constitucionales e intereses esenciales de los Estados miembros» (vid. en C I 2a) (19), y aseverando, por otro, que el artículo 38 LF se verá vulnerado «si una ley que abra el ordenamiento jurídico alemán a la validez y aplicación inmediata de derecho de las —supranacionales— Comunidades Europeas no establece de manera suficientemente de-

terminable los derechos transferidos para su asunción y el programa de integración previsto (cfr. BVerfGE 58, 1 y sigs. [37]), pues en otro caso se haría posible, en su indeterminación, que las Comunidades procediesen a «la utilización de funciones y competencias no mencionadas», lo que «equivaldría a una autorización general y por ello a un desapoderamiento contra el que ampara el artículo 38 LF» (vid. en C I 3). Ahora bien, si el respeto al principio democrático no exige otra cosa que la adecuación a los principios, que no a las reglas, constitucionales, no se ve la evidencia de que sólo por la verificación de un hipotético control por parte del TCF pudiera aquel principio quedar a salvo. Es más, la articulación misma de semejante control no pasa de ser una regla más, no la única, al servicio de aquel principio (19 bis).

### III. LA ARTICULACION Y DELIMITACION JURISPRUDENCIAL DE LA «CONSTITUCION (COMPETENCIAL) COMUNITARIA»

El TCF se ha visto impelido a verificar la constitucionalidad de la nueva configuración competencial (comunitaria) resultante del TUE. La cuestión le ha sido planteada al TCF de un modo cuando menos exagerado, en concreto, se mantenía que con el TUE se habría venido a articular un «principio de habilitación abierta» que dejaría a la entera disposición de los órganos de la Unión Europea (y a estos efectos se considerarían como tales no sólo el Consejo europeo (art. D TUE), sino también las instituciones comunitarias que, en el marco institucional único de la Unión Europea, serían al mismo tiempo órganos de la Unión (art. E TUE), una nueva organización internacional dotada de personalidad jurídica propia) la posibilidad de adoptar cualesquiera medidas, en el marco «casi ilimitado» de sus objetivos (art. B TUE). El artículo F.3 TUE, conforme a cuyo tenor «la Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas», se presentaba en esta perspectiva como una cláusula confirmatoria de supuesta atribución a la Unión Europea de una competencia general o competencia de las competencias, poniendo con ello término a la vigencia del principio de atribución singularizada que habría venido caracterizando la andadura de la integración (20). Frente a semejante enfo-

(19) Aunque el significado exacto de esta afirmación del TCF diste mucho de estar claro, lo cierto es que de ordinario, y al margen ahora del derecho de veto siempre latente en la toma de decisiones sujetas a unanimidad, los Estados defienden esos principios e intereses mediante la llamada «minoría de bloqueo» en el Consejo. Cfr. si no el trasfondo de la posición española con ocasión de las recientes negociaciones de ampliación de la Comunidad (vid., por ejemplo, *El País*, de 9 de marzo de 1994, pág. 4).

(19 bis) Cfr. en esta misma línea, K. M. MEESSEN: loc. cit. pág. 553.

(20) Vid. K. A. SCHACHTSCHNEIDER y cols.: «Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz», en *Juristen Zeitung* 15-16 (1993), pág. 751 (751-754); cfr. igualmente G. RESS:

que, el TCF ha venido a decir con toda razón que, aun disponiendo de un conjunto significativo de competencias, por lo demás de muy diversa intensidad, la Comunidad-Unión Europea no dispone tampoco con el TUE de una competencia general de ese alcance, lo que sería por lo demás inaceptable si se han de atender las exigencias derivadas del principio democrático. Así, pues, dirá el TCF (con ayuda de una interpretación sistemática del TUE a la luz de algunas «interpretaciones» políticas ya adelantadas) que el artículo F.3 TUE no es sino una disposición de «intencionalidad programática» (21) expresiva de la voluntad estatal «de dotar a la Unión mediante los procedimientos indicados de los medios necesarios» (C II 2b) «para (como dice el propio artículo F.3 TUE) alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas». Una caracterización que ve confirmada el TCF en la manifiesta carencia del añadido procedimental que en el sistema comunitario acompaña siempre a una norma atributiva de competencia (C II 2 b5). Además, concluye finalmente el TCF, del TUE no se desprende voluntad inequívoca alguna de que los Estados hubiesen querido crear una Unión autónoma; más bien pareciera que la Unión no pasa de ser una designación comprensiva de una (determinada) actuación conjunta de los Estados, carente, por tanto, de una personalidad jurídica diferenciada (C II 2 b1, b2).

El TUE no conlleva, pues, atribución general alguna, antes al contrario determina de un modo suficientemente previsible el programa de integración autorizado mediante ley federal (art. 23.1 LF) y mantiene intacto el sistema tradicional de competencias de atribución. Un sistema diríase incluso reforzado, por cuanto a su formulación canónica en el primer párrafo del artículo 3.B TCE, vienen a sumarse ahora otros dos «principio(s) fundamental(es) de la Constitución (competencial) de la Comunidad», articulados en los párrafos segundo y tercero del citado precepto, el principio de subsidiariedad en el ejercicio de las competencias comunitarias de carácter exclusivo y el principio de proporcionalidad, éste de aplicación general (vid. en C II 3 b, c y d).

Ahora bien, sabido es que el entendimiento comunitario del sistema de competencias de atribución singularizada de competencias no se ha limitado a reconocer la sola existencia de competencias explícitas en el tratado, sino que se ha hecho extensivo también a ciertas competencias no expresas, tanto de carácter implícito, por su conexión necesaria con (las) competencias ya expresas, como

---

«Die Europäische Union und die neue juristische Qualität der Beziehungen zu den Europäischen Gemeinschaften», en *Juristische Schulung* 12 (1992), pág. 985 (986-987), que contrapone igualmente al principio comunitario de la competencia de atribución el reconocimiento en el artículo F.3 TUE (una regulación comparable por su estructura, piensa Ress, a la del artículo 235 TCE) de una autorización general.

(21) Cfr. con anterioridad al fallo U. EVERLING: «Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union ...», pág. 941).

subsidiario, por conexión en este caso, conforme al artículo 235 TCE, con (alguno de los) objetivos comunitarios. De modo que tanto mediante la doctrina jurisprudencial de los poderes implícitos y la interpretación teleológica de los tratados, en busca del agotamiento de las potencialidades ínsitas en sus preceptos, como a través de la competencia finalista del artículo 235 TCE, a partir de la cual se han podido ir «redondeando» los tratados, obviando así el gravoso trámite de su reforma; tratándose de colmar ciertas lagunas e imprevisiones, el principio de atribución limitada de competencias ha venido experimentando una cierta modulación (22). Y es a este fenómeno, identificado en la sentencia como «una ampliación dinámica de los tratados», al que el TCF, parece querer poner coto. En este sentido, subraya particularmente el TCF, sobre las referencias expresas en el TUE al procedimiento de reforma (art. N) u otras ampliaciones menores (art. K.9), la divisoria entre lo que haya de ser una concreción jurisprudencial del derecho que no extravase la linde jalonada por el tratado y una creación de normas que traspasase por contra tales límites. De ahora en adelante, dirá el TCF, la interpretación de las normas competenciales realizada por instituciones y órganos comunitarios habrá de observar esa divisoria marcada por el TUE entre la asunción de una atribución competencial limitada y la reforma del tratado o, lo que es lo mismo, no podría llegarse a un mismo resultado indistintamente mediante interpretación o reforma del tratado, así que «una interpretación semejante de normas competenciales no desplegaría en Alemania eficacia vinculante alguna» (C II 3b *in fine*). En esta perspectiva ha de entenderse la interpretación de conformidad bajo reserva a que sujeta el TCF el ya mencionado artículo F.3 TUE al adelantar, en la hipótesis de una futura interpretación comunitaria que contrariase la mantenida aquí por el TCF, que «ese proceder no quedaría ya cubierto por la ley (autorizante) de (la) ratificación y, por consiguiente, no sería jurídicamente vinculante en el Estado miembro alemán», o dicho de otra manera, «los órganos del Estado alemán tendrían eventualmente que rehusar el acatamiento de los actos jurídicos que se basasen en una aplicación semejante del artículo F.3 TUE» (C II 2b). Una afirmación que el TCF generaliza, mucho más allá, por tanto, de esta concreta referencia, cuando advierte que las actuaciones derivadas de tales aplicaciones de los tratados dejarían de ser

---

(22) El TCF cita en este punto, con alguna ligereza, a M. ZULEEG, en v. d. GROEBEN-THIESING-EHLERMANN (eds.): *EWG-Vertrag*, cuarta edición, 1991, comentario al artículo 2, número marginal 3. Que una cosa es tal devenir y otra distinta que el juez comunitario alemán haya postulado tales desarrollos es algo que el propio Zuleeg se ha visto en la obligación de aclarar públicamente (vid. en *NJW* (1993), pág. 3058; id.: «Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, en *Juristen Zeitung* (1994), pág. 1 (4).; cfr. la indignación de Ch. TOMUSCHAT: *loc. cit.*, pág. 495, que cree ver en este episodio el remate de la actitud hostil frente al TJCE, que rezuma el conjunto del fallo del TCF.

vinculantes en el ámbito de soberanía alemán, más concretamente, que «los órganos del Estado alemán se verían impedidos por motivos constitucionales de aplicar esos actos jurídicos en Alemania. En consecuencia, el TCF verifica(rá) si (los) actos jurídicos de las instituciones y órganos europeos se atienen a los límites de los derechos de soberanía a ellos otorgados o si, por el contrario, los trascienden» (C I 3 [con cita expresa de E 58, 1 (30-31); 75, 223 (235, 242)]).

Tiene sin duda interés la divisoria que apunta el TCF en su fallo entre interpretación o creación jurisprudencial del derecho y reforma de los tratados. Se trata, en efecto, de un problema cierto, no limitado al derecho comunitario, que aparece siempre ligado a la labor de concreción que se ven impelidos a realizar en sus respectivos ordenamientos los Tribunales Constitucionales, y en esta medida, también la «polivalente» jurisdicción comunitaria, cuando asume el desempeño de alguna función de naturaleza (materialmente) constitucional (23). El problema está entonces en quién esté llamado a trazar una divisoria que por lo demás ha existido siempre. En este sentido, cabría diferenciar dos momentos seguramente sucesivos: de decisión el uno, realizado en la práctica que vaya desarrollando un tribunal de este tipo; eventualmente activado el otro a la vista de aquella práctica, por el propio poder de reforma de la Constitución, si los resultados a que se hubiese llegado no pareciesen conformes a la norma fundamental (24). Incluso «algo de esto», si es que cupiera interpretarlo así, se habría podido producir ya en el ámbito del ordenamiento jurídico comunitario con ocasión del reciente TUE, en concreto mediante el protocolo sobre el artículo 119 del

(23) Cfr. G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS: «Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht», en *Europarecht* 3 (1992), págs. 225 y sigs. (en el núm. 37 de esta revista, págs. 345-348, puede encontrarse una apretada síntesis de este trabajo del juez comunitario).

(24) En esta perspectiva general parece situarse también M. Zuleey: «Die Rolle der recht-sprechenden Gewalt...», cit. pág. 7.

(25) El protocolo incorporado como anexo al TCE dice lo siguiente: «A los fines de aplicación del artículo 119, las prestaciones en virtud de un régimen profesional de seguridad social no se considerarán retribución en el caso y en la medida en que puedan asignarse a los períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990 (y ésta es la fecha de la sentencia del TJCE dictada en el caso Barber —as. 262/88— de que aquí se trata), excepto en el caso de los trabajadores o de sus derechohabientes que, antes de la fecha, hubieran incoado una acción ante los tribunales o presentado una reclamación equivalente según el derecho nacional de aplicación.» Véase, entre tanto, STJCE de 6 de octubre de 1993 (as. C-109-91), donde el propio TJCE delimita esos efectos. Cfr. G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS: *loc. cit.*, pág. 244, donde «semejante intervención en la función jurisdiccional, aun de parte del poder constituyente», es calificada, desde el enfoque constitucional que subyace al trabajo, de «injerencia en la separación de poderes imperante en el ordenamiento jurídico comunitario y en muchos sistemas constitucionales». En esta misma línea de «corrección» de la jurisprudencia del TJCE alude V. GÖTZ («Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», en *Juristen Zeitung* 22 [1993], pág. 1081 [1086]) al artículo 6.3 de Acuerdo a once sobre política social en el marco del protocolo sobre política social, donde se reservan los Estados la adopción de medidas particulares relativas a la promoción profesional de la mujer.

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, cuyo curioso objeto no es otro que el anclaje «constitucional» de una de las posibles interpretaciones del alcance de los efectos retroactivos de una sentencia del TJCE dictada en aplicación de ese precepto del TCE (25).

Pues bien, el TCF parece querer cuestionar también el proceder del TJCE, y eso no porque señale una divisoria entre concreción jurisprudencial y reforma del derecho comunitario, lo que encuentra una apoyatura clara no ya sólo en las disposiciones de los tratados, sino también en el nuevo fundamento constitucional alemán para la integración, en concreto, *in fine* del artículo 23.1 LF, donde es exigida una mayoría de reforma para la ley autorizante de la ratificación tanto con vistas al establecimiento de la Unión Europea como en atención a las futuras «modificaciones de sus tratados básicos y reglamentaciones análogas, en virtud de las cuales resulten modificadas o complementadas los contenidos de (I) a LF o bien posibilitadas tales modificaciones o adiciones» (vid. C III b), sino porque al advertir de su ineludible proyección sobre la futura aplicación de las atribuciones competenciales, si es que las disposiciones comunitarias pretenden surtir efecto en el espacio jurídico alemán, pareciera estar afirmando que «hasta ahora» otra habría sido la situación, es decir, que la Comunidad Europea, más concretamente el TJCE, habría venido desconociendo esta divisoria. El TCF, que no menciona ejemplos de extravasamiento competencial por parte del TJCE, se alinea con una (creciente) corriente doctrinal que viene insistiendo, sobre todo a partir de la puesta en práctica de las potencialidades del Acta única europea, en los peligros (más o menos inminentes según el autor) de una actuación comunitaria *ultra vires* del orden competencial establecido (26). Pero lo cierto es que conforme a la que el propio TCF llama en su fallo «Constitución de la Comunidad» (C II 3 d), es decir, conforme al fundamento excluyente de las competencias atribuidas a la Comunidad por los Estados, según sendos ordenamientos constitucionales, que son los Tratados, la interpretación y concreción jurisprudencial de tales competencias es una tarea que corresponde exclusivamente al TJCE, encargado como queda, conforme al artículo 164 TCE, de la interpretación y concreción jurisdiccional del Tratado, y por ello lógicamente tam-

---

(26) Vid., por todos, E. KLEIN: «Der Verfassungsstaat als Glied einer Europäischen Gemeinschaft», en *VVDStRL* 50 (1991), pág. 56 (72). Cfr. tanto la citada declaración de M. Zuleey, como la glosa de C. O. LENZ en *NJW* (1993), pág. 3038, donde se subraya particularmente el hecho de que el TCF lance la acusación sin aportar ejemplo alguno de la supuesta actuación *ultra vires* del TJCE; vid. además, K. M. Meessen, loc. cit., pág. 552 y sig.; V. GÖTZ: loc. cit., pág. 1084; Ch. TOMUSCHAT: loc. cit., pág. 494, que recuerda en este contexto el fallo pendiente del TCF en torno al conflicto de competencias originado por la problemática regulación comunitaria en materia de televisión, asunto sobre el que en su día se pronunció ya el TCF denegando la concesión de medidas cautelares (vid. BVerfGE 80, 74, 79 y sigs. (B II 2)).



bién de las normas atributivas de competencias. Por tanto, sólo al TJCE compete pronunciarse, en su caso, sobre el contenido y alcance de las competencias atribuidas a la Comunidad, sobre su exacta y concreta delimitación respecto de las competencias de los Estados miembros, en el marco trazado por los tratados, a estos efectos «Constitución de la Comunidad». En este sentido, cabe desde luego hablar del TJCE como de la jurisdicción «constitucional» comunitaria, única competente para resolver tales conflictos «constitucionales» de competencias, una función que puede asumir y de hecho asume el TJCE, aun a falta de un específico cauce, por distintas vías procedimentales, más concretamente mediante los recursos de incumplimiento y nulidad, las cuestiones prejudiciales de interpretación y validez e incluso con ocasión del control previo de tratados (27). Siendo, pues, evidente que se ha venido produciendo en la Comunidad un innegable enriquecimiento jurisprudencial de los tratados, ya sea a través de la afloración de competencias implícitas, ya mediante la interpretación finalista de los títulos habilitantes, no lo ha de ser menos que, por un lado, el TJCE considera ya de antiguo la falta de competencia como una cuestión de orden público, controlable incluso de oficio (28), y que, por otro lado, ha tenido ya la ocasión de sancionar infracciones comunitarias del orden competencial establecido en los Tratados, al extremo de haber declarado nulas sendas actuaciones de órganos comunitarios, una vez constatada una injerencia de la Comunidad sobre el ámbito competencial de los Estados miembros (29). Así, pues, no es ya sólo que el TJCE sea la única instancia competente para constatar eventualmente la infracción por parte de los órganos comunitarios del orden competencial comunitario, lo que es tanto como decir la propia «Constitución comunitaria», sino que

(27) Como demuestra muy bien el reciente dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, en cuyo punto I 3 se dice «que, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal de Justicia (dictamen 1/75...; dictamen 1/76...; resolución 1/78..., y dictamen 1/78...), el procedimiento del artículo 228 (del TCE), como el del artículo 103 del Tratado CEEA, permite abordar todas las cuestiones relativas a la compatibilidad de un acuerdo proyectado con las disposiciones del Tratado y, especialmente, la cuestión de si la celebración de tal acuerdo está comprendida o no dentro de las competencias de la Comunidad» para acabar dictaminando que «la celebración del Convenio núm. 170 de la OIT corresponde a una competencia conjunta de los Estados y de la Comunidad» (vid. el dictamen citado en *RIE* 3 [1993], pág. 639 [653]). Cfr., en general, G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS: *loc. cit.*, pág. 233; íd.: «La Constitución de la Comunidad Europea», en *Noticias/CEE* 100 (1993), pág. 93 (96).

(28) «Si bien es cierto que esta causa (la incompetencia) no ha sido invocada de una manera formal ni en la demanda ni en la réplica, es conveniente proceder a su examen» (as. 19/58). Vid. en esa misma línea la sentencia de 10 de diciembre de 1969 (as. 6 y 11/69). Cfr. en detalle R. SILVA LAPUERTA: *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* (1993), págs. 161 y sig.

(29) Vid. las sentencias del TJCE de 9 de julio de 1987 (as. 281, 283, 284, 285 y 287/85) en relación con la promoción de la integración cultural de los grupos de población migrante procedentes de terceros países y de 23 de abril de 1986 (as. 294/83) en relación con la restitución de gastos electorales y sus modalidades de regulación.

tal eventualidad efectivamente se ha producido. Así, pues, que estemos ante una situación inquietante para el futuro comunitario o no, vistas las afirmaciones contenidas en la STCF, dependerá sobre todo de lo que el propio TCF vaya a entender exactamente por «asunción de una competencia atribuida» y de los supuestos en que vaya a considerar que una interpretación de tales competencias pueda equipararse por sus consecuencias a una revisión (encubierta) del Tratado, haciéndola por ello inaplicable en el ámbito de soberanía alemana (C I 3). Por lo pronto, este enfoque supone un serio cuestionamiento de uno de los elementos caracterizadores de la «Constitución de la Comunidad», su carácter «mutante» (*Wandelsverfassung* [Ipsen]) propio de la integración, y por lo mismo, una firme toma de posición en favor de lo que cabría denominar «un cierto estancamiento» de los Tratados, en la medida en que se pretende si no desactivar, al menos poner «al ralentí» el llamado «motor de la integración» (¿cuál sería si no el sentido de la muy seria advertencia del TCF?). El TCF parte en su resolución de una jurisprudencia anterior contenida sobre todo en dos fallos de 1981 y 1987, respectivamente. En el fallo Eurocontrol I, el TCF dejaría asentado en la ley de apertura el fundamento de un proceso de integración gradual que sólo se vería desbordado ante «cambios esenciales» del «programa de integración» precipitado en el Tratado (en aquella ocasión esta doctrina sirvió para negar la necesidad de una nueva ratificación legal, tratándose de un desarrollo suficientemente determinado por el Tratado ratificado); en el segundo fallo, el TCF reconocería la exclusiva competencia atribuida al TJCE para llevar a cabo la interpretación del ordenamiento jurídico comunitario al servicio de los objetivos de la integración, seguridad jurídica e igualdad en su aplicación, lo que, siendo conforme a la LF, excluiría una competencia concurrente (como ya en su fallo Solange II excluiera una competencia subsidiaria o general) de los tribunales alemanes. No obstante, considerar que el poder jurisdiccional del TJCE comprendía sin duda la facultad de interpretar y concretar competencias comunitarias ya existentes a la luz y en consonancia con los objetivos fijados en el Tratado (CE), algo «metodológicamente defendible», «admisible» e «indicado», lo que llevaba en este caso a aceptar el método de configuración jurisprudencial del derecho utilizado por el TJCE, pues «también los tratados comunitarios se ha(bía)n de entender a la luz de la tradición y la cultura jurídica europea común»; iba, en última instancia, a reservarse el TCF la competencia para controlar los límites constitucionales a esa atribución competencial, no ilimitada, al TJCE (advirtiendo contra la hipótesis de una ampliación o adición de nuevos tipos de actos normativos que no estuviesen establecidos en el Tratado CEE), e incluso presumiblemente tam-

---

(30) Vid. en B 2 D cc y bb del fallo Kloppenburg, en BVerfGE 75, 223 (375 y sigs.). Cfr. en esta línea el que ha sido ahora ponente del fallo Maastricht, P. KIRCHHOF: «Deutsches Verfas-

bién para verificar una hipotética actuación *ultra vires* del TJCE, en la medida que se subrayaba en el fallo la relevancia constitucional del hecho de que una institución internacional, a los efectos del artículo 24.1 LF, se atuviera o no a los límites de los derechos de soberanía que le hubiesen sido atribuidos (30). Pues bien, aquella hipótesis se ha visto plenamente confirmada ahora por el TCF. Desde luego, no era imprevisible a la vista de algunas interpretaciones, muy señaladamente la del propio ponente del fallo Maastricht. Así que de ahora en adelante, viene a decir el TCF, se podrá examinar el verdadero alcance de las competencias (¿y no sólo de las implícitas y subsidiarias?) atribuidas a la Comunidad y fijadas o al menos suficientemente predeterminadas en el programa de integración autorizado por el representante del pueblo soberano, en cuanto exigencia derivada del principio democrático. Pues bien, esta posibilidad de control, que en último término parece admitir la existencia de discordancias entre los derechos comunitario y alemán, podría lastrar seriamente la vigencia de un ordenamiento jurídico, cuya efectividad última descansa en una actualización leal del deber de cooperación prescrito en los tratados comunitarios (así, por ejemplo, en el art. 5 TCE). Habrá que esperar que los tribunales alemanes a los que se plantea una duda sobre la «corrección» de la interpretación comunitaria eleven la cuestión prejudicial correspondiente, estando excluida no sólo la declaración de nulidad, sino también la inaplicación de las disposiciones comunitarias, fuera del marco estricto de garantía de una tutela judicial efectiva de los particulares señalado en la jurisprudencia del TJCE (31). Si el propio TCF había excluido antes cualquier posible competencia (concurrente o subsidiaria) de los tribunales alemanes, éstos debieran seguir respetando tanto la distribución competencial establecida en el Tratado como el acceso expedito de los particulares a su juez legal en asuntos comunitarios, pues de otro modo sufriría grave daño la aplicación simultánea y uniforme del derecho comunitario en el conjunto del espacio comunitario, como el propio TCF ya reconociera en su fallo

---

sungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht», en *Europarecht*, supl. 1 (1991), pág. 11 (18 y sigs.). También G. C. Rodríguez Iglesias se ha hecho recientemente eco de esta hipótesis («Tribunales constitucionales y derecho comunitario», en *Hacia un nuevo orden...*, cit., pág. 1175 [1193]). Sobre la problemática de fondo de aquel fallo, vid. A. LÓPEZ CASTILLO: «El “efecto directo” de las directivas comunitarias y su constitucionalidad interna en la República Federal...», en *Rev. Jur. CLM* 5 (1988), pág. 171 (178 y sigs.).

(31) Cfr. sólo las SSTJCE de 22 de octubre de 1987 (as. 314/85), Foto-Frost, párr. 11 y sigs., y de 21 de febrero de 1991 (as. C-143/88 y C-92/89), Zuckerfabrik, párr. 14 y sigs.).

(32) Sobre los requisitos del control de (in)aplicación del artículo 177 TCE en la RFA, vid. ahora la STCF de 31 de mayo de 1990, en BVerfGE 82, 159 (192 y sigs.). Cfr. sobre el reconocimiento de esta garantía constitucional por parte del TCF, A. LÓPEZ CASTILLO: «La cuestión del control de constitucionalidad de las normas comunitarias...», en *REDC* 23 (1988), pág. 207 (222 y siguientes.).

*Kloppenburg* (32). Así, pues, una vez se pronuncie el TJCE, el tribunal alemán deberá acudir de nuevo a la cuestión prejudicial antes de poder elevar al TCF, de entender que por su alcance la interpretación comunitaria sería de hecho equiparable a una revisión de los tratados, una cuestión de inconstitucionalidad dada la relevancia constitucional que el propio TCF ha conferido a ese supuesto. Estaríamos así de nuevo en Solange I, pero ahora sin limitación material alguna. Sólo faltaría saber si el TCF, que nada dice al respecto al margen de la advertencia genérica (al TJCE), en línea con aquella controvertida resolución (33), se declararía dispuesto a acudir él mismo ante el TJCE planteándole sus dudas motivadamente, una exigencia en mi opinión ineludible si no se quiere arruinar la autoridad de los fallos del TJCE, en atención al principio de leal cooperación, al que se deben todos los poderes públicos (comunitarios y nacionales) en el marco de una «Comunidad de derecho» (34).

En este marco de la problemática competencial, el TCF subraya también la tarea que aguarda al TJCE por lo que al control jurisdiccional del principio comunitario de subsidiariedad se refiere. Sabido es que este principio, sobre cuya potencialidad se ha exagerado bastante (35), representa un límite al ejercicio de las competencias comunitarias no exclusivas y que con el principio de proporcionalidad, subraya aún más claramente, como principio vertebrador de las competencias comunitarias, al principio de la atribución limitada de competencias, un principio ahora también constitucionalizado en el primer párrafo del nuevo artículo 23.1 LF. Como muy bien se colige de las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Edimburgo de 12 de diciembre de 1992, el juego que este principio pueda dar va a depender sobre todo de la futura práctica normativa comunitaria (36). Si no se pierde de vista que el posible alcance de la interpretación e hipotético control de la práctica política de este principio (constitucional) comunitario por parte del TJCE, una idea en la que abunda el TCF,

(33) Vid. en B 5 b de aquel fallo; cfr., por ejemplo, los comentarios a esta resolución de 29 de mayo de 1974 de M. HILF y E. KLEIN en *Zeitschrift für ausländisches Recht und Völkerrecht* 35 (1975), págs. 51 (66, nota 42) y 67 (78, nota 46), respectivamente.

(34) Cfr. C. O. LENZ: *loc. cit.*, pág. 3039; V. Götz: *loc. cit.*, pág. 1086; Ch. TOMUSCHAT: *loc. cit.*, pág. 494; M. ZULEEG: *loc. cit.* pág. 3; K. M. MEESSEN: *loc. cit.* págs. 552-3. Cfr. además R. STREINZ, *Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts durch deutsche Staatsorgane*, en Isensee/Kirchhof (eds.) *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VII, pág. 817 y sigs. (852).

(35) Vid. sólo las escépticas alusiones a esa especie de «vaca sagrada» (D. GRIMM: *Der Spiegel* 43 [1992], págs. 57-58) o «“piedra filosofal” (...) que unos conciben como la quintaesencia del federalismo y otros como un caballo de Troya que les permitirá destruir el carácter indebidamente “supranacional” de la Comunidad» (G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS: *Noticias CEE* 100 cit., pág. 98).

(36) Cfr. en este sentido el anexo I, parte A, de esas conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Edimburgo de 12 de diciembre de 1992, en *RIE* 1/1993, pág. 369 (377 y sigs.).

no debiera levantar una falsa expectativa a la vista, en primer lugar, de la propia jurisprudencia constitucional alemana elaborada de antiguo en torno a la posibilidad de control de la práctica política del artículo 72.2 LF (que prevé una intervención normativa federal subsidiaria en el plano de la legislación concurrente), una jurisprudencia a partir de la cual se ha dicho «apenas cabe pensar un supuesto en que el artículo 72.2 LF pudiera limitar la competencia legislativa de la Federación» (37). Pero, además, es que no deja de aparecer como una materia controvertida la naturaleza misma de un control sobre los órganos normadores comunitarios en un marco de discrecionalidad política, que podría llevar a una cierta «politización» del TJCE muy nociva para su credibilidad y la de sus fallos. Y sólo hay que imaginar algún supuesto más o menos previsible. Por ejemplo, y por centrarme sólo en el caso de la RFA, la fijación de una posición determinante por los representantes de los Länder en el Consejo federal que se viese luego preterida en el Consejo comunitario, podría dar lugar por hipótesis al planteamiento de esta cuestión ante el TJCE en demanda tal vez de la anulación de las correspondientes disposiciones comunitarias, una pretensión que con toda probabilidad rechazaría el TJCE, de modo que finalmente pudiese llegar la cuestión al propio TCF, por un supuesto quebranto de las previsiones constitucionales relativas, por un lado, al principio de subsidiariedad, lo que no hace impensable una pretensión de control constitucional de la interpretación que del principio comunitario hubiese hecho el TJCE (38), y por otro, al complejo procedimiento interno de formación de la voluntad federal desarrollado, conforme a las previsiones del artículo 23.7 LF, por una ley que viene a concretar los pormenores del procedimiento perfeñado en los apartados cuarto a sexto del referido precepto constitucional (39).

---

(37) Vid. K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 15.ª edición revisada, 1985, núm. marg. 240 *in fine*. Cfr. Ch. TOMUSCHAT: *loc. cit.*, pág. 495.

(38) Sobre la idea de una futura discrepancia entre las jurisprudencias comunitaria y alemana en este campo, cfr. C. D. CLASSEN: «Maastricht und die Verfassung: kritische Bemerkungen zum neuen *Europa-Artikel* Art. 23 GG», en *ZRP* (1993), pág. 57 (59).

(39) Vid. Ley sobre la cooperación de Federación y Länder en asuntos de la Unión Europea de 12 de marzo de 1993, en cuyo artículo 5.2 se prevé, a falta de acuerdo con el Gobierno federal, la fijación por mayoría de dos tercios de una posición determinante del Consejo federal. En otras palabras, se da un mandato vinculante al representante alemán en el Consejo. Aparte la cuestión de si un procedimiento como éste, mediante el cual se predetermina la posición alemana en el Consejo, podría considerarse contrario al deber comunitario de cooperación establecido en el artículo 5 TCE y, por tanto, como una infracción al TCE, una tesis tradicional del Gobierno federal alemán, lo que parece meridianamente claro es que no sólo el proceso decisorio comunitario puede multiplicar sus carencias en detrimento de una mínima eficacia, sino que también la propia capacidad negociadora de los representantes nacionales en el Consejo puede verse mermada por la naturaleza misma de ese proceso decisorio. Vid. U. EVERLING: *loc. cit.*, págs. 946-947, que mantiene la existencia de una tal infracción de las obligaciones derivadas del TCE, por los mismos motivos por

IV. LA TUTELA DE LOS DD. FF.  
FRENTE AL EJERCICIO DEL PODER COMUNITARIO

Entre los motivos de queja del primero de los recurrentes, un ex funcionario alemán del gabinete del comisario Bangemann, en su día cesado por sus críticas al TUE, destaca la supuesta vulneración, entre otros derechos fundamentales y garantías constitucionales, de su dignidad humana (art. 1.1), del libre desenvolvimiento de su personalidad (art. 2.1), de su derecho de expresión (art. 5.1), de su derecho a la libre creación de partidos políticos (art. 9.1 en consonancia con el art. 21.1), de su derecho a la libre elección de profesión u oficio (art. 12.1) y de su derecho de propiedad (art. 14.1). Aunque el TCF considera improcedentes el conjunto de los motivos alegados, algunos de los cuales, por no decir prácticamente todos, resultan ciertamente peregrinos (40), en el fondo, no iba a resultar del todo estéril el esfuerzo ímprobo de este recurso por replantear ante el TCF la cuestión de los DD. FF. frente al poder comunitario, en línea con las voces que en los últimos años habían venido postulando una reconsideración de un conflicto, procesalmente desactivado por el TCF desde la neutralización de la «fórmula Solange», mediante un segundo pronunciamiento homónimo de finales de 1986 (41). La ocasión ha servido, en efecto, al TCF para arrumbar esta

---

los que en la RFA no se admite la fijación del voto de los ministros de los Länder en el Consejo federal, por parte de sus respectivos parlamentos y por ello apuesta por la inaplicación de esta concreta previsión legislativa, como una exigencia derivada del principio comunitario de primacía. Cfr. en general sobre esta constitucionalización de la intervención de los Länder en la formación de la voluntad comunitaria de la RFA J. POLAKIEWICZ: «La reforma constitucional alemana de 21 de diciembre de 1992: El nuevo papel de los Länder en la integración europea», en *REP* (en prensa); J. BARNÉS VÁZQUEZ: *loc. cit.*, págs. 603 y sigs.; M. BACIGALUPO SAGGESE: «El impacto del tratado de la Unión Europea en la reforma constitucional...», en *REDC* 39 (1993), pág. 161 (176 y siguientes). Véase además el Convenio entre el gobierno federal y los gobiernos de los Länder sobre cooperación en los asuntos relacionados con la Unión Europea, de 12 de octubre de 1993, y la reforma parcial del Reglamento del Consejo federal, de 26 de noviembre de 1993.

(40) Lo peregrino de los motivos invocados parece particularmente evidente en atención, por ejemplo, a la pretendida vulneración de los artículos 5.1 y 9-21.1 LF (vid. en B 2 d y e del fallo). No es ajena a esta reflexión la apreciación de J. Schwarze, según la cual detrás de ciertas objeciones al TUE se estaría enmascarando una creciente reticencia política a los progresos de la integración («Das Staatsrecht in Europa», en *Juristen Zeitung* (1993), pág. 585 [586]).

(41) Vid. STCF de 22 de octubre de 1986 («Solange II»), en *RIE* 3/1987, pág. 881 y sigs. Con la demanda de un «Solange III» algunas voces de la doctrina encabezaron una seria reacción frente a la doctrina del fallo «Solange», en la idea de recuperar una primacía de los DD. FF. de la LF que se entendía cuestionada (a destacar, entre otros, R. SCHOLZ: «Wie lange bis "Solange III"», en *NJW* [1990], págs. 9411 y sigs., y más sutil, R. STREINZ: «Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht» [1989], *passim*). Una sólida contestación a esas tesis ofrecen U. EVERLING: «Brauchen wir "Solange III"», en *Europarecht* 3 (1990), págs. 195 y sigs., y Ch. TOMUSCHAT: «Aller guten Dinge sind III?», en *Europarecht* 4 (1990), págs. 340 y sigs.

doctrina, más allá de la apariencia de continuidad que se deriva de su expresa remisión a un fallo de algún modo constitucionalizado. En efecto, el artículo 23.1, primera frase, LF exige, en relación con el desarrollo de la Unión Europea, y en la perspectiva abierta de una futurible Europa unida, la debida garantía de un nivel de protección de los DD. FF. equiparable en lo esencial al nivel de tutela que brinda la LF. E igualmente «constitucionalizada» hay que considerar de algún modo también la propia jurisprudencia del TJCE relativa a la tutela de DD. FF. en la Comunidad, a partir de la referencia en el artículo F.2 TUE al respeto por parte de la Unión Europea de «los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo (...) y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del derecho comunitario». Si el TCF hubiese procedido en la línea de su decisión de 1986, debería haber constatado los avances experimentados en la propia jurisprudencia del TJCE, de cuyos desarrollos más recientes se infiere sin mayor dificultad, y con independencia ahora de su casuística y carencias dogmáticas, una progresiva actuación tendente a la mejora de la tutela jurisdiccional de los derechos y garantías fundamentales, llámense o no tales en la terminología comunitaria (42). Pero además, con la entrada en vigor del TUE, los «ciudadanos de la Unión» quedan ya situados en una posición jurídica diferenciada, lejos, por tanto, de la instrumentalidad (económica) anterior, articulándose así un nuevo estatuto jurídico de los ciudadanos, ampliable conforme a un procedimiento simplificado de revisión expresamente previsto en el segundo párrafo del artículo 8 E TCE. Esta inserción del ciudadano en los Tratados, en lo que el propio TCF ha visto un germen de legitimación democrática comunitaria, no ha de pasar inadvertida en la futura jurisprudencia del TJCE.

Pues bien, en la estela de la doctrina Solange II no era en modo alguno disparatado concluir que únicamente la garantía comunitaria de los DD. FF. ha de configurar el parámetro de control de la validez del derecho comunitario derivado (= aplicación simultánea y uniforme en el conjunto del espacio jurídico comunitario), lo cual para nada empece que sobre una norma jurídica alemana, dictada en un marco de libre disposición nacional, no predeterminado por el derecho comunitario que viniese a cumplimentar, pudiera verificarse un control de constitucionalidad a partir del parámetro que ofrecen los DD. FF. alemanes, una

(42) Cfr. sólo las referencias a la configuración jurisprudencial en ese ámbito de un derecho de naturaleza fundamental a una «tutela judicial efectiva», G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS: *loc. cit.*, págs. 236 y sigs.; vid., con carácter general, J. SCHWARZE: «Europäischer Grundrechtsschutz-Grundfragen, aktuelle Rechtsentwicklungen, künftige Perspektiven», en *Zeitschrift für Verwaltung* (1993), págs. 1 y sigs.

(43) Vid. A. LÓPEZ CASTILLO: *loc. cit.*, pág. 221. Una interpretación que también se mantiene, por ejemplo, en sendos fallos del Tribunal administrativo federal de 8 de marzo de 1990 (vid. BVerwGE 85, 24 y sigs.) y 15 de noviembre de 1990 (vid. BVerwGE 87, 94 y sigs.).

vez salvado el marco genérico de garantía de los DD. FF. que brinda el derecho comunitario, «pues de lo contrario se seguiría controlando, subrepticamente, el derecho comunitario (derivado)» (43). Sin embargo, el TCF viene a concluir ahora algo bien diferente y ello sin apartarse formalmente de su doctrina «Solange II». Por un lado, negando frente a los recurrentes que vaya a producirse sin más una vulneración, ni tan siquiera una minoración, de la tutela de DD. FF. que brinda la LF como consecuencia de la apertura a la integración europea establecida en el preámbulo y los artículos 23 y 24 LF; por otro lado, y con ello inicia un desmarque sutil de la doctrina Solange II, que, a la vista de lo dicho ahora, tal vez había querido anunciar ya el TCF en un controvertido y oscuro auto de 1989, donde se dejaba abierta la cuestión del alcance de la vinculación del legislador alemán que traspusiese una directiva a las directrices de la LF (44), afirmando que «(e)l TCF garantiza(rá) mediante su competencia (cfr. col. STCF 37, 271 [280 y sigs.]; col. STCF 73, 339 [376 y sig.]) que se asegure con carácter general a los habitantes de Alemania una tutela efectiva de los DD. FF. también frente al poder soberano de las Comunidades y que esta (tutela) sea en esencia equivalente a la ofrecida como (algo) irrenunciable por la LF, toda vez que garantiza con carácter general el contenido esencial de los DD. FF. El TCF asegura(rá) así este contenido esencial también frente al poder soberano de la Comunidad (cfr. col. STCF 73, 339 [386]). También (los) actos de un poder público especial de una organización supranacional, separado del poder público de los Estados miembros, conciernen a los beneficiarios de los DD. FF. en Alemania. Con ello afectan a las garantías de la LF y a las funciones del TCF, que tienen por objeto la tutela de los DD. FF. en Alemania y a este respecto no sólo frente a los órganos estatales alemanes (discrepancia con col. STCF 58, 1 [27]). No obstante, el TCF ejercita(rá) su jurisdicción sobre la aplicabilidad de derecho comunitario derivado en Alemania en una «relación de cooperación» con el Tribunal de Justicia Europeo, por la que el Tribunal de Justicia Europeo garantiza la tutela de los DD. FF. en cada caso concreto para todo el territorio de las Comunidades Europeas, por lo que puede limitarse el TCF a una garantía general del estándar irrenunciable de los DD. FF. (cfr. col. STCF 73, 339 [387])» (vid. B 2 b del fallo).

Dicho sea con la mayor brevedad, pese a la cita expresa de su fallo Solange II, no debe pasar inadvertido el muy considerable giro jurisprudencial que

(44) Vid. auto TCF Soweit de 12 de mayo de 1989, en *Europarecht* (1989), pág. 270 (=Auto TCF de 9 de julio de 1992, en *Die Öffentliche Verwaltung* 1992, pág. 1010). A partir de tan oscura formulación no faltaría quien concluyera una constatación de que la doctrina Solange II no sería de aplicación a las directivas dejándola circunscrita sólo a los reglamentos (vid. U. DI FABIO: «Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip?», en *Neue Juristische Wochenschrift* [1990], págs. 947 y sigs.).

(45) Cfr. Ch. TOMUSCHAT: *loc. cit.*, pág. 490, que habla de «ostensible viraje»; V. GÖTZ: *loc. cit.*, pág. 1083, ve sólo una «formulación más restrictiva». Cabe preguntarse con M. ZULEEG (*loc. cit.* pág. 4) si «Pacta sunt servanda?».



emprende ahora el TCF, dando prácticamente la vuelta a su anterior formulación (45). Hay que recordar brevemente que en aquella ocasión había renunciado el TCF a su anterior pretensión (Solange I) de ejercicio de su jurisdicción frente a actos de derecho derivado a condición de que el nivel de tutela comunitaria de los DD. FF., que tras una detenida glosa de los logros comunitarios en el período transcurrido desde su primer fallo Solange, juzgaba «en general suficiente», no cayese de un modo tal que ya no cupiese considerarlo «como una tutela en general adecuada de (los) DD. FF.» (Solange II, en B II 1 e), y por ello, concluía «en tanto que las Comunidades Europeas, y en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, garanticen con carácter general una tutela efectiva de los DD. FF. frente al poder soberano de las Comunidades que sea equivalente en lo esencial a la tutela de los DD. FF. ofrecida como algo irrenunciable por la LF, toda vez que garantiza con carácter general el contenido esencial de los DD. FF., el TCF no ejercitará en lo sucesivo su jurisdicción sobre la aplicabilidad de derecho comunitario derivado que sea invocado como fundamento jurídico de una conducta de los tribunales y autoridades alemanas en el ámbito de soberanía de la RFA y, por tanto, no examinará más ese derecho atendiendo al parámetro de los DD. FF. de la LF» (Solange II, en B II 1 f). Pues bien, obviamente de la tutela comunitaria de los DD. FF., aparte ahora otro tipo de consideraciones (46), no puede decirse sin disparatar que haya caído a un nivel inaceptable que hubiese hecho aconsejable, y menos exigible, que el TCF asumiera de nuevo su competencia y no ya de modo indirecto, mediante el control de las disposiciones nacionales dictadas con base en el derecho comunitario, que no otra cosa afirmaba en su primer fallo Solange, sino de frente, esto es, afirmando su jurisdicción directamente frente al propio derecho comunitario, rompiendo de nuevo, y en esta oportunidad expresamente, con una jurisprudencia anterior que había rechazado paladinamente el pretendido control por parte del TCF de los actos de una organización supranacional, de los cuales había de conocer, con arreglo al estatuto jurídico de aquella organización (Eurocontrol), un tribunal de uno de los Estados que la componían (Bélgica), excluyendo así la aplicación del artículo 19.4 LF a los actos y disposiciones de un poder supranacional (47). De este modo, no es que el TJCE arruine actualmente el acervo jurisprudencial comunitario, pero sí que sienta una base teórica suficiente como para que esto no sea imposible en el futuro. El TCF bosqueja un nuevo sistema de articulación competencial entre las jurisdicciones constitucional y comunitaria, de modo que si antes reconocía la competencia comunitaria para ejercitar la tutela de DD. FF. con carácter general, excluyendo toda intervención suya que

(46) Cfr., por todos, Ch. TOMUSCHAT: *loc. cit.*, págs. 356-359.

(47) Esta doctrina Eurocontrol I (BVerfGE 58, 27) sería reproducida en B 1 3 b del fallo Solange II, cit.

no viniese a remontar una caída inaceptable del estándar protegible, ahora asume la función de garante general de los DD. FF. establecidos en la LF, dejando al TJCE una tarea ordinaria de concreción casuística de la tutela comunitaria que él examinará, en su caso, como garante último en el marco de la LF (48). Y esto significa sencillamente que el TCF se arroga la competencia de verificación de la corrección de la jurisprudencia comunitaria y, en esta ocasión, abstrayéndose del hecho de que ya hace tiempo que el TJCE incorpora a su jurisprudencia, como parte esencial que son de la constitución material de la Comunidad, los DD. FF. comunes a los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros, cuya identidad constitucional refleja bien el propio CEDH, como parámetro de control de la constitucionalidad, o comunitariedad, de disposiciones y actos normativos comunitarios, concretando en ocasiones reglas de control no expresadas como una exigencia ineludible en el marco de una «Comunidad de derecho» (49). Por otra parte, no es menos cierto que el mejor camino para llevar a la obsolescencia esta jurisprudencia cimarrona del TCF será, a salvo ahora otras hipótesis constitucionales, la toma de conciencia por parte del TJCE de que a él le toca asumir «la gran responsabilidad de interpretar el conjunto del derecho comunitario de conformidad con estos principios (constitucionales fundamentales), que debe identificar y formular con suficiente amplitud, teniendo en cuenta, entre otros elementos, la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales» (50). Como apuntara ya hace veinte años un lúcido comentarista del fallo Solange I, la cláusula de lealtad y solidaridad comunitaria (art. 5 TCE) debe entenderse como un fundamento bastante para que el TJCE se esfuerce en esa búsqueda de los estándares más elevados (51), algo más evidente aún tras el reforzamiento del estatuto jurídico de la ciudadanía de la Unión. Es verdad que el TCF ofrece una «relación de cooperación» al TJCE, puesto que juntos han de desempeñar esa tarea de salvaguarda de los DD. FF. Pero si hemos de entender el significado exacto de esta «oferta de cooperación» lanzada ahora por el TCF, conviene sin duda acudir a un escrito del ponente de

---

(48) Insiste particularmente en esta revisión Ch. TOMUSCHAT: *loc. cit.*, pág. 490. Este «nuevo» sistema de articulación competencial que ha perfeñado ahora el TCF no se deduce de modo necesario de la LF y supone una quiebra evidente del sistema establecido en el TCE, según el cual, frente a los actos y disposiciones normativas de incidencia inmediata sobre los ciudadanos, la tutela judicial efectiva ha de quedar en manos del TJCE, en los términos del art. 173. Vid. en este mismo sentido, A. Randelzhofer, comentario al art. 24.1 LF, en Maunz/Dürig, *Kommentar zum GG* (1992) pág. 84, n.º marg. 139.

(49) Vid. STJCE de 23 de abril de 1986 (as. 294/83), *Les Verts I*, párr. 23; cfr. Dictamen TJCE 1/91, de 15 de diciembre de 1991, párr. 21.

(50) Una disposición de ánimo que no parece faltar en este párrafo del juez comunitario G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS: «Tribunales Constitucionales y derecho comunitario», cit. pág. 1200 *in fine*.

(51) Vid. M. HILF: *loc. cit.* pág. 58.

este fallo en donde se encuentra formulada una oferta semejante. Pues bien, de allí se desprende que el TCF habría de ejercitar su jurisdicción siempre que por motivos procesales no fuese viable la obtención de la debida tutela de DD. FF. reconocidos en la LF ante el TJCE, sin olvidar aquellos otros supuestos en los que se trate de DD. FF. tan peculiares como la libertad religiosa que el TJCE no manejase generalmente como parámetro de su actividad de control (52). Se trata, como puede comprobarse, de hipótesis de activación de control no por una caída general inaceptable del estándar de la tutela comunitaria de DD. FF., sino por una posible disonancia en relación con ciertas garantías y libertades fundamentales, algo muy distinto, pues, de la doctrina Solange II. No hay que insistir más en lo ya dicho sobre la creciente articulación de un derecho fundamental comunitario a la tutela judicial efectiva, capaz incluso de impulsar la mejora de esa tutela en el marco de los propios procedimientos jurisdiccionales internos (53). Por lo demás, que la libertad religiosa no constituya un parámetro con el que cuente por lo general el TJCE nada tiene que ver, llegado el caso, con su efectiva tutela, como muy bien sabe el TCF, al menos desde su ponderada decisión Solange II (vid. B II 1d aa, donde se hacía eco el TCF de la jurisprudencia comunitaria relativa a la tutela de DD. FF. hasta aquel momento).

Por lo demás, a partir de la interrelación trazada por el TCF entre incidencia directa de actos de un poder público, incluso supranacional, sobre los titulares de DD. FF. en Alemania y el probable ejercicio de su jurisdicción en salvaguarda de esos DD. FF., si el mencionado poder supranacional no hubiese brindado la debida tutela, le viene dada al TCF la respuesta sobre la hipótesis, planteada por los recurrentes, de una posible lesión de DD. FF. con ocasión del desarrollo de las políticas no comunitarizadas por el TUE, ante la manifiesta falta de jurisdicción del TJCE en ese campo, según el tenor del artículo L TUE. No habiéndose previsto expresamente, dirá el TCF, una incidencia directa de las disposiciones a adoptar en los ámbitos de Justicia e Interior y de la PESC sobre los titulares de DD. FF., ésta sólo sería posible con la ratificación nacional, siquiera simplificada, de tales actos. Llegado ese momento, el TCF podrá analizar la constitucionalidad de esos actos de ratificación. Así, pues, cualquier posible incidencia sobre los DD. FF. que trajera su causa de la puesta en práctica en Alemania de las acciones conjuntas emprendidas por los Estados

---

(52) Vid. P. KIRCHHOF: «Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht», en *Europarecht*, supl. 1 (1991), pág. 11 (24-25). Cfr. también R. STREINZ: «Der Vollzug des Europäischen...», cit., pág. 852. Destaca ahora particularmente esta cuestión, V. GÖTZ: *loc. cit.*, pág. 1083.

(53) Cfr. sólo las SSTJCE de 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik*, cit., y de 3 de diciembre de 1992, *Borelli*, cit. Vid., E. GARCIA DE ENTERRÍA: «La ampliación de la competencia de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del derecho comunitario», en REDA 78 (1993), págs. 297 y sigs., y en general *La batalla por las medidas cautelares* (1992).

miembros en estos ámbitos no comunitarizados del TUE quedaría plenamente sujeta, no tratándose de derecho supranacional alguno que pudiese desplazar las disposiciones nacionales, a la jurisdicción de los tribunales alemanes. Como cualesquiera otras disposiciones motivadas por un tratado internacional, no podrían minorar la tutela de los DD. FF., oponible siempre al poder público alemán; así que, llegado el caso, deberían quedar inaplicadas por exigencia constitucional (54). Frente a la hipótesis de una posible incidencia directa de tales acciones, por su cobertura comunitaria (así, por ejemplo, en el marco del art. 228 A TCE), la debida tutela de DD. FF. vendría garantizada, gracias a la «relación de cooperación» mutua antes referida, en un primer momento por el TJCE y, si fuese preciso, por el propio TCF (vid. B 2 c5 del fallo).

#### V. EL ESTADO ALEMÁN COMO MIEMBRO (Y «DUEÑO») DE UNA UNIÓN EUROPEA DE ESTADOS

En la Alemania unificada parece aflorar un renovado sentimiento nacional que pone su fe en el Estado como auténtico reducto de libertad y paz. La Alemania plenamente soberana de hoy cree advertir una cierta contraposición entre sus obligaciones derivadas del proceso de integración europea y sus responsabilidades históricas respecto a la llamada «Mitteleuropa» (55).

Mediante el TUE, dirá el TCF, «se constituye 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 que descansa sobre un pueblo europeo» (tesis 8; C II 1). Declina en consecuencia el TCF pronunciarse sobre si la LF permitiría o excluiría la integración de Alemania en un Estado europeo, por no tratarse de una cuestión actual, pues aunque el objetivo final del proceso de integración europeo siga abierto tras el TUE, «en cualquier caso, no se proyecta en la actualidad una fundación «de unos Estados Unidos de Europa», que fuese comparable a la estatalización (*Staatswerdung*) de los Estados Unidos de América» (C II 1a). La Unión Europea sería sólo un «*Staatenverbund*».

Y qué signifique exactamente este concepto es algo que puede aclarar un trabajo reciente del ponente del fallo en donde expresamente formula esta noción, en un intento por atrapar los caracteres diferenciadores del proceso de integración comunitaria frente a las tópicas categorías doctrinales de Confederación o Estado federal. Y por «*Staatenverbund*», una especie de *tertium genus* situado a

(54) Cfr. STCF Armas Químicas, en BVerfGE 77, pág. 170 y sigs. (230 y sig.).

(55) Cfr. P. KIRCHHOF: *Der deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration*, en ISENSEE-KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VII, págs. 855 y sigs. (856).

caballo de aquellas categorías, parece entender Kirchhof aquella Unión que aun conservando el acervo de los Estados constitucionales los abre al servicio de los inviolables DD. HH. y de la paz y los liga en una Comunidad de derecho y de acción (56). Pues bien, en esta perspectiva estatalista, el TCF hace suyas las tesis del ponente, de que el poder comunitario es un poder derivado de los Estados miembros que sólo a través del mandato de aplicación alemán puede desplegar su eficacia y concluye con un gesto de reafirmación de la plena soberanía de una Alemania revivificada por la unificación. En concreto, dice el TCF: «Alemania es uno de los “Dueños de los Tratados”, que han fundamentado en la voluntad de ser miembros a largo plazo su vinculación al Tratado de la Unión, concluido “por un período de tiempo ilimitado” (art. Q TUE), pero que a fin de cuentas podrían dejar sin efecto esta pertenencia mediante un *actus contrarius*. La validez y aplicación del derecho (comunitario) europeo en Alemania dependerán del mandato de ejecución de la ley que consiente la ratificación. Alemania conserva así la cualidad de un Estado soberano por derecho propio y el estatuto de igualdad soberana con otros Estados a los efectos del artículo 2.1 de la Carta de Naciones Unidas de 26 de junio de 1945» (vid. C II 1a *in fine* del fallo).

La conclusión que, en mi opinión, cabría extraer de este pronunciamiento es que el TCF, primero, ha querido dejar expresa constancia del nuevo estatuto jurídico de plena soberanía de la Alemania unificada, y segundo, que el futuro de la integración, contra lo que pudiera deducirse a la vista sobre todo de algunas interpretaciones de la jurisprudencia del TJCE, sigue estando en manos de los Estados miembros, y si yo no interpreto mal el párrafo transcrito, del conjunto de los Estados miembros, pero ya no de un modo unilateral, sino colegiadamente. Por lo demás, nada se dice en el fallo contra la exclusión, que se deduce de la jurisprudencia del TJCE, de todo intento estatal de reforma de los tratados que no sea el expresamente previsto. Así, pues, del fallo del TCF no parece sufrir la existencia de límites procedimentales a la revisión de los tratados, pero más allá de eso no habría sino voluntad estatal (57). Insistiendo en el carácter

(56) Vid. el detalle de este interesante aporte doctrinal en P. KIRCHHOF: *loc. cit.* pág. 886, que postula, en definitiva, frente a un temible Estado (central) europeo, la idea de una Comunidad de derecho entre los Estados europeos (pág. 885); cfr. en esta misma línea K. SCHACHTSCHNEIDER: *loc. cit.*, pág. 760, que piensa en la configuración de una especie de «Bund der Republiken» que se bastase con la realización de una política común mediante una legislación concorde de los diversos Parlamentos respecto de las decisiones esenciales. Esta imagen revela una intención de revisión y vuelta atrás de la andadura integradora en mi opinión manifiesta.

(57) Vid. P. KIRCHHOF: «Deutsches Verfassungsrecht und...», *cit.*, pág. 14; cfr. Ch. TOMSCHAT: *loc. cit.*, pág. 495; cfr. Dictamen TJCE 1/91, *cit.*, en particular los párrafos 71 y 72, de donde se infiere la existencia de un núcleo sustancial de Constitución comunitaria inmodificable, si bien es cierto que esto se afirma a la vista de un tratado internacional en un contexto que no presupone una voluntad estatal de remoción de tales fundamentos de la Comunidad.

derivado del poder comunitario, cuestiona de frente el TC la idea de que la Comunidad dispusiese ya de algún modo de su propia soberanía o la compartiese con sus Estados miembros. Se responde así tanto a la clásica tesis alemana de la creación de un nuevo ente autónomo dotado de su propio poder público a partir de un acto conjunto del poder de integración de los Estados miembros, paralela en lo fundamental a la doctrina Costa del TJCE (58), cuanto a la tesis en su día planteada por el ex juez comunitario alemán Everling, para quien la soberanía estaría ya compartida por la Comunidad y sus Estados miembros, de modo que éstos no podrían, ni siquiera colegiadamente, oponer un *actus contrarius* por el simple hecho de que la Comunidad haya sido creada mediante tratados internacionales. Los Estados podrían, en cuanto «Dueños de los Tratados» activar su reforma, ahora en los términos del artículo N TUE; pero tratándose de una disolución o de una vuelta atrás en la andadura comunitaria, ya no bastaría el trámite de la reforma, debiéndose acudir, del mismo modo que si se pretendiese la constitución de un ente estatal europeo, al poder constituyente (59). El TCF niega entonces radicalmente la existencia de un poder constituyente comunitario propio, ni siquiera compartido, algo que le habría sido desde luego imposible negar ya si hubiese prosperado la propuesta lanzada por el Parlamento Europeo durante el proceso de gestación del TUE de hacer depender del consentimiento de esa Cámara toda reforma de los tratados. Ahora bien, el TCF no se contenta con esta constatación y, en una formulación algo oscura, subraya que la validez y aplicación de la normativa comunitaria en el ámbito de soberanía alemán dependerá directamente del mandato nacional de ejecución inserto en la ley autorizante de la ratificación, en este caso del TUE. Pues bien, en primer lugar, no acaba de quedar claro en esa formulación el necesario engarce de esta ley con un determinado fundamento constitucional autorizante de la atribución de funciones y competencias a partir de la cual se origina un derecho, en un marco propio de referencia y validez, que luego despliega sus efectos en el conjunto del ámbito comunitario. Esto es lo que el propio TCF ha aceptado ya en otras ocasiones, a salvo unos inciertos límites del «poder de integración», por lo que habrá que entender

---

(58) Vid. H. P. IPSEN: *Europäisches Gemeinschaftsrecht* (1972), pág. 61 (= *Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften*, en ISENSEE-KIRCHHOF [eds.]: *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VII, pág. 767 [771]); cfr. K. HESSE: *op. cit.*, pág. 40 (acto conjunto de erección de la Comunidad).

(59) Vid. U. EVERLING: «Sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft noch Herren der Verträge?», en *Fs. Mosler* (1983), págs. 173 y sigs. (190), y ahora, en «Überlegungen zur Struktur...», *cit.*, págs. 942-943.

(60) Vid., por ejemplo, P. KIRCHHOF: *loc. cit.*, pág. 885. Para una exposición particularmente fundamentada de esta tesis del «mandato de aplicación», en relación con otros enfoques doctrinales, vid. R. STREINZ: *loc. cit.*, págs. 93 y sigs. (107 y sigs.).

que es eso lo que se ha querido decir (60). Como muy bien recuerda Tomuschat al comentar la referencia en el párrafo del fallo transcrito al artículo 2.1 de la Carta de la ONU, la soberanía estatal se cifra particularmente en el respeto a las obligaciones derivadas de los compromisos internacionales voluntariamente asumidos (61), que, situados en un marco protoconstitucional y tan singularizado como el comunitario, se habrán de considerar excluyentes de los siempre latentes «componentes fácticos de la soberanía» (62). Queda, no obstante, la duda de que mediante esa alusión confusa a la ley de ratificación como fundamento directo de la validez y aplicación del derecho comunitario en la RFA, junto a la arrogación de una competencia de verificación y control de la interpretación jurisdiccional comunitaria tanto de las normas atributivas de competencia cuanto de las disposiciones normativas relativas a DD. FF. cuya tutela en la RFA le encarga la LF, no haya pretendido afirmar el TCF que la RFA, una vez proclamado su derecho a separarse del compromiso comunitario libremente (?) asumido, podría legítimamente llegar a poner en juego una especie de rediviva versión de la tesis confederal de la *interposition* y *nullification* (63). Lo cierto es que alguna similitud guarda la tesis calhouniana de los derechos de anulación con la advertencia del TCF de inaplicación en determinados supuestos relativos a DD. FF., delimitación de competencias por resultar afectados elementos esenciales del ordenamiento constitucional, o la propia alusión al límite, en relación con el sistema de voto por mayoría en el Consejo-CE, deducible a partir de los principios constitucionales e intereses elementales de los Estados miembros. Si ésta fuese finalmente la intención del TCF se habría asestado un durísimo golpe al futuro de la integración. Pero a fin de cuentas esto no pasa de ser una mera hipótesis sobre cuya verificación final tendrá mucho que decir la futura jurisprudencia del TCF.

En esta perspectiva quiero dedicar unas líneas a las afirmaciones realizadas por el TCF en torno a un posible desentendimiento alemán de la futura Unión monetaria. Tras una serie de consideraciones sobre el grado de determinabilidad de la Unión monetaria o sobre su interrelación con una futura unión económica, para la que aún habría espacio jurídico, dice expresamente el TCF, se caracteriza a la Unión monetaria como una «comunidad de estabilidad». El TCF viene a decir que los criterios de convergencia no sólo serían un elemento determinan-

(61) Vid. *loc. cit.*, pág. 495. Cfr. en este sentido el ya clásico H. Kelsen: *Das Problem der Souveränität*, segunda reimpresión de la segunda edición de 1928 (1981), pág. 52.

(62) Vid. esta noción en A. RANDELZHOFFER: *Staatsgewalt und Souveränität*, en ISENSEE-KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts*, vol. I, n.º marg. 34.

(63) Tomo la referencia de M. GARCÍA PELAYO: *Derecho constitucional comparado*, reimpresión de la séptima edición de 1961 (1984), págs. 222-223 y 338. Vid. un reciente recordatorio de estos conceptos en L. M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «Reflexiones sobre la idea de Constitución europea», en *RIE* 2 (1993), pág. 533 (554).

te para la entrada en la tercera fase de la Unión monetaria, sino que más allá de esa constatación entiende que constituyen una *conditio sine qua non*, faltando la cual no sería posible la constitución de la Unión monetaria. «El momento de paso a la tercera fase de la Unión económica y monetaria (...) se habrá de entender antes como la previsión de un objetivo que como una fecha a imponer jurídicamente», pues en definitiva en una Unión de Estados abierta al desarrollo no ha de perderse de vista que «la cumplimentación y desarrollo del Tratado habrán de sustentarse en la voluntad de las partes contratantes», sin cuya predisposición resultaría inviable. Por ello, y a partir de una curiosa interpretación del protocolo sobre la transición a la tercera fase de la Unión económica y monetaria, más concretamente de la referencia contenida en su tercer párrafo al «trabajo preparatorio» a realizar a lo largo de 1988, considera ineludible el asentimiento del Gobierno alemán, controlable políticamente por la Dieta federal, antes de pasar a esa tercera fase. Esta referencia al control parlamentario de la decisión final no puede entenderse obviamente como una reserva, algo de lo que ya era consciente la propia Dieta federal tanto por la improcedencia de alteraciones al texto ya fijado y acordado de un tratado internacional que se establece en su propio Reglamento (§ 82.2) (vid. apartado I) cuanto por la propia naturaleza del derecho comunitario que no admite otras excepciones que las expresamente previstas por el tratado (art. 109 K TCE). Se entiende entonces que el TCF se haya contentado con justificar la pretensión en su día manifestada, por cierto, no sólo por la Dieta federal, sino también por el Consejo federal (A I 3 del fallo).

«Mediante la ratificación del Tratado de la Unión, la RFA no se somete a “automatismo” alguno hacia la Unión monetaria de efectos imprevisibles e incontrolable en su desarrollo», concluirá el TCF, que remata su interpretación añadiendo, en la línea estatalista que recorre todo el fallo, la idea de que malograda la viabilidad de la Unión monetaria entendida como una «comunidad de estabilidad», un elemento este que considera determinante y, en cuanto reflejado en el fundamento constitucional del artículo 88.2 LF, exigible a la Comunidad en el marco del artículo 5 TCE (64), nada se opondría como *ultima ratio* a «una salida de la Comunidad» (vid. C II 2 e). Aunque la referencia es equívoca, hay que empezar por reconducirla al contexto argumentativo en que se produce; así, que seguramente se habrá de entender «comunidad de estabilidad» (=Unión monetaria) donde simplemente se dice «Comunidad». Pero lo más relevante no es esta equivocidad, sino la que deja caer el TCF cuando sostiene no sólo que sería posible la no constitución de la Unión en el plazo fijado, una hipótesis que,

---

(64) En relación con la derivación de obligaciones comunitarias respecto a los Estados a partir del artículo 5 TCE, vid. párr. 17 de la Resolución del TJCE de 13 de julio de 1990, as. C-2/88, *Zwartveld*, citada en el fallo (C II 2 d2 [2]).



aunque extrema, no cabe excluir del todo a la vista de algunos elementos de incertidumbre o simplemente de la experiencia pasada del SME, sino que en las propias disposiciones comunitarias relativas a la Unión monetaria nada se opondría a un hipotético abandono de esa Unión por parte de la RFA. Una posibilidad que manifiestamente no permite el protocolo citado, cuya referencia al «trabajo preparatorio» a realizar a lo largo de 1988, y por cierto no sólo por los Estados, se enmarca en el objetivo expreso de «permitir que la Comunidad pase irrevocablemente a la tercera fase...», algo de lo que las altas partes contratantes «declaran el carácter irreversible» (65).

He destacado a lo largo de estas líneas ya en alguna ocasión el pulso estatalista que sostiene este fallo. Coincido plenamente con Tomuschat en su crítica al «enfoque profundamente ahistórico» del Estado que se mantiene en el fallo. Así, frente a las referencias a los posibles riesgos para los DD. FF. por mor de actuaciones comunitarias sobre las que por lo mismo llega incluso a afirmar su jurisdicción directa, aunque subsidiaria, o a las deficiencias que sufren los fundamentos democráticos del Estado constitucional en el proceso de la integración, se elevaría el Estado, como único garante auténtico y fiable de los DD. FF. y de los elementos constitucionales básicos. Ese Estado que es «das vorhandene, wirklich sittliche Leben» (66). El Estado, en fin, como la verdadera expresión de la vida de un pueblo, dotado de una homogeneidad económica y cultural y pregnado por una lengua común. Ello, no obstante, se han conocido excepciones históricas, como la de la Confederación helvética, que, cuando menos modula esa imagen ideal del Estado asentado sobre una sola nación a la que da cauce y expresión, y no otra, es la imagen que se trasluce del fallo (67). Y, en

(65) Protocolo cit., párrafos tercero y primero. Vid. en esta misma línea V. GÖTZ: *loc. cit.*, págs. 1084-1085, que destaca el carácter no vinculante de esta interpretación del TCF que no se basa en núcleo constitucional intransferible alguno y que intenta predeterminar un ámbito de una cierta discrecionalidad del Consejo-CE; Ch. TOMUSCHAT: *loc. cit.*, pág. 495, parece admitir, en cambio, un derecho de renuncia, una vez constatado el fracaso de la Unión monetaria, en aplicación del artículo 56 del Convenio de Viena. Esta afirmación de Tomuschat no tiene suficientemente en cuenta, en mi opinión, ni el derecho ni la praxis comunitarios, lo primero porque también las disposiciones relativas a la Unión monetaria se han establecido, como el resto del TCE, sin límite temporal alguno, y lo segundo, porque prácticamente ningún objetivo comunitario se ha logrado en la fecha prevista (baste recordar ahora las extraordinarias dificultades para establecer la libre circulación de personas todavía pendiente a principios de 1994) sin que ello haya significado que no se fuese ya a perseguir pasada esa fecha. En esta misma línea, cfr. ahora A Weber: «Die Wirtschafts- und Währungsunion nach dem Maastricht-Urteil des BVerfG», en *Juristen Zeitung* 2/1944, págs. 53, 57 y sigs.

(66) En palabras de G. W. F. Hegel, que reproduce P. KIRCHHOF: *loc. cit.*, pág. 868.

(67) P. KIRCHHOF: *loc. cit.*, pág. 873, resulta un exponente paradigmático de esta imagen sublime del Estado nacional. Cfr. sólo la propia jurisprudencia del TCF en BVerfGE 51, 222 (238), y su visión de los tratados comunitarios como «Ausdruck einer gesamteuropäischen Idee, die nach dem Zweiten Weltkrieg neuen Aufschwung genommen hat, weil sich die beteiligten Staaten bewusst geworden waren, dass sie nur in engem Zusammenwirken ihre gemeinsamen wirtschaftlichen und politischen Aufgaben wirksam erfüllen können».

fin, no es éste el lugar para abordar la muy compleja cuestión de la caracterización del Estado pluri o supranacional. Baste ahora con el recordatorio de la ruina histórica del constitucionalismo a manos de nacionalismos exacerbados, a destacar el irredento nacionalestatalismo alemán que ha dejado ya en dos ocasiones a lo largo de este siglo al propio pueblo alemán en una situación poco ventajosa y nada airosa. Y la constatación de que el proceso constituyente que alumbra la LF en vigor tiene sus miras puestas en la superación del hipernacionalismo que había postrado al pueblo alemán, mediante la integración en una Europa unida. Seguramente tenga algo de razón Kirchhof cuando critica los embates sufridos por la idea de Estado, pero tampoco estaría de más un patriotismo constitucional alemán que perviviese más allá de la unificación. Y entre los contenidos de ese acervo constitucional destaca la formulación del intento de superación del nacionalismo excluyente y de configuración de estructuras de imbricación de los pueblos de Europa. La Alemania de posguerra ha crecido económica, militar y políticamente de la mano de sus socios europeos. Y todo ello arranca de la sustitución de la fórmula dominante y hostil del Acuerdo de Petersberg por la fórmula concorde y amistosa que preña la primera de las concreciones comunitarias: el Tratado CECA (68).

---

(68) Insiste particularmente en esta línea crítica al idealismo estatalista que preña el fallo desatendiendo la realidad histórica del desarrollo europeo de los últimos ya más de cuarenta años Ch. TOMUSCHAT: *loc. cit.*, pág. 496; cfr. también sendas referencias del abogado general comunitario C. O. LENZ: *loc. cit.*, págs. 3038-3039, y del juez comunitario M. ZULEEG, *loc. cit.* pág. 7. Con antelación al fallo, vid., por otros, U. EVERLING: *loc. cit.*, pág. 937; J. SCHWARZE: *loc. cit.*, págs. 591-592.