

“Representación” en la Unión Europea. Una contribución a una teoría constitucional europea*

Peter HÄBERLE

SUMARIO: I. *Introducción: el problema y las cuestiones metodológicas previas*. Primera parte: Claves de la teoría, concepto e historia constitucional de la representación. II. *Nota preliminar*. III. *Textos clásicos en materia de representación: textos constitucionales en sentido amplio y en sentido estricto*. IV. *El papel jurídico-positivo del concepto de representación en la Grundgesetz alemana*. Segunda parte: Un punto de vista propio sobre la europeización de la idea de representación. V. *Presupuestos de una “representación” en el ámbito europeo*. VI. *Elementos teóricos del “europeizado” concepto de representación*. VII. *Perspectivas*.

I. Introducción: el problema y las cuestiones metodológicas previas

Europa, en tanto “una comunidad constitucional en formación” con una naturaleza propia,¹ representa una exigencia para más que para la política cotidiana. Se requiere también que la ciencia se replantee los conceptos tradicionales de la denominada teoría general del Estado, como los de “Estado”, “bien común”, “soberanía”, “pueblo del Estado” (o

* Traducción de Benito Aláez Corral.

¹ Sobre ello Häberle, P., “Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft”, *DVBl*, 2000, pp. 240 y ss.; véase también la aportación del autor en E. di Suni Prat (ed.), 3a. ed., 2001, así como la entrevista con P. Ridela en *Diritto romano attuale*, octubre de 2000, pp. 185 y ss.

ciudadanía), “territorio del Estado” y “fronteras del Estado”, así como el de “Constitución del Estado” o el de “opinión pública”. La cada vez más intensa europeización de los ordenamientos nacionales, el desarrollo de una Europa de diversas, pero también elevadas, velocidades y el nacimiento de un “derecho constitucional europeo común”² exigen el desarrollo de una *teoría constitucional europea*, a cuyos pilares irrenunciables debería pertenecer el viejo concepto europeo de “representación”. Todos los grandes conceptos de la teoría del Estado clásica, de G. Jellinek a H. Heller, requieren una revisión en el foro de la Europa constitucional de hoy en día. Por ello, es preciso distinguir entre la Europa *en sentido estricto* de la Unión Europea o de las Comunidades Europeas (UE/CE), y la Europa *en sentido amplio* del Consejo de Europa y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE). Así como podríamos hablar de una Constitución³ (o de un conjunto de Constituciones parciales ya entrelazadas entre sí) para la Europa *en sentido estricto* de la UE/CE, en la medida en que se esté dispuesto a prescindir del concepto tradicional de Constitución, vinculado al Estado, para la Europa *en sentido amplio* del Consejo de Europa y la OSCE sólo son concebibles Constituciones parciales en aspectos muy puntuales, de forma especialmente clara en el contenido del CEDH, con sus 41 miembros, o en algunas partes de la obra convencional de la OSCE, por ejemplo de su oficina de prensa.

Las Constituciones nacionales de los Estados miembros de la UE se relativizan de forma especialmente intensa, convirtiéndose en Constituciones parciales, al trasladarse muchas cuestiones constitucionales al

² Sobre ello, mi contribución, “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, *EuGRZ*, 1991, pp. 261 y ss. (trad. al español, entre otros lugares, en la *Revista de Estudios Políticos*, 79, 1993, pp. 7 y ss.); véase, también, Müller-Graff, P. C. y Riedel, E. (eds.), *Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union*, 1998.

³ La bibliografía alemana sobre este tema es inabarcable, *cfr.* únicamente Grimm, D., *Braucht Europa eine Verfassung?*, 1995; Rupp, H. H., “Europäische Verfassung und demokratische Legitimation”, *AöR* 120, 1995, pp. 269 y ss.; Schwarze, J. y Bieber, R. (eds.), *Eine Verfassung für Europa — Von der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Union*, 1984; Steinberg, R., “Grundgesetz und europäische Verfassung”, *ZRP*, 1999, pp. 365 y ss.; Hertel, W., *Supranationalität als Verfassungsprinzip*, 1999. Por último, el Congreso de la Asociación de Profesores de Teoría del Estado en Leipzig, “Europäisches und nationales Verfassungsrecht”, *VVDStRL* 50, 2001, con ponencias, por ejemplo, de I. Pernice y P. M. Huber, entre otros.

ámbito europeo. El Tratado de Schengen de 1993/1995 pone de relieve muy claramente cómo los clásicos elementos del Estado, como el “territorio” o las “fronteras”, se escapan de las manos en la medida en que los Estados miembros no son ya el “extranjero” sino literalmente “países amigos”. En su establecimiento también está presente específicamente un “bien común europeo”. Por ello, el TJCE⁴ y el TEDH —los dos “tribunales constitucionales europeos”— no sólo operan con el concepto “bien común”, sino que el bien común de la Constitución interna de cada Estado refleja de forma específica aspectos europeos, del mismo modo que, a la inversa, el bien común europeo acoge en su seno elementos del bien común nacional.⁵ También es posible ver cambios sustanciales en otro concepto muy tradicional como es el de “opinión pública”: junto a y de entre las diversas opiniones públicas existentes en Europa se forma una opinión pública europea.⁶ La misma ya aparece apuntada por diversos complejos normativos de los tratados de la UE: por ejemplo, en la existencia de sesiones públicas del Parlamento Europeo y del TJCE, o en la publicidad de los informes del Tribunal de Cuentas. Pero también se pone de manifiesto en los “escándalos de opinión pública”, como, por ejemplo, en la polémica sobre la enfermedad de las vacas locas (EEB), en el caso hispano-alemán Bangemann, en el establecimiento y posterior derribo, gracias a la presión de la “opinión pública”, del muro frente al éxodo de la minoría étnica checa de Aussig, y, por último, en la “causa austriaca”.⁷ A través de una dialéctica característica, casi hegeliana, los “valores europeos positivos” se consolidan precisamente en estos negativos titulares de prensa. Europa gana configuración como una comunidad jurídica y de valores y se forma una “conciencia europea”, cuya

⁴ De entre la bibliografía existente, Rodríguez Iglesias, G. C., “Der EuGH und die Gerichte der Mitgliedstaaten — Komponenten der richterlichen Gewalt in der EU”, *NJW* 2000, pp. 1889 y ss.; Weidmann, K. W., *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf dem Weg zu einem europäischen Verfassungsgerichtshof*, 1985.

⁵ Sobre todo ello, véase mi trabajo en FS Steinberger, *Gibt es ein europäisches Gemeinwohl?*, 2001, entre otros.

⁶ Sobre ello, Häberle, P., *Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?*, 2000.

⁷ Sobre ello, de entre la bibliografía existente, Winkler, G., “Europa quo vadis”, *ZÖR* 55 (2000), pp. 231 y ss. El informe de los denominados tres sabios se ha publicado en la *EuGRZ* 2000, pp. 404 y ss.

creación también corresponde jurídico-positivamente a los partidos políticos (*cfr.* artículo 191 TCE).⁸

La lista de conceptos que ha prestado la teoría general del Estado, pero que han de ser reconceptuados a la luz de una *nueva teoría constitucional* europea, podría ampliarse. Con ello se hace mención a las cuestiones de un pueblo europeo,⁹ una ciudadanía de la Unión¹⁰ y, sobre todo, de la soberanía estatal, que hoy, como mucho, continúa existiendo como soberanía *parcial*, protegida aún, a través del derecho constitucional de la UE, en tanto “identidad nacional” (*cfr.* artículo 6.3 TUE), pero esencialmente *relativizada*. En este sentido, este trabajo tiene especial vigencia respecto del concepto tradicional de “representación”. ¿Es un concepto “apto para Europa?”, ¿es posible pensar en el mismo respecto de Europa o resulta operativo en un sistema coordinado bajo una teoría constitucional europea? Las más grandes tradiciones se atrevieron con el reto: la expresión “No taxation without representation” formulada en 1776 respecto de los “nacientes” (1787) Estados Unidos, podría ser pensada respecto de Europa, incluso aunque hoy en día aún no exista una imposición directa sobre los ciudadanos europeos. No en vano esos ciudadanos están sujetos a una serie de normas europeas equiparables en la intensidad de su incidencia a las tributarias. Piénsese en la normas de protección del medio ambiente, pero también en la “Europol”, o incluso en el nacimiento de un derecho penal europeo.¹¹

Tras esta caracterización de algunas cuestiones previas y paralelas al intento de europeización del concepto de representación, se ha anticipado ya cuál es el *método* que se va a aplicar en este trabajo: se basa en

⁸ De entre la bibliografía existente, Tsatsos, D., “Europäische politische Parteien? —Erste Überlegungen zur Auslegung des Parteienartikels des Maastrichter Vertrages — Artículo 138a EGV”, *EuGRZ* 1994, pp. 45 y ss.

⁹ De entre la bibliografía existente, Augustin, A., *Das Volk der Europäischen Union*, 2000; von Simson, W., “Was heißt in einer europäischen verfassung «Das Volk»”, *EuR* 1991, pp. 1 y ss.

¹⁰ Sobre ello, véase mi trabajo “*Staatsbürgerschaft*” als Thema einer europäischen Verfassungslehre, FS Heckel, 1999, pp. 725 y ss. (trad. al italiano en la *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1997, pp. 19 y ss.).

¹¹ De entre la bibliografía existente, Sieber, U., “Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch”, *JZ* 1997, pp. 369 y ss.; Dannecker, G., “Das Europäische Strafrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen”, *FS 50 Jahre Bundesgerichtshof*, 2000, pp. 339 y ss.

un presupuesto *científico-cultural*.¹² El mismo parte de que las Constituciones no son sólo herramientas del trabajo jurídico sino también la expresión de un estadio de desarrollo cultural, medios para la autorrepresentación cultural de un pueblo, espejo de su herencia cultural y fundamento de sus aspiraciones. Las Constituciones *vivas*, obra de todos los intérpretes constitucionales de una sociedad abierta, son tanto en su forma como en su sustancia una muy buena expresión y una correa de transmisión de la *cultura*, esto es, un marco para la (re)producción cultural, y para la recepción y almacenamiento de “informaciones” culturales heredadas, experiencias, vivencias y conocimientos.¹³ Su validez —cultural— tiene la misma profundidad. Quien lo ha expresado de una forma más bella es la metáfora de Goethe traducida por H. Heller, al decir que la Constitución es “una forma acuñada que se desarrolla de manera viva”.

Precisamente en el ámbito europeo se puede y se debe preservar este presupuesto. Por ello, conceptos directrices como el de “identidad nacional” (artículo 6.3 TUE) o el de “conciencia europea” (artículo 191 TUE) sólo se pueden construir desde un punto de vista científico-cultural. Y también sólo científico-culturalmente es posible concebir la diversidad regional (artículo 151.1 TUE) y la “herencia cultural común” (*ibidem*). De esta forma se abren ámbitos de vigencia a la diversidad europea que, precisamente, también existen desde un punto de vista jurídico-cultural en todos los aspectos europeos comunes. El margen de apreciación que deja, por ejemplo, el TEDH en Estrasburgo a cada una de las naciones en la limitación de las libertades del CEDH, halla su justificación igualmente en la diferente cultura jurídica de unas y otras. Todos los conceptos jurídicos tienen su *contexto cultural* específico, dentro del que existen y, en su caso, se transforman. En todo ello le corresponde un papel especial al método interpretativo consistente en el manejo del derecho comparado, que, en mi opinión, es un “quinto” método a añadir a los cuatro clásicos canónicamente establecidos en 1840 por F.

¹² Sobre ello, del autor, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1a. ed., 1982, 2a. ed., 1998 (traducido parcialmente al castellano bajo el título *Teoría constitucional como ciencia de cultura*, 2000).

¹³ B. Malinowski, *Eine wissenschaftliche Theorie der Kultur* (1941), 1975, p. 142, utiliza el término “Constitución”, no por casualidad, en un sentido ajurídico, antropológico cultural o etnológico.

C. von Savigny. El mismo ofrece al juez o al funcionario procesos creativos de interpretación. Y en las manos del político europeo que elabora nuevas normas jurídicas sirve como herramienta para, precisamente, reconocer las diferencias que, por ejemplo, se oponen a una unificación o aproximación de los ordenamientos demasiado precipitada.

En la medida en que el autor del trabajo pretenda hablar en adelante de una “europeización” del concepto de representación, ello sólo será posible con una cierta autorresignación: todos los miembros de la “república europea”, todos los representantes de cada una de las comunidades nacionales de científicos en Europa, deben tratar de poner los cimientos de la “casa jurídica europea” mediante un esfuerzo concentrado común.¹⁴ A largo plazo, no se puede elaborar una *teoría constitucional europea*¹⁵ desde una *única* perspectiva nacional. Lo mismo que se habla de una “Alemania europea” en el sentido de Thomas Mann, todos deben concebir los conceptos y principios de la Europa constitucional como un *acervo comunitario*. El banco de pruebas ha sido y es la Carta Europea de Derechos Fundamentales.¹⁶ La misma no consiste en una mera suma cuantitativa, sino que se deben valorar las contribuciones de cada una de las comunidades científicas nacionales desde el punto de vista de una “hermenéutica europea común” —también para poner de manifiesto honestamente ciertos desacuerdos—. Por ello, la reflexión sobre la “Constitución Europea” debe conocer las diferencias existentes; debe, por ejemplo, tener conocimiento de la perspectiva laica republicana existente en Francia, tener en cuenta también la vinculación de Alemania a los derechos fundamentales, y no perder de vista la diversidad cultural existente en España gracias a las comunidades autónomas.¹⁷ Tam-

¹⁴ Aquí, sin embargo, el problema lingüístico juega un papel especial. De entre la bibliografía existente, Bruha, T. y Seeler, H. J. (eds.), *Die Europäische Union und ihre Sprachen*, 1998; Martiny, D., “Babylon in Brüssel?”, *ZEuP*, 1998, pp. 227 y ss.

¹⁵ En el sentido de mi volumen, *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999.

¹⁶ Sobre ello, de entre la bibliografía existente, Weber, A., “Die Europäische Grundrechtscharta — auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung”, *NJW* 2000, pp. 437 y ss.; Pernice, I., “Eine Grundrechte-Charta für die europäische Union”, *DVBf*, 2000, pp. 847 y ss. La revista *ZRP* dedica su número 9 de 2000 (pp. 361 y ss.) en buena parte a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con trabajos, entre otros, de S. Baer, G. Häfner, C. Starre, K. Ritgen y N. Reich.

¹⁷ De entre la inabarcable bibliografía sobre el tema de una Constitución europea se citarán en adelante aquellos trabajos que exponen al mismo tiempo diversas opinio-

bién la comprensión del “federalismo” es muy diversa en las diferentes naciones: se compara el “federalismo cultural”, muy vital, de Alemania o de Suiza, con el federalismo, en parte técnico, de Austria o con el “nuevo” federalismo de Bélgica. Lo mismo rige para el “regionalismo”, que se va convirtiendo en muchos Estados unitarios en un principio constitucional en formación (como *devolution* en la Gran Bretaña, o en Escocia, Irlanda del Norte o Gales, y como regionalismo en Francia).¹⁸ Del mismo modo, es posible que un jurista español piense de forma distinta a un italiano sobre el contenido y el concepto de la “representación”. Por ello, debería ser común a todos los juristas nacionales alcanzar el objetivo de llegar a ser un “*jurista europeo*”. Se trata de un modelo que, sensible a la pluralidad de las culturas jurídicas nacionales, tiene en el punto de mira los aspectos jurídicos comunes a los europeos tanto en el pasado como en el presente.

Al “ámbito común de lo europeo” pertenece, ciertamente, el concepto de “representación”. Si éste también pertenece a un futuro europeo común y, en su caso, cómo se analizará seguidamente.

PRIMERA PARTE. CLAVES DE LA TEORÍA, CONCEPTO
E HISTORIA CONSTITUCIONAL DE LA REPRESENTACIÓN

II. Nota preliminar

La cuestión de la representación ha dado lugar a bibliotecas de literatura originaria y crítica, que no pueden ser analizadas aquí ni siquiera de forma fragmentaria. Por ello, se utilizarán algunos textos clásicos en todo caso a la luz de la literatura crítica.¹⁹ Esto es tanto más importante en

nes nacionales, principalmente en obras colectivas: *cfr.*, por ejemplo, Schwarze, J. (ed.), *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung*, 2000; Schwarze, J. y Müller-Graff, P. C. (eds.), *Europäische Verfassungsentwicklung*, *EuR*, Beiheft 1, 2000, pp. 5 y ss.; como una voz que se alza desde Bruselas, Piris, J. C., *Hat die Europäische Union eine Verfassung? Braucht sie eine?*, *EuR* 2000, pp. 311 y ss.

¹⁸ Sobre ello, Häberle, P., “Der Regionalismus als werdendes Strukturprinzip des Verfassungsstaates und als europarechtspolitische Maxime”, *AöR* 118 (1993), pp. 1 y ss.; *id.*, “Grundfragen einer Verfassungstheorie des Regionalismus in vergleichender Sicht” (en español), *Gedächtnisschrift für Ruiz Rico*, 1997, pp. 1161 y ss.

¹⁹ Es excepcional el trabajo de H. Hofmann, *Repräsentation. Studien zur Wort — und Begriffsgeschichte — von der Antike is ins 19. Jahrhundert*, 1974 (3a. ed., 1998).

la medida en que revela que los clásicos influyeron en algún que otro texto constitucional positivo, como por ejemplo sucede con algunas normas de la Constitución alemana, de las que se dice que son una plasmación de “Rousseau” (cfr. artículo 20.2, párrafo 1) o de “Montesquieu” (cfr. artículo 1.3).

Los textos clásicos son vistos aquí como conceptos *valorativos* y *exitosos*. Valorativos en la medida en que determinan el contenido material de una comunidad política, el Estado constitucional de una sociedad abierta;²⁰ y exitosos en la medida en que se logran imponer realmente dentro de una *res publica*, sea de forma jurídico-positiva, sea en la filosofía política, en la jurisprudencia o en la dogmática jurídica. “Clásicos” en un sentido científico-culturalmente relevante para la teoría de la Constitución pueden serlo también poetas o filósofos. Por tales, piénsese, por ejemplo, en la provocativa pregunta para nosotros juristas de B. Brecht: “Todo el poder emana del pueblo, pero ¿a dónde va?”. Otro ejemplo de un texto acogido por el ordenamiento jurídico-positivo, y en parte también convertido en clásico, es el “principio filosófico de la responsabilidad” de H. Jonas (presente en la protección del medio ambiente desde 1994, cfr. artículo 20a GG).

III. Textos clásicos en materia de representación: textos constitucionales en sentido amplio y en sentido estricto

A continuación se expondrá una selección de autores (científicos) o de textos constitucionales. La cita directa tratará de clarificar lo más posible un diálogo recíproco existente entre ellos en Europa occidental y en los países anglosajones, que excede fronteras espaciales y temporales —conforme a la tesis de que los textos de los autores más grandes influyen a menudo como textos constitucionales en sentido amplio—. Su originalidad y su capacidad para ser acogidos son, pues, los criterios de selección.²¹

Una primera cita clásica se halla en el Manual de E. de Vattel (1758): “el carácter representativo del soberano se sustenta en que representa a

²⁰ Sobre este presupuesto Häberle, P., *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981; desarrollado en *id.*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2a. ed., 1998, pp. 481 y ss.

²¹ En este sentido, el autor en *Verfassungslehre*, *cit.*, pp. 484 y ss.

su nación; por ello, el monarca reúne en su persona toda la majestad que pertenece a la nación como un cuerpo unitario”.²² W. Blackstone lo formulaba en estos términos (1765):²³ “and every member, though chosen by one particular district, when elected and returned, serves for the whole realm. For the end of his coming thither is not particular, but general”. Con ello se generaba “la conexión entre representación y mandato libre” (K. Stern) y se abría el camino a la Asamblea Nacional de la Revolución francesa como “representación de toda la nación” (Abbé Sieyès). El diputado, representante de todo el pueblo, poseía un mandato libre, a diferencia del mandato imperativo de las antiguas asambleas estamentales.

Estos textos clásicos de determinados pensadores encuentran su plasmación en los textos positivos de las Constituciones escritas. De este modo, el título III, artículo 2o. de la Constitución revolucionaria francesa de 1791 dispone que “la Constitution française est représentative: les représentants sont le Corps législatif et le roi”.²⁴ El artículo 21 de la Constitución de 1793 prevé, por su parte, que “la population est la seule base de la représentation nationale”. Ya con anterioridad, los *Federalist Papers* de los nacientes Estados Unidos. (1787) habían concebido la forma de Estado republicana como “una democracia representativa”.²⁵ En 1861 aparece en Gran Bretaña la obra de J. S. Mill *Considerations on Representative Government*. En último extremo recuerda a la vieja fórmula de las colonias estadounidenses (1776): “No taxation without representation”.

Un vistazo a los clásicos de la república de Weimar (y a sus “sucesores”):

C. Schmitt lo formula en los siguientes términos:²⁶ “representar significa actualizar y hacer perceptible, a través de un ser público presente, aquel ser que no es perceptible”. Habert Krüger ha calificado esta con-

²² Vattel, E. de, *Droits des Gens*, vol. 1, 1758, p. 42.

²³ *Commentaries on the Laws of England*, citado por Stern, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2a. ed., 1984, vol. I, p. 963.

²⁴ Citado por Godechot, J., *Les constitutions de la France depuis 1789*, 1979.

²⁵ Sobre ello, con argumentos adicionales, Dreier, H., en *idem* (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 2, 1998, artículo 20, marginal 10.

²⁶ *Verfassungslehre*, 1928, p. 209.

cepción, con razón, de “ontológica”,²⁷ en contraposición a aquellas otras que no ven en la representación más que un “concepto técnico artificial”, sobre todo en la democracia. En este sentido, se puede mencionar como clásico el texto de H. Kelsen.²⁸ Su punto de partida es tanto más importante cuando Schmitt trata de superar lo normativo y lo normal mediante la afirmación de que la “representación no es un fenómeno normativo, no es un procedimiento o un proceso, sino algo *existencial*”. Estos textos son típicos de un encumbrado pensamiento «o...o» que, a pesar de su brillante polémica y de su retórica, no han podido servir realmente al Estado constitucional democrático, puesto que Schmitt define la representación, precisamente, como lo no democrático dentro de la democracia, y la ve determinada por la identidad entre gobernantes y gobernados.²⁹ Frente a ello, H. Kelsen pone el acento en el aspecto de compromiso que tiene la democracia. Desde una retrospectiva histórica, le atribuye a la representación parlamentaria el logro del equilibrio político y de la medida democrática. El Parlamento no es sólo el producto de la necesaria división del trabajo sino que, además, proporciona la oportunidad necesaria para la integración social, para superar las diferencias existentes “por vías no sangrientas y revolucionarias, aproximando las posiciones de forma gradual y pacífica”.³⁰

Para G. Leibholz³¹ la representación se encuentra “presa dentro de una esfera de valores ideal y específica”, de manera que sólo se pueden representar “órdenes de poder e ideas trascendentes, comunidades como, por ejemplo, la Iglesia, el pueblo, la nación o el Estado, todos los cuales es posible aglutinarlos a través de determinados valores ideales”, pero no intereses económicos o sociales. Finalmente, Herbert Krüger³² concibe la representación como el “camino para la correcta existencia y actuación del Estado”, a través de la “autorrecompensa” de los grupos

²⁷ Krüger, Herbert, *Allgemeine Staatslehre*, 1964, p. 235.

²⁸ Kelsen, H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2a. ed., 1929, pp. 27 y ss.

²⁹ Schmitt, C., *Verfassungslehre*, cit., pp. 204 y ss., 218 y 315.

³⁰ Kelsen, H., *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 361. Sobre este pragmático punto de vista Hofmann H. y Dreier, H., “Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz”, en Scheider, H. P. y Zeh, W. (eds.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, 1989, p. 165 (170 y ss).

³¹ *Das Wesen der Repräsentation und der Gesetzeswandel der Demokratie im 20. Jahrhundert* (1929), 3a. ed., 1966.

³² *Allgemeine Staatslehre*, 1964, pp. 234 y ss.

políticos cuya representación materializa el “mejor yo” del pueblo estatal. Por último, U. Scheuner³³ caracteriza la representación con expresiones clave como que “el principio representativo sólo se puede encontrar allí donde rige el principio de medida del poder político”. O como que “la representación es un orden de delegación del pueblo, no de decisión directa de éste”; y que “la representación es la actualización de una persona, grupo o idea a través de una persona (unidad personal) o de un símbolo”.

Ya aquí se indica que tanto en el Estado constitucional nacional como en el nivel europeo es preciso librarse de todos los prejuicios estatistas, presentes sobre todo en el concepto de representación. Aunque sigue existiendo un nivel ideal o dimensión “vertical”, que se manifiesta en palabras clave como consenso fundamental, división de poderes, representación o actualización de la unidad en la pluralidad, sin embargo, aún se debe aprender mucho del pragmatismo de los Estados Unidos. Lo que constituye en su conjunto el pluralismo de una comunidad es la diversidad en la garantía de intereses, sobre todo la *normalidad* de los procesos normativos abiertos (públicos), en los que se trata del bien común.

IV. El papel jurídico-positivo del concepto de representación en la Grundgesetz alemana

1. A continuación se deberían presentar extractos de lo mucho que se ha dicho sobre el término y el problema de la representación en los diversos tipos de bibliografía alemana, desde los estudios de fondo en revistas y libros homenaje hasta la literatura de los comentarios legales y la jurisprudencia del BVerfG, pasando por los manuales. Con todo, sólo se podrá realizar una aproximación a los manuales y a los comentarios, así como a la jurisprudencia del BVerfG. Es preciso dejar constancia de que son necesarios trabajos paralelos del resto de las comunidades científicas nacionales de los Estados inmersos en la UE, a fin de que no se produzca una “germanización” encubierta del problema de la representación en la UE. Quizá la próxima generación de investigadores pueda llevar a cabo por Europa un trabajo hercúleo de cómo puede concebirse

³³ “Das repräsentative Prinzip in der modernen Demokratie”, en FS H. Huber, 1961, pp. 222 y ss.

aquella. Para ello, los clásicos antes mencionados servirán de guía para su reconocimiento como parte de la herencia europea común.

La obra de K. Stern ha de ser analizada como representativa de la *manualística*.³⁴ Se ocupa de forma central de la representación, por ejemplo, a la luz de la Dieta federal (“actualización y expresión presente de un pueblo existente pero que carece de forma actual y de capacidad de actuación”, “reconocimiento del pueblo como unidad ideal supraindividual y obligación del representante de representarlo en su conjunto y no a intereses particulares”). De este modo se convierte en un “órgano representativo” no sólo a la Dieta federal, sino también al presidente federal.³⁵ Otros autores no califican la democracia representativa de una “solución técnica de urgencia” como sustitutivo de la democracia directa. Para éstos la representación es más bien “la realización organizativa de la soberanía popular en un Estado constitucional”.³⁶ También se habla de una “conexión entre representación y mandato representativo” (del diputado).³⁷ En la *manualística* se encuentran fórmulas parecidas.³⁸ Llama la atención que la declarada traducción dentro de la Grundgesetz de los clásicos elementos de la representación, propios de la filosofía política o de la teoría general del Estado, apenas haya servido de nada. Tampoco se trabaja por el momento de forma “abierta a Europa”, teniendo en cuenta la *relativización* de la Grundgesetz dentro del contexto UE/CE: desde la perspectiva, por ejemplo, de que hoy en día los Parlamentos nacionales, como consecuencia de la existencia de órganos constitucionales de la UE y de la pluralidad de pueblos de la Unión, ya

³⁴ Stern, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II*, 1980, pp. 37 y ss.

³⁵ *Op. cit.*, p. 218.

³⁶ En este sentido, Badura, P., *Staatsrecht*, 2a. ed., 1996, pp. 234 y 386.

³⁷ En este sentido Stern, K., *Staatsrecht*, 2a. ed., 1984, vol. 1, p. 963.

³⁸ Cfr. Magiera, S., en Sachs, *Grundgesetz*, 2a. ed., 1999, artículo 38, marginal núms. 6 y ss.: la representación significa que “la Dieta federal haga actual al pueblo”. La representación como “concepto antagónico al de identidad”: la representación es, bajo la GG, la “expresión del principio de democracia indirecta (representativa)”. *Ibidem*, marginal núm. 26: la legitimación de la Dieta federal para la representación del pueblo se deriva de su elección popular, que debe asegurar que se hayan de tener en cuenta lo más posible todos los intereses existentes en aquél. Morlok, M., en Dreier, H. (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, 1998, vol. II, artículo 38, marginal núm. 31: la representación del pueblo incluye, por un lado, la actuación en nombre del pueblo, y, por otro, la responsabilidad ante el pueblo (en lo que se encuentra comprendido el principio de publicidad parlamentaria) (*ibidem*, marginal núm. 32).

no pueden ser contemplados como representativos en un sentido nacional, sino que únicamente pueden trabajar como representativos *de forma parcial*. En la Europa de la UE concurren hoy muchos pueblos y partidos políticos en un sentido jurídico-constitucional. Sin embargo, en resumen, se puede decir que ni la doctrina (alemana) ni el BVerfG pueden elaborar comentarios a la GG sin tener en cuenta estos aspectos de la idea de representación.

2. Esta reducida selección ha de ser suficiente. Sin embargo, es preciso referirse ahora a la jurisprudencia del BVerfG sobre el problema de la representación. Ello es tanto más importante cuanto que el BVerfG no puede, ciertamente, poner en práctica un concepto de representación “puro”, pero, por otro lado, conforme a su función de “integración pragmática de los diversos elementos de una teoría” (aunque sean contrapuestos), sí puede interconectar diversos aspectos del viejo discurso secular sobre la representación. En la medida en que la GG rige esencialmente “en los términos en los que la interpreta el BVerfG”, debe tenerse en cuenta su jurisprudencia como en cierta forma “representativa de Alemania”. Sobre ello ha de tenerse presente si, quizá, este BVerfG alemán, admirado en el resto de los países europeos, no aporta las claves del problema de la representación que puedan también trasladarse al ámbito de la UE.

En particular:

El BVerfG condensó en dos de sus primeras decisiones sus viejas afirmaciones, por lo que es preciso comenzar con ellas. En la E 80, 188 (217), de 1989, se dice que “la Dieta federal alemana es el órgano de representación directa del pueblo. Se compone de diputados elegidos como representantes de todo el pueblo. El estatuto jurídico-constitucional garantizado a los diputados a través del artículo 38.1 GG como representantes (*cfr.* BVerfGE 4, 144 (149)) es el fundamento de la posición representativa de la Dieta federal, que, en tanto “órgano especial” (artículo 20.2 GG), ejerce el poder público emanado del pueblo (*cfr.* BVerfGE 44, 308 (316); 56, 396 (405))”. En una decisión de 1997 (E 96, 264 (278)) dice que “el estatuto representativo, garantizado en el artículo 38.1, párrafo 2 GG a los diputados de la Dieta federal alemana, comprende el derecho a una participación igual en el proceso de formación de la voluntad parlamentaria (*cfr.* BVerfGE 84, 304 (321 f.))”. En

otras decisiones (E 84, 304 (321)) se dice que “la representación del pueblo la realiza el Parlamento como un todo, esto es, en el conjunto de sus miembros como representantes”. Ya desde muy pronto el BVerfG (E 1, 209 (241)) dijo que “el Parlamento representaba al pueblo del Estado como una unidad política”. Más tarde la BVerfGE 6, 84 (92) añadió que la elección, sin embargo, “no sólo tenía la finalidad de dar vigencia a la voluntad política de los electores individualmente considerados, esto es, crear una representación popular que sea un reflejo de las opiniones políticas existentes en el pueblo”. Ocasionalmente también se habla de “un sistema de representación parlamentaria” (E 12, 139 (142)). Y se utiliza el principio constitucional de una “democracia representativa” (E 44, 309 (315); véase también las BVerfGE 62, 41 (43); 80, 188 (21)). Incluso a la luz de la libertad científica de los profesores de enseñanza superior (artículo 5.3, párrafo 1 GG) se ha hablado del “principio de representación de los grupos universitarios”. En otra decisión se ha calificado a la Dieta federal como la “corporación representativa nacional” (E 89, 155 (183)). Y en la BVerfGE 44, 308 (316) se dice que “el pueblo sólo se halla adecuadamente representado en las decisiones parlamentarias a través del Parlamento como un todo, esto es, a través del conjunto de sus miembros...” (en un sentido idéntico, la BVerfGE 56, 396 (405)).

Llama la atención que esta jurisprudencia, incluidas las frases citadas, se haya dedicado a reelaborar interpretativa y judicialmente las expresiones clave que se deducían de los textos clásicos antes mencionados.

SEGUNDA PARTE. UN PUNTO DE VISTA PROPIO SOBRE LA EUROPEIZACIÓN DE LA IDEA DE REPRESENTACIÓN

El punto de vista propio que sostengo, se adopta en *dos fases*. En primer término se contempla el material normativo y jurisprudencial que puede probar la utilidad de la idea de representación en el ámbito de la UE. Este uso de textos (judiciales) escritos o “no escritos” es inevitable desde el punto de vista de la función judicial entendida como ciencia cultural y bibliográfica. A menudo, tras esa bibliografía es posible hallar un trasfondo teórico. Es, entonces, cuando se desarrollan los elementos teóricos de la idea de “representación” específicamente concebida como europea. Uno y otro van juntos, y es muy difícil pensarlos y exponerlos de forma separada.

V. Presupuestos de una “representación” en el ámbito europeo

La selección realizada a continuación sigue siendo fragmentaria. Pero quizá de ella se pueda vislumbrar cuán trascendente es trabajar en el ámbito europeo en sentido estricto con la ayuda del concepto clave de “representación”, y analizar sus “materiales” a la luz del mismo. Para ello es preciso comenzar por los conceptos teóricos de bien común y de publicidad, para llegar, después, a través de los elementos intermedios “realistas” de los partidos políticos y las organizaciones sociales, al plano organizativo-institucional de los órganos constitucionales como el Parlamento Europeo, el Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Justicia.

1. El bien común (“interés público”) — concepto de conexión con el de representación

Como antesala del nuevo concepto clave de “europeización del bien común” es preciso llevar a cabo una breve aproximación al nacimiento textual y contextual, en el derecho positivo de la constituyente UE (la contextualización implica “comprensión poniéndose en el lugar de”), del *topos* aquí analizado. La vieja tipología del bien común de 1970 sirve aquí también como entramado problemático y “conjunto de claves”.³⁹

- 1) Comenzaremos por el texto constitucional escrito de la UE. En él se revela que —se conciba teóricamente como se conciba— no se llega a nada sin el viejo *topos* europeo del “bien común”, o sin sus correlativos o sustitutivos como tareas, fines o competencias. El bien común quizá sea incluso un concepto puente entre los aspectos concretos de cada bien nacional y el “bien común de Europa”. En el elemento de la “generalidad” puede que se encuentre una parte de la generalidad material de Europa como una comunidad de valores.
 - a) El bien común o el interés público, en tanto elemento jurídico orientado a la *determinación positiva de competencias o a la des-*

³⁹ Häberle, P., *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970.

cripción de funciones, es una figura jurídica elaborada a partir de la materia estatal nacional.⁴⁰ De ella se sirven también los textos jurídicos de la UE/CE: por la materia, en los grandes objetivos de la Unión establecidos en el artículo 2o. TUE, en el artículo 4.1 TUE (“objetivos políticos generales”) así como en el artículo 6.4 (“políticas”), en el artículo 11.1 (“valores comunes”, “intereses fundamentales”) y en el 43.1, inciso *a* (“intereses [de la Unión] a proteger”). El rico catálogo de funciones del artículo 2o. TCE describe también parcialmente aspectos de un genuino bien común europeo de la Unión (por ejemplo, en el desarrollo de un proceso económico, la protección del medio ambiente, etcétera) —las palabras “en toda la Comunidad” permiten reconocer lingüísticamente ese bien común como tal—. Las “exigencias de la protección del medio ambiente” (artículo 6o. TCE), pero también la fórmula de los “intereses económicos generales dentro de los valores comunes de la Unión” (artículo 16), no son otra cosa que supuestos específicos —europeos— del bien común. La “política común de transportes” (artículo 70) también pertenece a este ámbito. Sin embargo, donde la idea de un bien común europeo aparece más claramente es en el artículo 87.3, inciso *b* TCE, conforme al cual se permiten (excepcionalmente) las ayudas estatales para fomentar la realización de un proyecto importante “de interés común europeo” o (inciso *d*) para promover la cultura y la conservación del patrimonio, “en la medida en que no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común”. El bien común europeo en el sentido de la UE se encuentra establecido de forma especialmente indubitada en este supuesto de hecho, presente a través de la fórmula de una excepción en virtud del interés común. También el objetivo de la promoción del desarrollo, previsto en el artículo 158.1 (“desarrollo armónico de la Comunidad como un todo”), remite a un aspecto parcial del bien común europeo referido a la Unión. Lo mismo rige respecto del “interés común en el desarrollo armónico del comercio mundial”, regulado por el artículo 131

⁴⁰ Sobre ello, *ibidem*, pp. 39 y ss. u.ö.

TCE y respecto del bien común consistente en el “funcionamiento del mercado común” (artículo 88.1 TCE), así como respecto del fomento de un “progreso tecnológico y económico” (artículo 81.3 TCE).

- b) El bien común, igualmente conocido en el derecho estatal interno *como título competencial en supuestos de urgencia y necesidad*,⁴¹ se encuentra también presente en el derecho constitucional europeo. El artículo 14.6 TUE posibilita a los Estados miembros adoptar “las medidas inmediatas necesarias en caso de imperiosa necesidad derivada de la evolución de la situación”, “teniendo en cuenta los objetivos generales de la acción común”. El supuesto de excepción del artículo 30 TCE permite la injerencia del bien común *nacional* por razón de la “moralidad pública”, del “patrimonio cultural nacional”, etcétera. Aquí se puede ver el intento de alcanzar una solución del conflicto existente entre los intereses fundamentales de la CE y los aspectos parciales del bien común nacional. De forma semejante se expresa el artículo 46.1 TCE (“aplicabilidad de las disposiciones que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público”). Esta “idea de necesidad” en el sentido de la triple idea de posibilidad, realidad y necesidad⁴² también aparece reflejada en el artículo 22.2 TUE, el artículo 59 y el artículo 120.1 TCE (“absolutamente necesario”), el artículo 121.2 TCE (véase también el artículo 153.2 TCE: “exigencias de la protección de los consumidores”), el artículo 60. TCE (“exigencias de la protección del medio ambiente”), así como en el artículo 308 (la necesidad de actuación de la Comunidad “para realizar alguno de sus objetivos en el marco del mercado común”).
- c) También se puede acreditar el proceso de *enriquecimiento* intensivo, incluso de saturación, de supuestos de hecho en los que se utiliza la cláusula del bien común. Ello se pone de relieve en el colorido del catálogo de fines previsto en el artículo 2o. TUE,

⁴¹ Sobre ello, *ibidem*, pp. 126 y ss.

⁴² Sobre ello, Häberle, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, cit., pp. 546 y ss., 573 y ss.

así como en el artículo 150 TCE (formación profesional) y en el artículo 152 TCE (en materia de salud).

- d) Su combinación con *intereses privados* es una cláusula de estilo habitual del derecho sobre el bien común en el interior de los Estados.⁴³ Análogamente es posible hallar pruebas documentales en el ámbito de la UE, como, por ejemplo, en el artículo 153.1 —“protección de los consumidores”—, en la medida en que se dice que “para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad de los consumidores”. Los “intereses de los nacionales de los Estados miembros también se encuentran protegidos por la ciudadanía de la Unión” (artículo 2o. TUE).
- e) Reminiscencias del clásico *supuesto del bien común procesal*⁴⁴ se hallan, por ejemplo, en el artículo 297 TCE (los Estados miembros “se consultarán... en caso de graves distorsiones del mercado debidas a alteraciones en el orden público”). También la cláusula de homogeneidad prefederal de los artículos 6o. y 7o. TUE, así como del artículo 309 TCE, se aproxima a la idea de que es bastante difícil garantizar desde un punto de vista procedimental el bien común europeo.
- f) El nuevo y técnico artículo 11.2, párrafo 3 TUE resuelve el *supuesto de conflicto* entre los egoísmos nacionales y el bien común de la UE/CE en beneficio de este último (“Éstos —los Estados miembros— se abstendrán de toda actuación contraria a los intereses de la Unión”) (véase también el topos “interés de la Comunidad” en el artículo 86.2 TCE); por otro lado, el artículo 33 TUE prescribe o establece un ámbito reservado para un aspecto parcial del bien común nacional (“la competencia de los Estados miembros para el mantenimiento del orden público y la protección de la seguridad interior”, *cfr.* también la reserva al bien común nacional presente en el artículo 40.2, párrafo 2 TUE, relativa a “trascendentes razones de política nacional”, así como el artículo 11.2, párrafo 2 TCE relativo igualmente a “trascenden-

⁴³ *Cfr.* mis argumentos en *Öffentliches Interesse...*, *cit.*, pp. 60 y ss.

⁴⁴ *Cfr. ibidem*, pp. 87 y ss.

tes razones de política nacional”) o el artículo 64.1 TCE (“mantenimiento del orden público”), este último, dentro del título dedicado a “las competencias de los Estados miembros”, dentro del que se pone de manifiesto, una vez más, la dependencia existente entre competencia y bien común.

- g) La eficacia del bien común (nacional) como título habilitante para una *limitación de los derechos fundamentales* se halla, por ejemplo, en el contexto de la libertad comunitaria de circulación (artículo 39.3 TCE, que establece la reserva de limitación justificada en “razones de orden público”; véase también el artículo 46.1 TCE en relación con la libertad de establecimiento, así como, con una estructura análoga, el artículo 58.1, inciso *b* TCE respecto de la libre circulación de capitales y la libertad de pagos).
- h) El descubrimiento, en su día nacional de cada Estado, de que los denominados intereses *fiscales* también podían ser de interés público,⁴⁵ es la materia de la que se ocupa el artículo 280 TCE (persecución de los delitos contra “los intereses financieros de la comunidad”).
- i) Bastante semejante a ello es la llamativa *obligación de servir al bien común* que corresponde a los miembros del Tribunal de Cuentas Europeo, en la medida en que el artículo 247.4 TCE dispone respecto de ellos que ejercen su actividad “con total independencia y en interés general de la Comunidad”. Es evidente que, con ello, se trata de una “plusvalía” en comparación con el simple control de legalidad. Por lo demás, encontramos cláusulas sobre el bien común también en relación con la garantía de independencia de los miembros de la Comisión (artículo 213.2 TCE), del Comité de las Regiones (artículo 263.4 TCE) y del Comité Económico y Social (artículo 258.3 TCE).

2) Echemos un vistazo ahora a la *jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE)*. También aquí se encuentra tal

⁴⁵ Sobre ello, Häberle, P., “«Fiskalische» Interessen als öffentliche Interessen i.S. des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO?”, *DVB1*, 1967, pp. 220 y ss.; *id.*, *Öffentliches Interesse...*, *cit.*, pp. 512 y ss.

multitud de fórmulas remisivas al bien común y sus conceptos paralelos que es posible hablar de una “jurisprudencia del bien común” referida al ámbito de la UE. Ya en una de las directrices del encabezamiento (la núm. 6) de la sentencia sobre las Bananas, de 5 de octubre de 1994,⁴⁶ el discurso se centró en que el Reglamento se correspondía con los objetivos que están “al servicio del bien común” (a la luz de la libertad de ejercicio de profesiones u oficios). El bien común aparece, como un *topos pretoriano*, independiente de los textos legales (en conexión con la jurisprudencia del BVerfG ya desde la decisión E 7, 377). En la sentencia del Champaña de 13 de diciembre de 1994⁴⁷ se legitiman las limitaciones de la libertad de ejercicio de profesiones u oficios y del derecho de propiedad en la existencia de “fines que realmente sirven al logro del bien común de la Comunidad”. De forma semejante se argumentará en decisiones posteriores.⁴⁸ Se trata, pues, de la clase de bien común justificativo de las limitaciones de las libertades fundamentales (europeas).⁴⁹ Otro ámbito problemático es el de la ponderación entre intereses individuales y comunitarios en los casos de protección judicial provisional⁵⁰ o en la retirada de las concesiones de subvenciones de forma contraria al derecho comunitario.⁵¹ En estos casos, a menudo se habla de objetivos que “son de interés general” o de “la consideración del bien común”,⁵² incluso en el contexto de los Estados miembros y de sus intereses. La ponderación entre los intereses de la Comunidad y los de éstos conduce necesariamente a hablar de un “interés europeo”.⁵³ En mi opinión, el concepto de “derecho cons-

⁴⁶ Citado en la NJW 1995, pp. 945 y ss.

⁴⁷ Citado en la EuZW 1995, pp. 109 y ss.

⁴⁸ Cfr. EuZW 1996, p. 595 (597), así como EuZW 1997, p. 693 (695); cfr. también EuGRZ 1995, p. 247 (249).

⁴⁹ Sobre ello, también, Uerpmann, R., *op. cit.*, pp. 251 y ss.

⁵⁰ Sobre ello, los argumentos de R. Uerpmann, *ibidem*, pp. 245 y ss.

⁵¹ Sobre ello, *ibidem*, pp. 245 y ss.

⁵² Sobre ello, *ibidem*, p. 251.

⁵³ En este sentido, R. Uerpmann (*ibidem*, p. 263), que, sin embargo, a pesar de que su punto de partida sea igualmente competencial, se resiste a reconocer la existencia de un “bien común europeo” desde un punto de vista jurídico-constitucional o teórico-europeo (cfr. *ibidem*, pp. 266 y ss.). Un aspecto parcial se encuentra en Pechstein,

titucional europeo” de la UE no sólo permite, sino exige,⁵⁴ postular la existencia de un bien común “europeo” en el marco de una opinión pública también europea, en atención al reparto funcional de trabajo que existe entre el Consejo, el Parlamento, la Comisión y el Tribunal de Justicia, como resultado de los procesos de ponderación llevados a cabo por todas las partes. El presupuesto competencial de 1970, específicamente constitucional, puede ser trasladado aún hoy a la Europa conformada bajo la UE. La jurisprudencia del TJCE basada en el bien común permite atreverse a ello, en la medida en que debe realizarse de forma puntual.

- 3) Balance provisional. Casi todas las figuras del bien común conocidas en el derecho nacional (alemán) reaparecen en el derecho constitucional europeo de la UE/CE. La vieja idea europea de bien común se revela como más que imprescindible para caracterizar y solucionar los problemas del derecho positivo. Se pudo ver que existe un bien común europeo autónomo que entra en conflicto aquí y allí con los igualmente reconocidos bienes comunes nacionales de los 15 Estados miembros, y que, en último extremo, debe ser “concordantemente” armonizado con éstos. Existe, sobre todo, una pluralidad de aspectos parciales concretos del bien común que pueden ser descritos de forma segmentada en el derecho constitucional europeo. Este “análisis en miniatura” referido a los textos legales y a la jurisprudencia no puede ser ni *infra* ni sobre valorado. El material de las clases de bien común, de ello deducido, ha de ser reconducido más tarde a las líneas maestras de una teoría europea específica del bien común. Para ello deberá clarificarse también si, y cómo, se “europeíza” el bien común nacional estatal, y si el bien común europeo se puede vincular a aspectos del bien común de los 15 Estados miembros, de forma que no se trate de una mera suma cuantitativa de los mismos. Por ejemplo, puede ser necesario per-

M., *Die Mitgliedstaaten der EG als “Sachverwalter des gemeinsamen Interesses” — Gesetzgebungsnotstand im EG-Recht*, 1987; J. Adolf (*Kohäsionspolitik und Gemeinwohlorientierung der Europäischen Gemeinschaft*, 1999) aporta algunos puntos clave desde una perspectiva económica.

⁵⁴ Sobre ello, mi trabajo “Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft”, *DVB1*, 2000, pp. 840 y ss.

mitir que el “bien común europeo” opere como límite de los derechos fundamentales, no sólo en el ámbito de la UE sino también en el ámbito de las libertades *nacionales* (efecto irradiación).

2. La opinión pública — “la opinión pública europea” como elemento de la idea de representación

No se puede concebir la “representación” sin el “principio de la opinión pública”. Esto ha sido establecido literalmente así en el ámbito nacional desde hace mucho tiempo a través de textos clásicos. La opinión pública permite la “responsabilidad” y la “actualización” en el sentido de la representación. La cuestión ahora es si es posible trasladar este presupuesto al ámbito europeo. Antes de abordar esta cuestión teórico-constitucional europea, es necesario previamente realizar un análisis de los supuestos de hecho que presuponen o dan lugar a esa opinión pública en el derecho de la UE.

1) Comenzaremos con un *análisis del ámbito europeo*, más exactamente con una exégesis precisa de los textos legales. En el TCE, versión posterior a Maastricht o a Ámsterdam, se presupone o establece la opinión pública europea en los siguientes preceptos: el artículo 191 (“los partidos políticos a escala europea constituyen un importante factor para la integración en la Unión. Dichos partidos contribuyen a la formación de la conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión”),⁵⁵ el artículo 199 y el artículo 200 (la publicidad del Parlamento Europeo), el artículo 222.2 (la presentación pública de las conclusiones del abogado general), el artículo 248.4 (la publicación del informe anual del Tribunal de Cuentas).⁵⁶ También se halla orientada a la opinión pública la actividad del defensor del pueblo europeo (artículo 195) y la del TJCE. La publicidad está implícita en el artículo 1o. TUE

⁵⁵ Sobre ello, Tsatsos, D., “Europäische politische Parteien? Erste Überlegungen zur Auslegung des Parteienartikels des Maastrichter Vertrages — artículo 138a EGV”, *EuGRZ* 1994, pp. 45 y ss.; Tsatsos, “Bericht über die konstitutionelle Stellung der Europäischen Politischen Parteien”, *EuGRZ* 1997, pp. 78 y ss.

⁵⁶ Véase el debate público sobre el informe del Tribunal de Cuentas Europeo y la entrevista a su miembro alemán B. Friedmann, titulado “Mehr als 5 Prozent der Ausgaben sind nicht in Ordnung” (*Frankfurter Allgemeine Zeitung*, del 12 de noviembre de 1999, p. 13).

(“una unión de los pueblos de Europa... en la que la adopción de decisiones sea lo más próxima posible a los ciudadanos”)⁵⁷ y en el artículo 6o. TUE⁵⁸ (“la identidad nacional de los Estados miembros, cuyas formas de gobierno respondan a principios democráticos”, así como los derechos humanos y las libertades fundamentales en tanto “tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del derecho comunitario”), puesto que “una conciencia europea”, la proximidad al ciudadano, la democracia y los derechos fundamentales no son concebibles sin la opinión pública constitucional apuntada.

2) El *balance provisional* concluye que, conforme al carácter normativo de Maastricht y de Ámsterdam, la opinión pública en Europa se garantiza en parte de forma expresa, en parte de forma implícita o presupuesta. Del CEDH, en tanto pieza nuclear del derecho europeo en sentido amplio, también se pueden sacar algunos puntos de apoyo (*cfr.* su Preámbulo con sus referencias a la democracia, a la “herencia común de las tradiciones políticas”, pero también su artículo 6.1 en relación con el derecho a una tutela judicial pública o a la publicación de la sentencia, su artículo 9o. en relación con el ejercicio público de la libertad religiosa).⁵⁹ En el Pacto Europeo de Derechos Culturales de 1954,⁶⁰ que ya anticipaba buena parte del derecho constitucional cultural europeo de hoy,⁶¹ en el fondo se presupone también una opinión pública europea,

⁵⁷ De entre la bibliografía existente, por ejemplo, Blanke, H. J. y Kuschnick, M., “Bürgernähe und Effizienz als Regulatoren des Widerstreits zwischen Erweiterung und Vertiefung der Europäischen Union”, *DÖV* 1997, pp. 45 y ss.; Becker, U., *EU-Erweiterung und differenzierte Integration*, 1999; Tsatsos, D. (ed.), *Verstärkte Zusammenarbeit*, 1999.

⁵⁸ El artículo 6o. TUE es una nueva redacción relativizada del viejo concepto de “soberanía” —que debe ser entendido en un sentido científico cultural—.

⁵⁹ Sobre el artículo 6o. CEDH, Frowein, J. A. y Peukert, W., *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2a. ed., 1996, pp. 244 y ss.; Ende, M., “Die Bedeutung des art. 6 abs. 1 EMRK für den gemeineuropäischen Grundrechtsschutz”, *KritV* 1996, pp. 371 y ss. En general, Kreuzer, E. K. et al. (eds.), *Europäischer Grundrechtsschutz*, 1998.

⁶⁰ Citado por Berber, F. (ed.), *Völkerrecht, Dokumentensammlung*, 1967, vol. 1, pp. 1330 y ss.

⁶¹ Sobre ello, mi trabajo “Europa in kulturverfassungrechtlicher Perspektive”, *JöR* 32 (1983), pp. 9 y ss. De entre la bibliografía constitucional básica, véanse los trabajos en Häberle, P. (ed.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, 1982; Maihofer, W., “Kulturelle Aufgaben des modernen Staates”, *HdBVerfR*, 2a. ed., 1994, pp. 1201 y ss.; Steiner, U. y Grimm, D., “Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen”, *VVDStRL* 42

en la medida en que se habla de una “cultura europea”, de su garantía y de su desarrollo (Preámbulo), y se alcanza esta última en tanto se fomentan la libertad de movimiento y el intercambio de personas y de bienes culturales (artículo 4o.), así como el acceso a la herencia cultural común.

Con todo, los elementos de una “cultura jurídica europea” conforman la opinión pública europea; a ellos pertenecen la historicidad del derecho proveniente de Roma, la cientificidad del derecho (el arte de la dogmática jurídica), la independencia del Poder Judicial junto con la tutela judicial, la división de poderes en su conjunto (en todas sus variantes nacionales), y la neutralidad ideológica y confesional junto con la libertad religiosa como derecho humano,⁶² garantizada en el ámbito europeo a través del caso “Prais” del TJCE (1977).

3. Los partidos políticos en el ámbito europeo bajo las coordenadas de la representación (parcial)

Ciertamente, todas las nuevas concepciones de representación se encontraron y se encuentran ante la cuestión de cómo ubicar dentro de ellas a los partidos políticos y de cómo valorarlos fundamentalmente de forma positiva. En Alemania las distintas teorías se distinguen, precisamente, porque califican de manera diferente el régimen jurídico de los partidos: piénsese, por ejemplo, en la teoría de los partidos de G. Leibholz (cuya clave es que los partidos son amplificadores y “portavoces” de la voluntad popular, presunta solución del problema de la representación democrática a través de la especial forma partidocrática de la demo-

(1984), pp. 7 y ss., pp. 46 y ss.; Geis, M. E., *Kulturstaat und kulturelle Freiheit. Eine Untersuchung des Kulturstaatskonzepts von E. R. Huber*, 1990; Häberle, P., *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, 1980; *idem*, “Kulturhoheit im Bundesstaat-Entwicklungen und Perspektiven”, *50 Jahre Herrenchiemseer Verfassungskonvent*, 1999, pp. 55 y ss. De entre la bibliografía de derecho europeo en sentido estricto, Ress, G., “Die neue Kulturkompetenz der EG”, *DÖV* 1992, pp. 944 y ss.; Hochbaum, I., “Der Begriff der Kultur im Maastrichter und Amsterdamer Vertrag”, *BayVBl*, 1997, pp. 641 y ss.; Schmahl, S., *Die Kulturkompetenz der Europäischen Gemeinschaft*, 1996; Ress, G. y Ukrow, J., *Kommentar zur Europäischen Union*, editado por E. Grabitz y M. Hilf, 1998, artículo 128 EGV.

⁶² Sobre ello, más detalladamente, Häberle, P., *Europäische Rechtskultur*, 1994 (TB 1997), pp. 21 y ss.

cracia directa),⁶³ pero también, en la comprensión de los partidos de K. Hesse, a los que ha atribuido el estatuto de libertad, igualdad y publicidad.⁶⁴ Con razón se ha dicho⁶⁵ que el triunfo de los procesos de representación democrática depende hoy en gran medida de que los partidos políticos cumplan su “especial” función representativa. Esto ha sido concebido así desde una perspectiva *nacional*. Pero, ¿cómo se refleja esto en la Europa de la UE? El artículo relativo a los partidos del Tratado de Maastricht o de Ámsterdam (artículo 136a o artículo 191 TCE) ha aportado claves muy relevantes para ser un buen texto constitucional que se convierta en un filón de la filosofía de la representación europea. El mismo dispone que “los partidos políticos a escala europea constituyen un importante factor para la integración en la Unión. Dichos partidos contribuyen a la formación de la conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión”.⁶⁶ La constitucionalización de los partidos políticos en el ámbito de la UE es, ciertamente, uno de los instrumentos más importantes para que la “representación” sea aquí efectiva. El artículo 191 TCE se refiere tanto al ámbito ideal (factor de integración, conciencia europea) como al ámbito fáctico (la voluntad política de los ciudadanos de la Unión). Los partidos políticos deben canalizar la participación política también en el ámbito de la UE, en el marco del Parlamento Europeo e incluso más allá de éste, deben “ordenar”, agrupar y ponderar los intereses existentes, y deben hacer reconocibles e implantar (alternativamente) en toda Europa los intereses generales.

Sin embargo, aquí son conocidos, precisamente, algunos déficits, que dejan, por lo menos en parte, “incompleto” el cumplimiento del manda-

⁶³ Sobre ello, de entre la bibliografía existente, Lipphardt, H. R., *Die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt*, 1975, pp. 530 y ss.

⁶⁴ Hesse, K., “Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat”, *VVDStRL* 17, 1959, pp. 11 y ss.

⁶⁵ Hofmann, H. y Dreier, H., “Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz”, en Schneider, H. P. y Zeh, W. (eds.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, 1989, p. 165 (174 y ss.).

⁶⁶ Sobre ello, de entre la bibliografía existente, Tsatsos, D., “Europäische politische Parteien? Erste Überlegungen zur Auslegung des Parteienartikels des Maastrichter Vertrags — artículo 138a EGV”, *EuGRZ* 1994, pp. 45 y ss.; véase también el conocido informe sobre los partidos *Tsatsos de Vigo*, del Parlamento Europeo, publicado en la *EuGRZ* 1997, pp. 78 y ss.

to constitucional del artículo 191 para la UE. En este sentido, se critica con razón que los partidos traten, incluso en las campañas electorales a las elecciones europeas (la última en 1999), cuestiones primariamente nacionales y no las específicamente europeas, así como que se dirijan a los electores como ciudadanos nacionales y no como ciudadanos europeos; por ello (aún) contribuyen poco a construir la requerida “conciencia europea”. Con todo, el artículo 191 TCE expresa de forma suficientemente clara que los partidos políticos carecen de un monopolio en todo esto y únicamente son partícipes de estos procesos. Constituyen una parte de aquella opinión pública europea *en el ámbito de la política*, que de momento sólo es comprensible parcialmente, dado que la idea de Europa vive especialmente del arte y de la cultura, así como de una cultura jurídica común (en contraposición a la cultura jurídica islámica existente en la Edad Media desde Granada/Córdoba hasta Samarcanda). Opinión pública, responsabilidad, formulación del bien común, “actualización de los valores” son todas expresiones claves del vocabulario de la idea de representación a cuyo servicio deberían colocarse hoy en día los partidos políticos. Su elevada posición en el TCE se corresponde con la que les dan los preceptos nacionales sobre los partidos, tal y como han sido integrados con bastante esfuerzo en muchas nuevas Constituciones, aunque sólo excepcionalmente hayan sido dotados de un contenido tan valorativo como el del artículo 191 TCE (*cfr.* el artículo 21 GG, así como mucho más formal el artículo 4o. de la Constitución francesa de 1958, el artículo 23a de la Constitución de Finlandia de 1919/1995).⁶⁷ Si se acepta que el mandato de los eurodiputados es re-

⁶⁷ Dentro de los actuales Estados miembros de la UE, dotan de aspectos *materiales* al contenido de los artículos sobre los partidos, sobre todo, la Constitución de *Portugal* (1976/92), recordando textualmente, en parte, la idea de representación. El artículo 10.2 dispone que “los partidos políticos, con respeto a los principios de independencia nacional y de democracia política, concurren a la organización y expresión de la voluntad popular”. La referencia estatal-nacional ha de ser suprimida, ciertamente, respecto de Europa. El artículo 40.1 y 2 utiliza respecto de los partidos, pero también respecto de los sindicatos y de las “agrupaciones económicas representativas”, el criterio de su “fuerza representativa” (en relación con las cuotas de emisión radiotelevisiva). El artículo 51.1 hace obligatoria su “forma democrática” y el artículo 51.3 prohíbe las referencias a conceptos religiosos o confesionales. El artículo 117.1 incluso utiliza el concepto y la materia de la representación (“...participan en los órganos de elección universal y directa conforme a su representatividad en las elecciones”). El artículo

presentativo, aparece una imagen global de las exigencias de la representación hacia la que en muchos aspectos, ciertamente, aún se ha de dirigir la realidad europea. De poco consuelo es que en los Estados constitucionales nacionales a menudo la realidad esté en discordancia con las exigencias ideales de la idea de representación. La pluralidad de pueblos europeos y de sus ciudadanos exige incluso una buena capacidad de integración por parte de los partidos políticos, desde Sicilia a Irlanda del Norte, desde Madeira a Helsinki. Dicho con otras palabras, el artículo 191 TCE exige aún muchos “esfuerzos” conceptuales en las cuestiones de la europeización de la idea de representación y en la correspondiente formación de una realidad europea. El maduro avance textual que representa el artículo 6o., párrafo 1 CE (“expresión del pluralismo político”) puede contribuir a ello.

Las nuevas Constituciones de *Europa del Este* también aportan elementos textuales para una teoría de la representación, lo que prueba una vez más la casi universalidad de los procesos de producción y recepción de textos legales,⁶⁸ jurisprudenciales y científicos. Así, la Constitución de Bulgaria (1991) antepone en su artículo sobre los partidos (11) la expresión: “la vida política de la República de Bulgaria se fundamenta en el principio del pluralismo político”. De una forma parecida procede la Constitución de Rumania (1991) (“el pluralismo es una condición y una garantía de la democracia constitucional”). Es necesario incluir estos textos constitucionales en la medida en que estos países forman parte del derecho europeo en sentido amplio, y algunos de ellos, por lo menos a largo plazo, quieren ser también candidatos a incorporarse a la UE. Con frecuencia aparece un elemento textual que hoy ya no se corresponde con una visión realista de la “representación”: se habla de los partidos al servicio de la expresión de la voluntad popular, ¡como si la voluntad popular ya estuviese previamente “formada”! En este sentido,

117.3 circunscribe el derecho a recibir información de la oposición parlamentaria a las “cuestiones esenciales de interés público”. Es especialmente afortunada la redacción del artículo 6o. CE (España) (1978/92), conforme al cual “los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política”. La expresión “pluralismo político” es la mejor parte de un texto legal que puede trasladarse a la Europa de la UE.

⁶⁸ Citados por Roggemann, H. (ed.), *Die Verfassungen Mittel und Osteuropas*, 1999.

E. Kaufmann ya se había referido en 1931⁶⁹ a la esencial desconfiguración, y a la necesidad de configuración de la plural voluntad popular, con lo que la idea de pluralismo corregía la clásica idea de soberanía popular. A él se deben en parte algunos de los nuevos textos legales. Así, el artículo 8.2 de la Constitución de Rumania habla de la contribución de los partidos políticos a la “reconstrucción y expresión de la voluntad política de los ciudadanos”, el artículo 3.2 de la Constitución de Hungría (1949/1997) habla de la cooperación en la “formación y expresión de la voluntad popular” y el artículo 36 de la Constitución de Ucrania (1996) de la exigencia de “formación y expresión de la voluntad política de los ciudadanos”. El “sistema democrático multipartidista” (artículo 3o. de la Constitución de Croacia de 1990), la “libre competencia entre los partidos políticos” (artículo 5o. de la Constitución de Chequia de 1992) constituyen otros textos constitucionales en desarrollo, que asumen expresiones clave de la moderna idea de representación.

4. *Los “órganos constitucionales europeos” en el contexto de la representación y de la parcial representación*

A continuación se indagará respecto de los órganos constitucionales europeos si y cómo aportan en toda su extensión la idea de representación, o si y cómo “representan” literalmente cada uno de sus elementos (por ejemplo, a través de la “opinión pública” o de la vinculación al bien común). Ciertamente, ello sólo se podrá llevar a cabo de forma esquemática. Es preciso comenzar con el Parlamento Europeo, en tanto foro de la legítima representación parlamentaria directa de los pueblos de Europa. Los artículos 189 a 193 TCE han sido concebidos tendencialmente a partir del modelo del clásico Parlamento (nacional): ello sucede, por ejemplo, cuando el artículo 189.1 TCE habla de “los representantes del pueblo”, cuando el artículo 192 garantiza derechos de participación, aunque sea de forma rudimentaria, cuando el artículo 193 prevé una Comisión de Investigación, o cuando el artículo 194 atribuye a los ciudadanos de la UE —y el 195 al Defensor del Pueblo— un derecho de petición. Los “valores ideales” de una Comunidad Europea, orientada hacia la *totalidad* y que quiere ser “representativa”, donde me-

⁶⁹ Kaufmann, E., *Zur Problematik des Volkswillens*, 1931, pp. 9 y ss.

Por lo que se hallan reunidos es en el artículo 191 TCE (los partidos políticos en tanto “factor de integración”, como partícipes del principio de construcción de una “conciencia europea” y como “expresión” de “la voluntad política de los ciudadanos de la Unión”). En el artículo 191 TCE es donde quizá mejor se vea la institucionalización dentro de la UE de la idea de representación. Pero también se hallan dentro de este contexto otras normas como el artículo 214 (la “aprobación” de los miembros de la Comisión), el artículo 272 TCE (fijación del presupuesto), el artículo 276 (“descargo de la Comisión”). Por lo demás, los eurodiputados tienen un “mandato representativo”, de forma paralela a los diputados de los Parlamentos nacionales. No “representan”, pues, a los electores de su circunscripción electoral o nación, sino que, una vez elegidos, representan a todos los pueblos de los Estados miembros de la UE. De este modo se perfila la imagen de una “democracia representativa” en Europa, por mucho que la posición del Parlamento Europeo siga siendo, como hasta ahora, relativamente débil (la clave es el déficit democrático de la UE).⁷⁰

Por último, un vistazo a los demás órganos constitucionales de la UE. Por lo que se refiere a la *Comisión*, aunque el principio de publicidad no es el que tiende el puente hacia la “representación” (*cfr.*, con todo, el artículo 212 TCE sobre la publicidad del informe general), sin embargo, su obligación para con el “bien común de la Comunidad” (artículo 213.2 TCE), fundida con la garantía de su independencia —la coloca cerca de la figura de un “cargo público representativo”—. El *Tribunal de Cuentas* se halla configurado de una forma semejante (*cfr.* artículo 247.4 TCE respecto de su “plena independencia para el bien general de la Comunidad”, así como el artículo 248.4 respecto de la publicidad del informe general). También el *Comité de las Regiones* repite la garantía de independencia y la cláusula del bien común (artículo 263.4 TCE), que se corresponden con el mandato representativo de los parlamentarios de la UE. Aquí, el derecho constitucional de la UE coloca algunas de sus instituciones bajo la vieja idea europea de representación. Sobre todo, en lo que se refiere a la vinculación para con el bien común que transmite una porción de pluralidad en pro de la unidad europea.

⁷⁰ Sobre el “existente y afirmado déficit democrático”, Tsatsos, D., “Die europäische Unionsgrundordnung im Schatten der Effektivitätsdiskussion”, *EuGRZ* 2000, pp. 517 y ss., 519 y ss.

El Comité Económico y Social (consultivo) ha sido concebido de una forma parecida. También aquí está presente el *status* de “independencia de sus miembros, para el bien común de la Comunidad” (artículo 258.3 TCE). Sin embargo, “los representantes de los diversos grupos de la vida económica y social” (artículo 257.2) no están vinculados, de forma comparable a los diputados, por los “valores ideales”, por “la conciencia europea”, etcétera (*cfr.*, con todo, la expresión “generalidad”, al final de dicho precepto, que quizá representa un “recuerdo” de la publicidad material o de la generalidad de Europa —como un capítulo de los “principios comunes a todos los Estados miembros” presente en el artículo 190.4 TCE—). En todo caso, los mismos son parcialmente representativos como cada uno de los partidos políticos en sí considerados. El régimen asociativo en Europa puede que sea un foro limitado de competencias limitadas e intereses fragmentados, que está más próximo a los “intereses fácticamente organizados” que a valores europeos comunes, en la medida en que éstos, por su parte, requieren una permanente actualización. Pero, con todo, el Comité Consultivo Económico y Social debe ser tomado en serio como el germen de una laga búsqueda de los aspectos de un bien común europeo.

VI. Elementos teóricos del “europeizado” concepto de representación

El análisis de los textos jurídicos positivos no se podía llevar a cabo sin “precomprensiones” en el sentido de H. G. Gadamer o de J. Esser. A continuación, sin embargo, se esquematizará la interrelación existente entre ellos.

En mi opinión, la idea de representación puede ser fructífera en un contexto europeo sólo si se sintetiza con los denominados conceptos “idealistas” y “realistas”.⁷¹ Europa, que se deja guiar dentro de su proceso —abierto— de unificación por una determinada idea, por un alto ideal deducible de sus textos constitucionales, y que se sabe siempre “en

⁷¹ Sobre ellos, Hofmann, H. y Dreier, H., “Repräsentation. Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz”, en Schneider, H. P. y Zeh, W. (eds.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, 1989, p. 165 (167 y ss.).

el camino”, pero que, con ello, necesita un “sustrato” relativamente ideal del que ya vive —libertad y democracia, Estado de derecho (*cfr.* el artículo 6.1 TUE), así como la herencia europea común (“las tradiciones constitucionales comunes” conforme al artículo 6.2 TUE), la identidad e independencia (*cfr.* el preámbulo del TUE), la afirmación de su identidad (*cfr.* el artículo 2o. TUE), la “herencia espiritual-religiosa y moral” conforme al preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000, “la herencia cultural común” en el sentido del artículo 151.2 TCE—, esta Europa necesita la representación como vía para la realización de sus valores en el sentido de G. Leibholz y, en un cierto grado, incluso la autorrecompensa en el sentido de Herbert Krüger. Si el “idealismo representativo” de la República de Weimar estaba motivado por los “anhelos de unidad” (en este sentido, Hofmann/Dreier), una parte de este presupuesto es irrenunciable, precisamente, para la Europa en formación de hoy. Ciertamente, se trataría de una idea de unidad que no se puede trasladar simplemente del Estado nacional alemán de los años veinte a Europa, dado que esta Europa está “abierta al mundo” (artículos 300.3 y 310 TCE), “abierta a Europa” (*icfr.* el artículo 49 TCE!) y, al mismo tiempo, se fundamenta en una pluralidad de culturas o de pueblos (*cfr.* el artículo 6.3 TUE en relación con el respeto de la identidad nacional de los Estados miembros, así como el artículo 151.1 TCE respecto de la diversidad nacional y regional de Europa). Esta idea de unidad debe ser reconcebida y “relativizada” respecto de Europa. Al mismo tiempo, esta Europa de la UE necesita un “tanto de utopía”, de “beneficio” ideal, cuyos horizontes sólo pueden ser transmitidos por el concepto ideológico de valores de (finales) de la época de Weimar, aunque sin asumir ni sus deficiencias y ni su orientación antiparlamentaria. Si se aceptan el resto de los elementos expuestos en el análisis textual a partir de un “bien común europeo” concebido idealmente, a partir de una “publicidad europea” entendida primariamente desde el punto de vista de la cultura, así como a partir de la contribución realizada por los partidos a la formación de una “conciencia europea” (*cfr.* el artículo 191 TCE junto elemento textual del “factor de integración de la Unión”), entonces el uso de la dimensión “vertical” del concepto de representación se presenta en la Europa de hoy incluso como irrenunciable. La construcción de la unidad europea puede, es más, debe servirse del almacén de ideas que es

la historia conceptual de la expresión “representación” y sorprende que hasta ahora ello, por lo que parece, no haya tenido lugar en la literatura científica. Europa “se construye”, a través de la UE, mediante procesos de realización de valores —desde los valores de la cultura hasta la protección del medio ambiente, desde la eficacia de los derechos humanos hasta la educación—.

Esta dimensión ideal, si se quiere “vertical” es, por ello, sólo una de las caras de la representación dentro del contexto europeo. También se debe aprovechar la otra: la comprensión de la representación como “técnica de poder, división del trabajo o transmisión de intereses”.⁷² En la Europa de la UE se necesita también, precisamente, “poner los pies sobre la tierra”. A ello se aproxima la fusión en la UE de las “identidades nacionales” de los Estados miembros, pero es sobre todo el “laboratorio constitucional” de la formación de los Estados Unidos el que da el atrevimiento necesario para integrar esta perspectiva *realista*. En efecto, fue en los *Federalist Papers* (1787-1788) donde se desarrolló por primera vez el concepto de poder democrático-representativo en un Estado de gran superficie territorial. La *representative democracy* (Hamilton) no califica las diferentes opiniones de “factor distorsionador del proceso representativo”, sino de su fundamento. La “extensión de la comunicación”, la difusión de las peculiaridades de los distintos puntos de vista, son más expresiones clave de la bibliografía secundaria.⁷³ Si se asume la significación positivista dada por H. Kelsen a la representación parlamentaria, desde la perspectiva del aspecto del carácter consensual de la democracia, del equilibrio político y la medida, se pone de relieve cómo la teoría de la Constitución de la UE de hoy, territorialmente extensa, se puede servir de esos elementos teóricos. La pluralidad de las voluntades individuales se forma no sólo a partir de los particulares intereses de cada uno de los ciudadanos europeos, sino también a partir de la “identidad nacional” de los Estados miembros, que es respetada y tenida seriamente en cuenta por la UE/CE (*cfr.* sólo el artículo 6.3 TUE). La garantía de los intereses del lado de los ciudadanos o de los Parlamentos nacionales representativos, o del lado de los órganos constitucionales de

⁷² Sobre ello, *ibidem*, pp. 169 y ss.

⁷³ Sobre ello, *ibidem*, p. 170.

la UE, como el Parlamento Europeo, van unidas: en efecto, en el concepto de opinión pública europea se filtran aspectos del bien común europeo, y el concepto de “representación”, entendido ahora en sentido europeo, adquiere sus perfiles desde los presupuestos ideales-realistas aquí desarrollados. La representación conserva también su aspecto nacional-estatal, pero se amplía y profundiza (no sólo cuantitativo-espacialmente) a la luz de la Europa en sentido estricto de la UE/CE. Se han de tener en cuenta *ambos aspectos*: el canon de valores europeos comunes, y la división del trabajo y la transmisión de intereses a los órganos constitucionales de la UE. La construcción de la unidad es aquí siempre relativa. La “voluntad positiva de los ciudadanos de la Unión” (*cfr.* el artículo 191 TCE), de los pueblos de Europa (*cfr.* el Preámbulo del TUE y del TCE) y los, aún nacionales, Estados miembros de la UE continúan siendo puntos de referencia de la idea de representación europea. Esta idea no puede renunciar ni a la acción transmisora de la opinión pública europea ni a la metáfora de E. Fraenkel del “paralelogramo de fuerzas”, a partir de la cual el bien común, ahora ya europeo, se forma *a posteriori*. El ámbito de la “preconfiguración de la voluntad política” en el sentido de U. Scheuner (*cfr.* también la BVerfGE 8, 104 (113, 115), E 20, 56 (98)) ha de ser concebido ahora para incluir a la UE: esto es, en la configuración del proceso de formación de una opinión pública, sobre todo gracias al *status politicus* de todos los ciudadanos a través de sus derechos democráticos de participación y de comunicación (hasta incluso el derecho de petición previsto en el artículo 294 TCE), de la persecución de intereses mediante las asociaciones —europeas— y a través de los partidos políticos que también actúan en el ámbito europeo.⁷⁴

VII. Perspectivas

Este trabajo debía concentrarse en la “representación en la UE”. La perspectiva, sin embargo, apunta ya a que la idea de representación, por lo menos a largo plazo, también tiene oportunidad de desarrollarse en la Europa en sentido amplio. Es de sobra sabido que esta mayor Europa está mucho menos “constreñida” por sus estructuras normativas que la

⁷⁴ Sobre la diferenciación nacional de estos ámbitos *cfr. ibidem*, p. 174.

UE. El Consejo de Europa o la OSCE, a pesar de contar con textos básicos en parte sorprendentes, como por ejemplo la CEDH, no constituyen aún ninguna “Comunidad”, ninguna “unidad” que permita aplicarles la idea de representación con su contenido mixto, esto es, en parte ideal y en parte real. Sin embargo, en este derecho europeo en sentido amplio se pueden apreciar también formas previas o campos parcialmente abiertos a la idea de representación o a sus elementos teóricos. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sólo es “representativa” en un sentido muy limitado, debido a la reducida obligatoriedad de sus actividades —con todo, cuando se acogen nuevos candidatos a entrar en él, el último, por ejemplo, Georgia, se establecen exigencias normativas como obstáculos para la entrada, de forma semejante a un acto informal indirecto de poder constituyente (por ejemplo, la protección de las minorías, la supresión de la pena de muerte); por lo que el CEDH puede ser visto también desde Estrasburgo con una perspectiva “representativa”—. También se aprecia una representación de la unidad y de la pluralidad en el sentido de D. Grimm —todos los 41 miembros están representados con un juez *cada uno*, el voto particular que pueden emitir pone el acento en lo particular dentro de un foro de la generalidad, el CEDH trabaja con el concepto de bien común,⁷⁵ pero deja márgenes de actuación amplios a cada una de las naciones a la hora de aplicar sus principios—. En el trasfondo está el aspecto de la mera representación parcial, esto es, de la pluralidad del consenso europeo fundamental y de la Europa de una gran diversidad estatal. Sin embargo, en la medida en que en la Europa en sentido amplio también se formen estructuras parcialmente constitucionales, sobre todo con base en la CEDH que en algunos Estados, como Suiza y Austria, tiene vigencia interna incluso con rango constitucional, en tal medida, será fructífero respecto de la “gran Europa” el potencial de reconocimiento acumulado en el concepto de representación gracias a un proceso histórico de muchos siglos.⁷⁶

La próxima generación debe aprovecharlo. Es una exigencia para las comunidades académicas nacionales y comunitarias europeas. La “representación” pasaría entonces de ser el viejo horizonte conceptual na-

⁷⁵ Sobre ello, por ejemplo, mi trabajo en *Colloquium Rinken*, 2000.

⁷⁶ Sobre ello, Hofmann, H., *Repräsentation*, 1a. ed., 1974, 3a. ed., 1998.

cional a ser el principio común europeo de la buena convivencia en un continente que, desde un punto de vista ideal-cultural, se entiende como el futuro y que, al mismo tiempo, toma en serio las realidades antropológico-culturales del “lugar” en una “patria” inabarcable a la que están anudados seres humanos.