

ADMINISTRACION DE ANDALUCIA

Revista Andaluza de Administracion Publica

Nº 14

Abril-Mayo-Junio

UNIVERSIDAD DE SEVILLA
INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACION PUBLICA



Consejo Asesor

Excmos. e Ilmos Sres.

Manuel F. Clavero Arévalo, Catedrático de Derecho Administrativo
(*Presidente*)
José M^a Vega Piqueras, Vicerrector de Investigación de la Universidad de Sevilla
Antonio Roig López, Director del Instituto Andaluz de Administración Pública
José Ortiz Díaz, Catedrático de Derecho Administrativo
Alfonso Pérez Moreno, Catedrático de Derecho Administrativo
Eduardo Roca Roca, Catedrático de Derecho Administrativo
Juan José Ruiz Rico, Catedrático de Derecho Político (†)
Juan Cano Bueso, Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía
Antonio Martí García, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia
Santiago Martínez-Vares García, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia
Juan Carlos Cabello Cabrera, Viceconsejero de Educación y Ciencia
Juan A. Càmpora Gamarra, Secretario del Ayuntamiento de Sevilla
Federico Romero Hernández, Secretario del Ayuntamiento de Málaga

Director:

Pedro Escribano Collado, Catedrático de Derecho Administrativo

Secretario:

Francisco López Menudo, Catedrático de Derecho Administrativo

Consejo de Redacción:

Francisco Escribano López, Catedrático de Derecho Financiero
José Luis Rivero Isern, Catedrático de Derecho Administrativo
Antonio Porras Nadales, Catedrático de Derecho Político
José I. López González, Catedrático de Derecho Administrativo
Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, Catedrático de Derecho Administrativo
José I. Morillo Velarde-Pérez, Profesor Titular de Derecho Administrativo
Javier Barnés Vázquez, Profesor Titular de Derecho Administrativo

Secretaría de Redacción:

Facultad de Derecho. Avda. del Cid s/n. 41004 Sevilla
Tlf.: (95) 455 12 26. Fax (95) 455 78 99

Realización:

Instituto Andaluz de Administración Pública

Edita:

Servicio de Publicaciones y BOJA

ISSN:

1130-376X

Depósito Legal:

SE-812-1990

Talleres:

Tecnographic, S.L. Sevilla

Suscripción anual (4 números): 4.000 Ptas. (IVA incluido)

Número suelto: 1.300 Ptas.

Pedidos y suscripciones: Servicio de Publicaciones y BOJA

Apartado Oficial sucursal n^o 11. Bellavista

41014 SEVILLA

Tlfs.: (95) 469 31 60*

Forma de pago: Talón nominativo conformado o Giro Postal
en cualquier caso a nombre de:

BOLETIN OFICIAL DE LA JUNTA DE ANDALUCIA



SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

- Lorenzo Martín-Retortillo Baquer*
Dos reflexiones sobre la "Administración Unica" 11
- Agustín Ruiz Robledo*
Un componente de la Constitución Económica:
La protección del medio ambiente 27
- Rafael Pizarro Nevado*
La valoración del suelo en la nueva legislación urbanística 55

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- María Zambonino Pulito*
La Ley de puertos deportivos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
Recurso de inconstitucionalidad 109

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- I. Constitución.- II. Derechos y Libertades.- III. Principios
Jurídicos Básicos.- IV. Instituciones del Estado.- V. Fuentes.-
VI. Organización Territorial del Estado.-
VII. Economía y Hacienda.-
(*Francisco Escribano López*) 123

TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

- I. Acto Administrativo.- II. Administración Local.-
III. Administración Pública.- IV. Bienes Públicos.-
V. Comunidades Autónomas.- VI. Contratos.-
VII. Corporaciones de Derecho Público.-

VIII. Cultura, Educación, Patrimonio Histórico Artístico.-	
IX. Derecho Administrativo Económico.-	
X. Derecho Administrativo Sancionador.-	
XI. Derechos Fundamentales y Libertades.-	
XII. Expropiación Forzosa.- XIII. Fuentes.-	
XIV. Hacienda Pública.- XV. Jurisdicción Contencioso-	
Administrativa.- XVI. Medio Ambiente.- XVII. Organización.-	
XVIII. Personal.- XIX. Procedimiento Administrativo.-	
XX. Responsabilidad.- XXI. Salud y Servicios Sociales.-	
XXII. Urbanismo y Vivienda.-	
Tribunal Supremo (<i>José I. López González</i>)	133
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía	
(<i>José L. Rivero Ysern</i>)	163

CRONICA PARLAMENTARIA

Debate sobre el informe de la comisión del Caso Ollero	
(<i>Antonio Porras Nadales</i>)	213

DOCUMENTOS

<i>Guillermo Márquez Cruz</i>	
“La participación política de las mujeres de Andalucía en	
las Instituciones representativas”	227

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones Estatales.	279
Disposiciones Generales de la Junta de Andalucía.	283
Disposiciones Generales de las Comunidades Autónomas.	291
Índice Analítico.	295
(<i>Antonio Jiménez Blanco</i>)	
(<i>Javier Barnes Vázquez</i>)	
(<i>Concepción Barrero Rodríguez</i>)	

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACION AUTONOMICA

INFORMES: Europa y la GRUNDGESETZ El nuevo precepto europeo (art. 23 GG) <i>Javier Barnés Vázquez</i>	301
ESQUEMAS SOBRE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: <i>Carmen Núñez Lozano</i>	311
Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica <i>José I. Morillo-Velarde Pérez</i>	317

BIBLIOGRAFIA

RECENSIONES

DIETER NOHLEN/JOSE JUAN GONZALEZ ENCINAR Der Staat der Autonomen Gemeinschaften in Sapanien Leske + Budrich <i>Manuel Medina Guerrero</i>	325
FRANCH I SAGUER, MARTA: Intervención administrativa sobre Bancos y Cajas de Ahorro <i>Javier Sola Teysiere</i>	329
MIGUEL REVENGA SANCHEZ: La formación del Gobierno en la Constitución española de 1978 <i>José María Morales Arroyo</i>	339
ROLF STOBER: Derecho Administrativo Económico <i>Manuel Izquierdo Carrasco</i>	344
JESUS GONZALEZ PEREZ: Manual de practica forense administrativa <i>María del Carmen Núñez Lozano</i>	353

INFORMES

Europa y la *GRUNDGESETZ* El nuevo precepto europeo (art. 23 GG)(*)

La Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea, celebrado el 7 de febrero de 1992, ha provocado una amplia reforma constitucional de la *Grundgesetz* que excede en mucho de la ineludible revisión de los preceptos que se han visto inmediatamente afectados (como las elecciones locales o la transferencia de competencias del *Bundesbank*, o Banco Federal, al nuevo Banco Central Europeo, arts, 28.I y 88, respectivamente). La premisa de la que ha partido la Comisión Constitucional mixta *Bundestag-Bundesrat* es meridiana: el Tratado de Maastricht supone un salto cualitativo de la Comunidad Europea hacia la Unión Política de tal suerte que hace inexcusable, entre otras consecuencias, un nuevo precepto donde fundar la transferencia de competencias derivadas de la Constitución (1). Ello significa que el artículo 24 GG —que tiene su correlato en nuestro art. 93 CE— ha quedado inservible, no es ya título habilitante suficiente para las futuras relaciones con la Comunidad Europea. La *Grundgesetz*, en efecto, distinguirá a partir de ahora, por consiguiente, entre la transferencia de competencias a las “instituciones europeas” (el

* Informe elaborado por Javier BARNES VAZQUEZ

(1) El salto cualitativo no se ha producido tanto por la ampliación competencial cuanto en el terreno de los principios (v.gr.: Art. A, 3, 4a, 8 y ss; J, del TUE, etc). La Comunidad, se afirma, ha dejado de ser una mera organización supranacional para convertirse, como línea de tendencia, en una organización propia de carácter estatal.

Cfr., el trabajo del Presidente de la citada Comisión, Prof. R. SCHOLZ, *Grundgesetz und europäische Einigung*, Neue Juristische Wochenschrift, núm. 41, 1992, pp. 2593 y ss; asimismo, G. RESS, *Die Europäische Union und die neue juristische Qualität der Beziehungen zu den Europäischen Gemeinschaften* Juristische Schulung, 12, 1992, pp. 985 y ss.

La Comisión Constitucional fue creada al amparo del artículo 5 del Tratado de la Unión Alemana, alcanzando un amplio acuerdo, medio año después de su constitución, para introducir el nuevo artículo 23 GG. Respecto del Tratado de la Unión Alemana en relación con este precepto, vid. RÜDIGER, *Das neue Grundgesetz* (I). *Zum Stand der Reformbemühungen*, JA, 1992, pp. 265 y ss.

nuevo artículo 23 GG), y la transferencia a otras “organizaciones supranacionales” (el viejo 24.I GG) (2).

El nuevo artículo 23 GG, –aprobado en diciembre de 1992– y denominado ya como el “precepto europeo”, a nuestro propósito, presenta cuatro puntos capitales: 1) una decidida apuesta constitucional por la Unión Europea; 2) la expresa consagración de los principios inalienables a los que se condiciona la participación alemana en el proceso de integración (Estado social y democrático de Derecho; federalismo y subsidiariedad; una efectiva tutela judicial de los derechos fundamentales); 3) la aplicación del procedimiento normal de reforma constitucional a todas las modificaciones de la *Grundgesetz* que traigan su causa de la Unión Europea (es decir, una mayoría de dos tercios en el *Bundestag* y en el *Bundesrat*: art. 79.II y III GG); y 4) un acusado fortalecimiento de la participación de los *Länder* en la política europea, concebida ya como política *interior europea* y no como materia de relaciones exteriores de la exclusiva competencia de la Federación. Seguidamente se reproduce su tenor literal:

ARTICULO 23 GG

“(1) Para la consecución de una Europa unida, la República Federal de Alemania participará en el desarrollo de la Unión Europea, cuya realización se condiciona a los principios del Estado democrático, social y de Derecho, al federalismo y al principio de subsidiariedad, y a que se garantice una tutela judicial de los derechos fundamentales que sea en esencia comparable a la dispensada por esta Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir competencias mediante Ley con la aprobación del *Bundesrat*. Se aplicará el artículo 79.II y III para la justificación de la Unión Europea, la reforma de los fundamentos de sus Tratados o de normas análogas, a través de las que se modifique o complete, dependiendo de su contenido, esta Ley Fundamental, o bien se hagan posible tales reformas o adiciones.

(2) El *Bundestag* y los *Länder*, a través del *Bundesrat*, participarán en los asuntos comunitarios. El Gobierno Federal habrá de informar ampliamente al *Bundestag* y al *Bundesrat* a la mayor celeridad posible.

(2) Precepto que afirma: “La Federación, mediante Ley, podrá transferir competencias soberanas a organizaciones supranacionales”. No obstante, la reforma constitucional que se comenta ha introducido un nuevo apartado, el 24.I.a, que fortalece el protagonismo de los *Länder*. “Con la aprobación del Gobierno Federal, los *Länder* podrán transferir competencias soberanas a instituciones fronterizas, en la medida en que sean competentes para el ejercicio de competencias estatales o para el cumplimiento de tareas estatales.”

(3) El Gobierno Federal le dará al *Bundestag* la oportunidad de expresar su parecer antes de participar en la producción normativa de la Unión Europea. El Gobierno Federal tendrá en cuenta las opiniones del *Bundestag* en las negociaciones. La Ley desarrollará esta materia.

(4) El *Bundesrat* participará en el procedimiento de formación de la voluntad de la Federación siempre que deba tomar parte en la correspondiente medida interna o bien los *Länder* tengan competencias en el ámbito interno.

(5) El Gobierno Federal tendrá en cuenta el parecer del *Bundesrat* cuando, en el ejercicio de las competencias exclusivas de la Federación, se vean afectados los intereses de los *Länder* o bien cuando ésta tenga la competencia legislativa. En caso de que se incida sobre el centro de gravedad de las competencias legislativas de los *Länder*, sobre su organización administrativa o su procedimiento administrativo, habrá de tenerse en cuenta de forma determinante la opinión del *Bundesrat*. Con todo, ha de preservarse la responsabilidad de la Federación en su conjunto. Las materias que puedan determinar un aumento de los gastos o una disminución de los ingresos deberán contar con la aprobación del Gobierno Federal.

(6) En caso de que se afecte al centro de gravedad de las competencias exclusivas de los *Länder*, la Federación deberá confiar al representante de los *Länder* designado por el *Bundesrat* la defensa de las competencias que, como miembro de la Unión Europea, corresponden a la Federación. Se llevará a cabo la defensa de tales competencias con la participación y la aprobación del Gobierno Federal. Ha de preservarse la responsabilidad de la Federación en su conjunto.

(7) La ley, que requerirá la aprobación del *Bundesrat*, concretará cuanto se dispone en los apartados 4 a 6.”

Este precepto se completa y conecta con otras reformas constitucionales más puntuales:

ART. 45

“El *Bundestag* constituirá una Comisión de Asuntos de la Unión Europea. Podrá encomendarle el cumplimiento de las competencias que, conforme al artículo 23, le corresponden frente al Gobierno Federal.”

También se ha incidido sobre el artículo 50, pieza clave del sistema federal y símbolo del Federalismo cooperativo (Los *Länder* participan, a través del *Bundesrat*, en la legislación y en la Administración federales, afirmaba):

ART. 50

“Los *Länder* participan, a través del *Bundesrat*, en la legislación y en la Administración de la Federación, y en los asuntos de la Unión Europea” (añade ahora el precepto)

Se introduce asimismo un nuevo artículo 52.III.a:

“El *Bundesrat* podrá crear una Cámara de Asuntos de la Unión Europea, cuyos acuerdos tendrán el carácter de acuerdos del *Bundesrat*. Se aplicará el artículo 51.II y III, inciso segundo” (que se refiere al reparto proporcional de votos entre los *Länder*).

Por último, afirma el nuevo artículo 115e.II, inciso 2º, que la Comisión Conjunta no está legitimada para aprobar las leyes a que se refiere el apartado 1º del artículo 23,24.I o 29.

No es posible detenernos, siquiera sea brevemente, en el análisis de las múltiples cuestiones que el “artículo europeo” encierra. Baste apuntar algunos de los aspectos más sobresalientes.

–El artículo 23.I establece los presupuestos formales (reserva de ley y procedimiento de reforma constitucional) y materiales (principios) a los que se sujeta la transferencia de competencias a las instituciones europeas.

–En su primer inciso, contiene lo que ha venido en llamarse una cláusula de apertura a la integración europea, con la que el Estado en su conjunto, como uno de sus objetivos, se compromete en la unificación europea, para cuyo desarrollo podrá transferir nuevas competencias –mediante ley que tenga la aprobación del *Bundesrat*– siempre que –como condición sustantiva– la Unión Europea respete los principios del Estado social, democrático y de Derecho, del federalismo y del principio de subsidiariedad y se garantice la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales análoga a la dispensada por la *Grundgesetz* (es lo que se ha calificado de “cláusula de garantía de los principios estructurales” de la Constitución por cuanto se incorporan al proceso europeo los principios constitutivos de la GG –arts. 20.I y 28.I–) (3).

(3) La Unión Europea deberá incorporar progresivamente tales elementos (así, p. ej., el principio democrático habrá de traducirse en que el Parlamento europeo deberá configurarse como instancia de producción normativa y de control).

El artículo 23.I GG consagra la conocida jurisprudencia constitucional *Solange* (BVerf-

– Sin duda, sorprende la invocación de los principios del federalismo y de subsidiaridad como presupuestos de la Unión Europea. La llamada al federalismo significa, en primer término, que el proceso de integración no puede poner en cuestión la estructura federal de los Estados miembros, por lo que aquí interesa, de Alemania. El artículo 23.I GG se pronuncia expresamente por una planta europea de tres niveles (Unión Europea–Estado–*Länder* o instancia regional, y en cuyo edificio está implícita la autonomía local). Entraña, por último, que la propia construcción europea deberá igualmente articularse en forma federal, lo cual no supone, en modo alguno, erigir en modelo o parámetro válido al concreto sistema alemán (4).

Por vez primera, consagra la *Grundgesetz* el principio de subsidiaridad que, sin embargo, estaba implícito, como es sabido, a lo largo de su articulado (señaladamente, latía en los arts. 30 y 72). El principio de subsidiaridad postula, en esencia, atribuir la primacía competencial a la unidad inferior o más pequeña, criterio que se proyecta en este caso sobre el proceso de construcción europea y su sistema competencial, es decir, particularmente sobre las relaciones entre el nivel supranacional y el nacional.

Sin perjuicio de que su reconocimiento en esta sede pueda interpretarse como un acto de desaprobación de las competencias que ha acumulado la Comunidad en el pasado o incluso como un gesto de desconfianza hacia su desenvolvimiento futuro, es evidente su intención de servir de parámetro de las nuevas atribuciones competenciales a la Comunidad. Por hipótesis, podríamos asistir, pues, a un fenómeno sin precedentes. Un mismo principio consagrado en el Tratado de la Unión Europea (art. 3B) y en la Constitución de un Estado miembro (art. 23.I GG); las instituciones europeas, con efecto tendencialmente centrípeto; el Estado miembro, inercialmente centrífugo; en un caso, como criterio para asumir nuevas competencias, en el otro, para cuestionar su transferencia. Principio, por otra parte, cuya aplicación, en última instancia, habrán de interpretar el Tribunal de Justicia de la Comunidad y el Tribunal Constitucional Federal. A pesar de su ambivalencia y versatilidad constituye un elemento de racionalidad, aunque no sea un criterio de evidencia.

GE 73, 339, 375 y ss.) sobre la indisponibilidad de los principios estructurales inherentes a la Constitución. Aunque, en palabras de esta doctrina, la tutela del TJCE ha alcanzado un nivel de protección de los derechos fundamentales análogo al que proporciona la GG, tal desarrollo debe continuar, a juicio de la Comisión Constitucional que ha elaborado el proyecto del artículo 23 GG, en el marco de una Constitución europea y de la codificación de los derechos fundamentales (cfr. SCHOLZ, nota 1, p. 2598).

(4) De ahí que la Comisión Constitucional haya rehuído el término “Estado federal” y haya preferido hablar del principio del federalismo. Cfr. SCHOLZ, nota 1, p. 2599.

– Las reformas constitucionales que traigan su origen de la Unión Europea ya no gozarán del “Trato de favor” que les dispensó desde el nacimiento de las Comunidades el artículo 24 GG. Cualquier reforma de la *Grundgesetz* deberá, pues, sujetarse a las condiciones generales y comunes (art. 79.II Y III: mayoría de dos tercios en ambas cámaras). Es evidente la presión de los *Länder* en el “endurecimiento procedimental” que luce en el artículo 23; de esta forma, nunca más podrá alterarse el sistema de distribución interna de competencias por la vía del viejo artículo 24 GG (que no dispone la participación de los *Länder*). Conforme al art. 23 GG, por contra, toda nueva atribución competencial a la Unión Europea requerirá la aprobación con una mayoría dos tercios del *Bundesrat*.

– El procedimiento de participación de los *Länder* se estructura en torno a una amplio catálogo o gradación escalonada de facultades y competencias para la elaboración de la voluntad de la Federación, que va desde el simple derecho a ser oídos hasta la posibilidad de imponer su parecer. El artículo 23.I establece con carácter general, y sin condiciones, la aprobación del *Bundesrat* (recuérdese, con una mayoría de 2/3) para cualquier transferencia de competencias a las instituciones europeas; el apartado 2º del artículo 23 GG declara, por su parte, que el *Bundestag* y el *Bundesrat* participarán en los asuntos comunitarios; el apartado 4º del indicado precepto sienta, como principio general, la participación del *Bundesrat* conforme a la distribución interna de competencias: siempre que tenga que tomar parte, por cualquier título, en la correspondiente medida interna, o los *Länder* sean competentes de acuerdo con la distribución interna –asegurándose con tan amplia formulación la “universalidad” de la participación de los *Länder* en los asuntos comunitarios–. Por último, los apartados 5º y 6º no hacen sino concretar el principio general del apartado 4º. De cuanto en ellos se dispone interesa retener que el parecer mayoritario del *Bundesrat*, tendrá, en principio, carácter vinculante –tiene la última palabra– no solo cuando se pueda afectar a las competencias exclusivas de los *Länder* sino también en el ámbito de las competencias legislativas concurrentes y de carácter básico cuando se incida sobre su “centro de gravedad” (*Schwerpunkt*) (5), y en el plano ejecutivo en la medida en que la cuestión afecte a su organización o procedimientos administrativos (lo que significa que la primacía que ostentaban los *Länder* en el ámbito de las compe-

(5) Sobre la interpretación de este término “Centro de gravedad” y su posibilidad de “desplazamiento” en beneficio de los *Länder* si éstos son los únicos que han ejercido las competencias, vid. SCHOLZ, nota 1, pp. 2599–2600.

tencias ejecutivas se hace extensiva a la ejecución de las normas comunitarias). Sin embargo, la potestad decisoria del *Bundesrat* no es ilimitada, habida cuenta de que "ha de preservarse la responsabilidad de la Federación en su conjunto" (art. 23, 4º y 5º), límite que, a juicio de la Comisión Constitucional, afecta particularmente a la política exterior, de seguridad y de integración europea (arts. 32, 73.I y 87 a GG) (6).

– La representación de la República Federal corresponde en principio a la Federación (ap. VI). Por excepción, se atribuirá a un representante de los *Länder* cuando se puedan ver afectadas sus competencias exclusivas, aunque con la participación y aprobación del Gobierno Federal al que compete, en última instancia, garantizar la responsabilidad global del Estado (ap. VI) (7).

Es claro que el artículo 23 GG fortalece el federalismo cooperativo y la mayor proximidad del ciudadano a la Comunidad, especialmente en aquellas materias en que los *Länder* tienen la última palabra a través del *Bundesrat* y están directamente representados en Bruselas. Ha sido, por ello, considerado como una victoria de los *Länder* y del federalismo (8).

El federalismo cooperativo necesita, para hacerse realidad, de normas de procedimiento y al mismo tiempo de capacidad y disposición para el trabajo en común y el compromiso recíproco. Tal actitud es igualmente imprescindible para la Unión Europea, no equiparable ya a una mera asociación o a una típica organización internacional.

A nadie escapa, por otra parte, que el precepto transcrito plantea no po-

(6) Cfr. SCHOLZ, nota 1, p. 2600. Sobre el procedimiento, vid también P. WILHELM, *Europa im Grundgesetzes: Der neue Artikel 23*, Bayerische Verwaltungsblätter, 23, 1992, pp. 705 y ss.

(7) El artículo 146 del Tratado de la Unión Europea, en virtud de una enmienda introducida a instancias del Gobierno belga, dispone que "El Consejo estará compuesto por un representante de cada Estado miembro de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno de dicho Estado miembro". Se supera, de esta forma, la referencia al Gobierno central como única vía de representación del Estado y se abre la posibilidad a la presencia en el Consejo de miembros de los Gobiernos de los *Länder*, Regiones, comunidades Autónomas, etc.

(8) WILHELM (nota 6), p. 710.

cos problemas, y no sólo en el plano interpretativo. Las críticas (9) se han centrado en torno a los extremos más relevantes: la oportunidad del artículo mismo, su excesiva extensión y detalle, impropio de una Constitución, particularmente en lo que hace al procedimiento de participación de los *Länder*, el grave peligro de “renacionalización del Derecho comunitario” que su consagración entraña, sobre todo por la proclamación de los principios del federalismo y de subsidiariedad, puesto que los demás Estados miembros no tienen la misma tradición constitucional; porque posibilita el enjuiciamiento nacional de la Unión Europea por la vía del Tribunal Constitucional Federal; a lo que se añade el problema nada desdeñable del parámetro que pueda utilizar: ¿qué ha de entender, por ejemplo, el Tribunal Constitucional por “federalismo”? Si no es el modelo alemán, ¿qué es “federalismo en abstracto”?

Si en los demás países cundiera el ejemplo, se observa, y establecieran en sus respectivas Constituciones las líneas maestras de lo que en todo caso debería ser la Unión Europea, podría producirse un proceso de “renacionalización” del Derecho Comunitario (o “reprivatización”, en términos aún más gráficos). Baste pensar en los derechos fundamentales que, aunque reconocidos por todos los Estados miembros, tienen regulaciones diversas y no es difícil, por tanto, encontrar niveles de reconocimiento inferiores al alemán. En rigor, el Tribunal Constitucional Federal debería declarar inaplicable toda medida comunitaria que infringiera los derechos fundamentales, poniéndose entonces en tela de juicio la primacía y efecto directo del ordenamiento comunitario, únicos instrumentos de los que se sirve la Comunidad para sobrevivir (puesto que carece de todo medio de coacción forzosa). De otra parte, la cualificada mayoría de dos tercios que se exige para la reforma constitucional puede generar un cierto efecto de bloqueo, de no alcanzarse. Y, en definitiva, la discusión está servida puesto que se han constitucionalizado términos altamente indeterminados y carentes de tradición (¿qué significa, por ejemplo, “tener en cuenta” el parecer de los *Länder*? ¿Y tener en cuenta su opinión “de forma determinante” o decisiva? ¿Y qué ha de entenderse por “responsabilidad global de todo el Estado”?; etc. Tampoco han faltado quienes advierten del excesivo protagonismo de los *Länder* en la política europea, lo que puede

(9) Podrían sintetizarse o simbolizarse en el artículo del Prof. U. EVERLING, ex magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad en el diario *Frankfurter Allgemeine*, de 15 de octubre de 1992, pp. 7-8.

desembocar en una política exterior paralela y, en ultima instancia, a una disolución misma de la República Federal (10).

Sin perjuicio de que se participe o no de las críticas de que ha sido objeto, el “observador comunitario”, sin embargo, ha de notar en primer término que la radical novedad del precepto se localiza básicamente en la necesaria aprobación del *Bundesrat*, junto al *Bundestag* de las leyes de transferencia de competencias; la extensión del procedimiento de reforma constitucional a las cuestiones comunitarias; y la inviolabilidad de la denominada cláusula de inmodificabilidad constitucional del art. 79.III GG.

De otra parte, con la proyección de los principios estructurales o constitutivos de la *Grundgesetz* (arts. 20 y 28) al plano europeo se plasma la conocida jurisprudencia constitucional *Solange*, como ya observábamos. Es la expresa invocación de los principios del federalismo y de subsidiariedad lo que, sin duda, puede llamar más la atención. No parece presumible, sin embargo, que el Tribunal Constitucional Federal pueda hacer un uso abusivo de tales fórmulas; en su caso, y más allá de la fuerza simbólica que sin duda también poseen, podrían no tener otro alcance que el de un mero título que habilite su intervención en casos extremos. Es muy dudoso, en efecto, que el artículo 23 GG pueda servir de obstáculo al proceso de integración europeo y, menos aun, de “renacionalización”. Más problemas plantea, por contra, la sujeción del Gobierno al parecer de los *Länder*.

(10) A esta observación, replica WILHELM (nota 6), p. 710, de un aparte, que la política europea no es ya una clásica política exterior y, de otra, que la posición de Alemania en el seno de las instituciones comunitarias no ha cambiado en nada, es decir, su opinión en el concierto de todos los Estados miembros sigue teniendo el mismo peso.

