

LAS COMPETENCIAS DE LOS LÄNDER Y EL DERECHO COMUNITARIO DERIVADO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN

(Comentario a la sentencia del *Bundesverfassungsgericht*
de 22 de marzo de 1995) (*)

Por JOSE MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES (**)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. INTERPOSICIÓN Y TRAMITACIÓN DEL RECURSO: 1. *Interposición del recurso*. 2. *Tramitación del procedimiento: Un desarrollo de la sentencia sobre el Tratado de Maastricht*. 3. *Resolución*.—III. LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA DEL TCF: 1. *Examen de la cuestión bajo los parámetros de la Ley Fundamental de Bonn*. 2. *Examen bajo los parámetros del Tratado*.—IV. LA CUESTIÓN DE FONDO: 1. *La competencia exclusiva de los Länder en materia de televisión*. 2. *Los límites federales de la atribución de competencias a la CE*. 3. *El principio de lealtad federal*. 4. *El problema de las cuotas de programación*. 5. *La transposición de la directiva*.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCION

La cuestión relativa a las relaciones entre el Derecho Comunitario Europeo y el Derecho Constitucional interno, así como particularmente el temor hacia las consecuencias que el ordenamiento comunitario pudiera te-

(*) Publicada íntegramente en *Europarecht* 1995, pp. 103-128; *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1995, pp. 277-284; *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1995, pp. 125-137; *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM)* 1995, pp. 405-419.

(**) Doctor en Derecho y diplomado por el EUROPA-INSTITUT de Saarbrücken (Alemania). Profesor asociado de Derecho Internacional Público de la Universidad de La Rioja.

ner sobre la estructura federal interna es en Alemania tan antigua como los propios Tratados. Ya en 1951, recién firmado el Tratado de la CECA, el entonces presidente de Renania del Norte-Westfalia, ARNOLD, hablaba del peligro que el nuevo Tratado entrañaba para los *Länder*, sobre los que pendía la amenaza de degradarse en simples unidades administrativas (1). Tras la entrada en vigor de los Tratados de Roma, el temor se acrecentó y la doctrina comunitarista más prestigiosa constataba con resignación la «ceguera federal» (*Landes-Blindheit*) que los impregnaba, ya que en ningún momento tenían presente las peculiaridades del modelo federal de la República Federal de Alemania (2).

Los Tratados constitutivos, muy especialmente desde la progresiva ampliación de competencias iniciada por el Acta Unica Europea (AUE) y completada por el Tratado de la Unión Europea (TUE), contienen efectivamente disposiciones que afectan directamente a los *Länder* y fundan competencias en favor de la Comunidad en materias sobre las que en el plano interno aquellos gozan de competencia, la cual en determinados casos, particularmente en materia cultural, es exclusiva (3). Aunque esta circunstancia no es, ni mucho menos, privativa del modelo alemán —nuestro propio ordenamiento es buen ejemplo de ello (4)—, lo cierto es que los *Länder* y con ellos una buena parte de la doctrina constitucionalista alemana constata desde la entrada en vigor del AUE un progresivo proceso de erosión competencial en favor de la CE que, a su juicio, hace temer seriamente por la propia posibilidad de pervivencia de su esencia estatal (*Staatlichkeit*) (5).

(1) 61 sesión del *Bundesrat*; Diario de sesiones de 27.7.1951, p. 445: «Die Länder könnten zu reinen Verwaltungseinheiten herabgedrückt» [werden].

(2) IPSEN, H. P.: «Als Bundesstaat in der Gemeinschaft», en AAVV, *Festschrift für Walter Hallstein*, Frankfurt a.M. 1966, pp. 248-265 (256).

(3) GRABITZ, E.: «Die deutschen Länder in der Gemeinschaft», *Europarecht* 1987, pp. 310-321 (311).

(4) De entre la importante bibliografía existente en nuestro país sobre la posición de las CCAA respecto al ordenamiento comunitario puede destacarse a título ilustrativo las siguientes obras: MANGAS MARTÍN, A.: *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Ed. Tecnos, 2.ª ed., Madrid 1987, pp. 218-275; PÉREZ TREMPES, P.: *Comunidades Autónomas, Estado y Comunidad Europea*, Ministerio de Justicia, Madrid 1987; MUÑOZ MACHADO, S.: *El Estado, el Derecho interno y las Comunidades Europeas*, Madrid 1986; SORIANO, J. E.: *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea*, Ed. Tecnos, Madrid 1990, especialmente pp. 183-244; AA. VV.: *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho Internacional*, Santiago de Compostela 1982; BULLAIN LÓPEZ, I.: *Las regiones autónomas de la CE y su participación en el proceso de integración*, IVAP, Oñate 1990, en particular pp. 196-216.

(5) Cfr. sin ánimo de exhaustividad DÖRR, D.: «Die Europäischen Gemeinschaften und die deutschen Bundesländer», *Nordrhein-Westfalen-Verwaltungsblatt*

En este contexto, la intención de la Comunidad de elaborar una directiva que regulase los aspectos transfronterizos de la radio y la televisión, manifestada primero en forma de un libro verde (6) y plasmada después en una propuesta formal de directiva (7), desencadenó una oleada de reacciones beligerantes por parte de los *Länder* que no tenía precedentes. El propio *Bundesrat* se ocupó de la cuestión con un interés inusitado (8). La argumentación que un sector mayoritario de la doctrina constitucionalista alemana apadrinó contra la directiva, propugnaba la falta de competencia suficiente para que la Comunidad regulase un fenómeno de naturaleza cultural, el cual escapa —según estos autores— al ámbito de actuación comunitaria, cual es únicamente económico. Pese a la palmaria y reiterada toma de posición del TJCE [la actividad de radiotelevisión televisiva es una prestación de servicios en el sentido del artículo 59 y ss. TCE (9) y las acciones con repercusiones en materia cultural no está(ba)n *per se* excluidas del Tratado (10)] y a la contundente réplica jurídica ofrecida por parte de la doctrina comunitarista (11), los *Länder* alemanes convirtieron la directiva «televisión sin fronteras», aprobada por el

1988, pp. 289-294 (290); HAILBRONNER, K.: «Die deutschen Bundesländer in der EG», *Juristenzeitung* 1990, pp. 149-158 (150); SCHRÖDER, M.: «Bundesstaatliche Erosionen im Prozeß der Europäischen Integration», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (Nueve Folge)* 1986 (vol. 35), pp. 137-143.

(6) Livre vert «télévision sans frontières», COM (84) 300 final; Bulletin CE 5/1984, p. 3.

(7) DOCE C 179 de 17.7.1986, pp. 4-10; COM (86) 146 final; PE Doc. C2-33/86 y *Boletín CE* (suplemento) 5/86.

(8) Su posición oficial se plasma en las Resoluciones sobre el libro verde (*Bundesrat-Drucksache* 360/84 de 1.3.1985) y sobre la propuesta de directiva (*Bundesrat-Drucksache* 259/86 de 20.2.1987), así como, en menor medida, en la Resolución a propósito de la Comunicación de la Comisión en materia educativa (*Bundesrat-Drucksache* 281/88 de 14.10.1988).

(9) TJCE sentencia de 30.4.1974, as. 155/73 *Sacchi*, Rec. 1974, p. 409 y ss, especialmente p. 432, tenor primero de la sentencia. Posteriormente se ha confirmado esta postura en una jurisprudencia constante.

(10) Vid. v. gr. TJCE sentencia de 3.7.1974, as. 9/74 *Donato Casagrande*, Rec. 1974, p. 773 y ss., especialmente p. 779, fto. 6; sentencia de 30.5.1989, as. 242/87 *Comisión/Consejo*, Rec. 1989, p. 1425 y ss., en particular p. 1457, fto. 31.

(11) Un amplio resumen de las tesis negadoras y defensoras de la competencia comunitaria en la materia se encuentra en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *La Directiva de televisión: fundamento jurídico, análisis y transposición al Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea*, Ed. Colex, Madrid 1995, pp. 54-65.

Consejo tras un eterno *iter legis* el 3 de octubre de 1989 (12), en estandarte de la «agresión comunitaria contra la estructura federal alemana».

La reacción es, a nuestro juicio, tanto más desproporcionada si se tiene en cuenta que la redacción final no es sino una versión devaluada de la proposición inicial que plasma un difícil compromiso político por el que únicamente se incluye un contenido minimalista (no se aplica a la radio, desaparece toda referencia a los derechos de autor, se suavizan la formulación de determinadas disposiciones). Coordina únicamente las disposiciones imprescindibles para garantizar una plena y efectiva libertad de circulación de los programas de televisión. Regula, en concreto, una serie de principios generales de base (principio del Estado emisor, libertad de retransmisión, etc.), así como normas sobre cuotas reservadas a programas de origen europeo, publicidad, patrocinio, protección de menores y derecho de réplica (13).

II. INTERPOSICION Y TRAMITACION DEL RECURSO

1. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

Ya antes de la aprobación definitiva de la directiva por el Consejo, el Gobierno de Baviera —al que se sumarán posteriormente otros ocho *Länder*— presentó el 6 de abril de 1989 ante el Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante TCF) una demanda en la que instaba a éste a adoptar medidas cautelares (*einstweilige Anordnung*) contra la decisión adoptada el 8 de marzo de 1989 por el Consejo de Ministros federal, tendentes a impedir, conforme a lo previsto en el § 32 de la ley reguladora de la jurisdicción constitucional alemana, que el Gobierno federal votase favorablemente a la directiva en el Consejo de la CE. Tal decisión suponía, a juicio del demandante, una violación de los derechos derivados del artículo 30 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante LFB) (14). El

(12) Directiva del Consejo para la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las actividades de radiodifusión televisiva, DOCE L 298 de 17.10.1989, pp. 23-30.

(13) Para un análisis más completo de su contenido, vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *op. cit.* (*La Directiva de televisión...*), pp. 205-344; *ibidem*: *Die Fernsehrichtlinie*, Ed. Peter Lang, Frankfurt a.M., Berna-Nueva York-París, 1995, pp. 89-162.

(14) Este precepto establece que «el ejercicio de los poderes públicos y el cumplimiento de las funciones públicas competen a los *Länder* en tanto que la presente

TCF, en el marco del procedimiento urgente inherente a la naturaleza de la petición —el Consejo de la CE se reunía el 13 de abril—, tras un largo y, según la prensa, encendido debate de más de seis horas, denegó las medidas solicitadas por considerarlas injustificadas (15).

Sin embargo —la primera sorpresa estaba servida— aceptó a trámite el fondo del asunto, con lo que nace el procedimiento principal cuya sentencia final nos ocupa ahora. Pero es más, la argumentación del TCF contenía elementos, innecesarios en una resolución de ese tipo, que permitían leer entre líneas —y es la segunda sorpresa— una postura especialmente complaciente y comprensiva con la parte demandante (16). Una confirmación de esta interpretación se encuentra en la propia sentencia de 1995 en la que expresamente dice que en aquel momento no se accedió a la petición originaria de impedir un voto favorable del Gobierno federal en el seno del Consejo «tras una ponderación de las consecuencias» que hubiera tenido una resolución del TCF en ese sentido. Expresa-

Ley Fundamental no dicte o admita una disposición en contrario». Para profundizar sobre la argumentación de la parte demandante vid. *Bundesrat-Drucksache* 462/89 de 8.9.1989, la cual contiene una Recomendación de la Comisión encargada sobre el procedimiento ante el TCF, y sobre todo *Bundesrat-Drucksache* 462/89 de 22.9.1989, con la Resolución del *Bundesrat* sobre el procedimiento ante el TCF, especialmente pp. 2-3 (hechos), pp. 3-5 (causas favorables a una admisión de la demanda) y pp. 5-19 (argumentación de fondo)

(15) BVerfGE 80, 74. Sobre los pormenores de esta primera resolución y sus consecuencias vid. HESS, W.: «Die EG-Rundfunkrichtlinie vor dem Bundesverfassungsgericht», *Archiv für Presserecht* 1990, pp. 95-100; MEMMINGER, G.: «Die Bedeutung des Verfassungskonflikts zur EG-Rundfunkrichtlinie», *Die Öffentliche Verwaltung* 1989, pp. 846-850.

(16) Particularmente preocupantes resultaban los pasajes en los que el TCF se plantea seriamente la hipótesis de que en el procedimiento principal se constataste que el Gobierno federal hubiese violado realmente los derechos de los Länder derivados del artículo 30 LFB a través del respaldo a la directiva (BVerfGE 80, 74, 80) y se muestra decidido desarrollar una jurisprudencia que garantice el mantenimiento del reparto de competencias interno frente a la Comunidad (BVerfGE 80, 74, 81). La doctrina coincidió unánimemente en apreciar la clara intención del TCF de examinar normas comunitarias bajo el prisma de la LFB y de desarrollar su doctrina *Sollange*, vid. HESS, W.: *loc.cit.*, p. 97; MEMMINGER, G.: *loc. cit.*, p. 847; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *Die Bedeutung des Gemeinschaftsrechts für das Fernsehen*, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Saarbrücken 1991, especialmente pp. 167-168. Algunos autores veían incluso una clara intención de acceder a la petición del demandante y declarar la directiva no aplicable en la RFA, vid. HERDEGEN, M.: *loc. cit.*, p. 311.

do de otro modo, porque decidir lo contrario hubiera significado «ir demasiado lejos».

La cuestión principal contenía, empero, un *petitum* explosivo. En primer lugar, se insta al TCF que constate que el Gobierno federal a través de su decisión de 8 de marzo de 1989 de apoyar la aprobación de la directiva en el Consejo de la CE (demanda 1) y de su efectivo voto favorable en el Consejo de 3 de octubre de 1989 (demanda 2), ha violado los derechos que el artículo 30 LFB atribuye a los *Länder*. En segundo lugar, y éste era el más radical *petitum* de fondo, solicitaba al TCF que declarase la directiva ya aprobada Derecho no aplicable en el territorio de la República Federal de Alemania por violar el artículo 30 en relación a los límites que la estructura federal de la LFB del artículo 24.1 LFB, con lo cual los *Länder* no se verían obligados a transponer la directiva y la podrían considerar derecho inaplicable (demanda 3a). En su defecto, se insta al TCF a que obligue al Gobierno federal a *reconocer* que la directiva no es aplicable en la RFA (demanda 3b). Por último, el escrito de la parte demandante propone que de forma complementaria, el TCF constate que el fundamento jurídico constitucional que permite la atribución de competencias a la CE, el artículo 24.1 LFB —el actual artículo 23 no estaba aún en vigor— tiene límites, según los cuales un contenido como el recogido por la directiva no puede quedar cubierto por el citado precepto. En definitiva, el tema de fondo es una vez más la espinosa cuestión de los límites del fundamento constitucional que sirve de base para permitir el proceso de atribución de competencias a la CE.

2. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO: UN DESARROLLO DE LA SENTENCIA SOBRE EL TRATADO DE MAASTRICHT

La tramitación de este procedimiento, el cual ha durado casi seis años, fue observado con la máxima atención, tanto dentro de Alemania como desde la propia CE. La tensa espera se tornó en preocupante cuando el 12 de octubre de 1993 el TCF en su ya conocida sentencia sobre el TUE —y es ya la tercera sorpresa— pronunció un párrafo que parecía hacer referencia al recurso que nos ocupa. «Si instituciones u órganos europeos dieran en gestionar o desarrollar el Tratado de la Unión de manera que no quedase cubierto por el Tratado en que se funda la Ley de Ratificación, *no serían vinculantes en la jurisdicción alemana* los actos jurídicos

que de él se desprendiesen. Los órganos del Estado alemán tendrían impedimento de índole jurídico-constitucional para aplicar tales actos jurídicos en Alemania». Continuaba diciendo, y por lo que a nuestro caso respecta era lo más sobresaliente, que «*el Tribunal Constitucional alemán está examinando si los actos jurídicos de instituciones y órganos europeos respetan las fronteras de los derechos de soberanía a ellos otorgados o si, por el contrario, rompen ese marco*» (17). Esta afirmación «parecía un aviso a navegantes», máxime cuando era la misma sala (el segundo senado del Tribunal) el que también estaba conociendo del procedimiento en cuestión. No es por ello de extrañar que el caso que nos ocupa fuera visto por parte de la doctrina como la primera posibilidad de aplicación real de lo anunciado en la sentencia sobre Maastricht (18).

3. RESOLUCIÓN

Las demandas 1 y 2 fueron admitidas para su estudio de fondo. De ellas, el TCF consideró justificada solamente la demanda 2 y declaró que el Gobierno federal, al respaldar en el Consejo la directiva, violó los derechos de los *Länder* demandantes derivados del artículo 70-1 (19) en relación con el artículo 24-1 LFB, así como el principio de lealtad federal. No obstante, la violación la limita el TCF únicamente a las cuotas previstas en los artículos 4 y 5 de la directiva. La demanda 1, tras su pormenorizado estudio de fondo, fue rechazada por injustificada. Las demandas 3a y 3b, por el contrario, fueron rechazadas de plano por inadmisibles.

(17) El texto de la sentencia se recoge en *RIE* 1993, pp. 975-1030, especialmente p. 1007 (C-1 *in fine*). Subrayados añadidos. Un interesante comentario en castellano se puede leer en STEIN, T.: «La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht», *RIE* 1994, pp. 745-769; vid. también BACIGALUPO, M.: «La constitucionalidad de la Unión Europea en Alemania (la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de octubre de 1993)», *GJ de la CE y de la Competencia* 1994, D-21, pp. 7-45.

(18) Vid. por todos DÖRR, D.: «Die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und ihre Auswirkungen auf die Medienpolitik», *ZUM* 1995, pp. 14-20 (19).

(19) Este precepto contiene la cláusula competencial residual en favor de los *Länder*, según la cual, éstos «tienen la facultad legislativa en cuanto la presente Ley Fundamental no la confiera a la Federación».

III. LA CUESTION DE LA COMPETENCIA DEL TCF

1. EXAMEN DE LA CUESTIÓN BAJO LOS PARÁMETROS DE LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN

El tercer inciso del artículo 93-1.º LFB, puesto en relación con los §§ 64-1.º y 69 de la Ley reguladora de la jurisdicción constitucional federal atribuye al TCF la competencia para interpretar la Constitución «en las diferencias de opinión sobre los derechos y deberes de la Federación y los *Länder*», en definitiva, en los conflictos de competencia entre ambos entes (*Bund-Länder-Streit*). En el caso que nos ocupa, se alega por el demandante que, a través de una acción de la Federación (decisión del Gobierno federal de apoyar la directiva y posterior voto favorable en el Consejo), se han violado los derechos de los *Länder* derivados del artículo 30 en relación al 70-1.º LFB. El Gobierno federal consideraba, por su parte, que el TCF debería rechazar de plano su competencia para examinar el recurso, si bien su argumentación no era ni convincente ni sólida ya que se fundaba más en aspectos formales (superación del plazo de seis meses para la interposición del recurso, improcedencia de la modalidad de recurso escogido, etc.) que materiales. Especialmente criticable es la falta de contundencia frente a las demandas de inaplicación de la directiva en Alemania. Prácticamente se limita a establecer su carácter contradictorio y que «resulta inoportuna y susceptible de dañar intereses legítimos del Gobierno federal». A este respecto, al menos desde la perspectiva comunitarista a la que debería haberse aferrado el Gobierno federal con mayor ímpetu, resulta incuestionable que el TCF carece de competencia para declarar una norma comunitaria inaplicable, tanto más cuanto que la demandante se refiere a una falta de competencia comunitaria para elaborar la directiva. Si tiene dudas razonables sobre la validez de la directiva, el TCF puede —resulta estéril decir que, en virtud del artículo 177 TCE, está obligado a ello— plantear la correspondiente cuestión prejudicial, de manera que el TJCE, dotado del monopolio derivado de los artículos 164 y 177 TCE, examine si la Comunidad efectivamente se ha extralimitado en sus competencias. Sería, por cierto, la mejor forma de demostrar que que el TCF confía en la relación de *cooperación con el TJCE* de la que hablaba en la sentencia sobre el Tratado de Maastricht.

El TCF no tenía precedentes comparables para resolver la cuestión ya que el desistimiento a entrar a examinar el Derecho Comunitario Euro-

peo, recogido en la sentencia *Solange II*, se refería a los derechos fundamentales y, aun eso, se condicionaba a que la Comunidad continuara manteniendo su nivel de protección (20), al que —dicho sea de paso— se llegó como conquista del TJCE tras haberse declarado el TCF en *Solange I* competente para examinar cuestiones de constitucionalidad presentadas por un juez nacional que consideraba un precepto comunitario incompatible con los derechos fundamentales previstos en la LFB (21). En el asunto que nos ocupa, por el contrario, afecta por primera vez a la propia organización interna del Estado y concretamente al principio federal (22). Por otra parte, a diferencia de los derechos fundamentales, cuya protección por la Comunidad era ya un hecho incontestable incluso antes de la inclusión del artículo F-2 TUE, se consideraba por la doctrina que la CE y su orde-

(20) BVerfGE 73, 339. Un comentario en castellano se encuentra en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. / WÖLKER, U.: «Derecho Comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad», *RIE* 1987, pp. 667-681; BAÑO LEÓN, J. M.: «Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del juez nacional», *REDA* 1987, pp. 277-285. Un trabajo más actualizado sobre esta cuestión es el de BACIGALUPO, M.: «¿Vinculan los derechos fundamentales nacionales a los Gobiernos de los respectivos Estados miembros en su participación en la fase ascendente de la normación comunitaria? El caso alemán», *GJ de la CE y de la competencia* 1993, Bol. 88, pp. 5-12 (6-8).

(21) BVerfGE 37, 271 (285). El voto particular de los tres jueces críticos resultó especialmente duro en el aspecto relativo a la competencia del TCF, BVerfGE 37, 271 (291-305). Entre ambas sentencias se produjeron otros pronunciamientos que ancipaban el cambio de rumbo frente a *Solange I*, especialmente en los casos conocidos como *Vielleicht-Beschluß* (BVerfGE 52, 187, 200) y *Eurocontrol I* (BVerfGE 58, 1, 41). En la doctrina en castellano, cfr. STEIN, T.: «La jurisprudencia de los tribunales alemanes en relación con el Derecho Comunitario europeo», *RIE* 1982, pp. 785-811, especialmente p. 767 respecto a *Solange I* y pp. 801-802 acerca de los dos últimos casos citados; BAÑO LEÓN, J.M.: *loc. cit.*, pp. 279-280; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. / WÖLKER, U.: *loc. cit.*, p. 672.

(22) Que sepamos existen tan sólo dos referencias colaterales en las sentencias *Eurocontrol* y en el *Richtlinien-Beschluß*. En la primera se hace una vaga referencia a los límites de la atribución de competencia en el sentido «una modificación radical del programa de integración previsto en los Tratado no estaría cubierta por la ley de ratificación originaria» (BVerfGE 58, 1, 36). En la segunda se consideró compatible con el artículo 24 LFB la competencia del TJCE para realizar un desarrollo normativo (*Rechtsfortbildung*) de las normas competenciales comunitarias, bien entendido que se mueva dentro de los límites de los derechos soberanos transmitidos a la CE (BVerfGE 75, 223, 242). Nada se dice sobre quién decide respecto a la eventual superación de esos límites, pero de ambas sentencias se deducía que el TCF se reservaba la posibilidad de examinarlo.

namiento no se preocupaba en absoluto por la estructura interna federal de alguno de sus Estados miembros (23). Así deducía la parte demandante que no hay para el Estado federal alemán ninguna protección jurídica por parte de la Comunidad que pueda compararse con la existente respecto a los derechos fundamentales (24). Todo ello hacía que a la postre la doctrina defendiese tal competencia del TCF (25).

El TCF, como ya se intuía desde su pronunciamiento de 1989, en base a su jurisprudencia general y obviando totalmente lo afirmado en *Solange II*, considera que basta que de la argumentación de la parte demandante se deduzca como *posible* una violación o una puesta en peligro de un derecho de la Federación o del *Land* derivado de la relación jurídico-constitucional entre ambos para que el TCF acepte como procedente el examen del asunto. Sobre esta base, declara admisibles las demandas referidas a la decisión y voto favorable del Gobierno federal en el Consejo (demándas 1 y 2). Como compensación, establece que no procede entrar a analizar la petición de declaración de inaplicabilidad de la directiva (demandas 3a y 3b). Pese a que el resultado sobre las demandas 3a y 3b es loable, la argumentación resulta como poco sorprendente. Según el TCF, no existe ningún acto del Gobierno federal que obligue a los *Länder* a transponer la directiva por lo que no resulta imaginable cómo el Gobierno federal podría haber violado o puesto en peligro derechos de los *Länder* (26).

Dos son, por tanto, las cuestiones de fondo en las que entrará el TCF, la decisión del Gobierno federal de respaldar la directiva y el voto favorable en el Consejo.

2. EXAMEN BAJO LOS PARÁMETROS DEL TRATADO

El escrito de demanda hacía referencia explícita a que «según los Tratados comunitarios, no se ha atribuido a la Comunidad ninguna compe-

(23) SCHOLZ, R.: «Wie lange bis Solange III?», *Neue Juristische Wochenschrift* 1990, pp. 941-946 (944).

(24) *Bundesrat-Drucksache* 279/89 de 16.2.1990, la cual contiene una Resolución del Bundesrat a propósito de la Carta del Parlamento Europeo sobre una carta común de la regionalización.

(25) Cfr. a título de ejemplo HESS, W.: *loc. cit.*, p. 97; MEMMINGER, G.: *loc. cit.*, p. 848

(26) Sentencia, D. I. 5a, 5b y 5c.

tencia expresa en el ámbito de la radiodifusión ni, en general, de la cultura» —el TCE no contenía todavía su actual artículo 128—, por lo que ésta carece de competencia suficiente para dictar la directiva (27).

Si bien es cierto que el TCF rechaza por inadmisibles las pretensiones de la demanda tendente a solicitar la inaplicación de la directiva, no lo es menos que existen elementos llamativos. En primer lugar, se omite en la sentencia toda referencia explícita, al estilo de las que él mismo había pronunciado anteriormente, en el sentido de reconocer que el TCE atribuye al Tribunal de Justicia «la competencia *exclusiva* para la interpretación del Tratado, así como para declarar la validez e interpretación de las normas de Derecho derivado» (28). Por otra parte, quienes lean con atención la sentencia observarán que buena parte de sus 57 páginas mecanografiadas se refieren a cuestiones manifiestamente comunitarias como el *iter legis* de la directiva, su contenido y el de las declaraciones interpretativas sobre las cuotas previstas en los artículos 4 y 5 de la directiva. Incluso en los fundamentos jurídicos propiamente dichos se trata el alcance de la libertad de prestación de servicios en relación con el principio de atribución expresa de competencia, el cual ya en la sentencia sobre el Tratado de Maastricht se elevaba a la máxima categoría como criterio para acoplar las competencias comunitarias a las leyes nacionales de ratificación y poder, así, controlar eventuales extralimitaciones de la Comunidad más allá de la atribución de competencias permitida por el correspondiente precepto constitucional (29). A mayor abundamiento, resultan incluso sintomáticas las citas doctrinales que escoge (30).

En definitiva, el TCF *trata* con profusión el Derecho Comunitario Europeo originario (artículos 57 en relación al 66 TCE), derivado (artículos 4

(27) Cfr. *Bundesrat-Drucksache* 462/89, *cit.*, pp. 7-10.

(28) BVerfGE 52, 187, (200 *in fine*); 75, 223 (234); 73, 339 (370). No tan diáfano en BVerfGE 45, 142 (162). Subrayado añadido.

(29) BVerfGE 89, 155 (187). Sobre los problemas y limitaciones de esa intención ya se había pronunciado antes EVERLING, U.: «Zur föderalen Struktur der Europäischen Gemeinschaft», en AAVV, *Festschrift für Karl Doering*, Ed. Springer, Heidelberg-Berlín 1989, pp. 179-198 (186).

(30) Al tratar el tema de las competencias de la Comunidad y de los límites impuestos por el principio de atribución expresa de competencia se remite únicamente a las obras de OPPERMANN (*Europarecht*, 1991, §6, apdo. 433) y STREINZ (*Europarecht*, 2.ª edición, apdos. 436 y 437), ninguna de las cuales es precisamente conocida por su visión especialmente procomunitarista. Y, por supuesto, omite cualquier referencia a las modulaciones que sufre este principio.

y 5 de la directiva) e incluso instrumentos interpretativos (las Declaraciones), pero no lo *examina*.

IV. LA CUESTION DE FONDO

1. LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LOS *LÄNDER* EN MATERIA DE TELEVISIÓN

En el modelo constitucional alemán los *Länder* gozan de competencia en tanto la LFB no prevea lo contrario (art. 30 LFB) en su catálogo de competencias exclusivas (art. 73 LFB) o, en su caso, compartidas (art. 74 LFB). Como quiera que en materia audiovisual la LFB prevé en favor de la Federación una competencia exclusiva en relación a las emisoras de radio con programas destinados al exterior (art. 73-1.º LFB), y para la regulación de las instalaciones de telecomunicaciones (art. 73-7.º LFB), así como una competencia compartida en aspectos muy residuales del Derecho económico y de la competencia en el sector (art. 74-11.º y 16.º LFB), el TCF ha establecido reiteradamente que el núcleo central de la radiodifusión (radio y televisión), debido a su función social y *cultural*, es competencia exclusiva de los *Länder* (31). Sobre este fundamento, el TCF había considerado claramente que cualquier intromisión en el núcleo de esa competencia sería considerado inconstitucional, lo cual sirve a la parte demandante para afirmar que el Derecho Comunitario Europeo, a través de la citada directiva, representa una intromisión improcedente en el ámbito de los *Länder* que elimina total y estructuralmente la delimitación competencial diseñada por la LFB, especialmente porque obliga a los *Länder* a perder competencias de manera indeterminada e imprevisible (32).

El Gobierno federal acepta, como no podría ser de otro modo, la competencia exclusiva de los *Länder* respecto al núcleo central de la regulación sobre radio y televisión. Pero considera que lo regulado por la directiva no afecta a ese núcleo, sino que, bien por su naturaleza económica, asimilable en determinados casos a la existente respecto a las normas sobre competencia, o bien por su carácter exterior son competencia de la Federación, ora exclusiva (materia exterior del artículo 32-1.º LFB), ora compartida (Derecho económico del artículo 74-11.º LFB). A nuestro juicio, el Gobierno federal «entra al tra-

(31) BVerfGE 12, 205 (228); 57, 295 (319); 73, 118 (158).

(32) Cfr. *Bundesrat-Drucksache* 462/89, *cit.*, p. 17.

po» de una cuestión planteada por los *Länder*, que, en principio, nada tiene que ver con el verdadero problema de fondo y se enzarza en una batalla que tenía perdida de antemano.

Como era previsible, el TCF confirmó de forma lapidaria y sin fisuras la competencia exclusiva de los *Länder* en la materia, la cual se ve *afectada* por la directiva. El Tribunal aprovecha, empero, la ocasión para abordar de lleno la eterna discusión doctrinal sobre si la televisión es un elemento económico o cultural (*Kultur- oder Wirtschaftsfaktor?*) para aclarar que, como mínimo, «también es un fenómeno cultural» («*auch ein kulturelles Phänomen*») (33).

2. LOS LÍMITES FEDERALES DE LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LA CE

El artículo 24-1.º LFB establece que «la Federación podrá transferir derechos de soberanía, mediante ley, a instituciones internacionales». Hasta la revisión constitucional de 1992 —posterior a la entrada en vigor de la directiva— que introdujo un nuevo «artículo para Europa» (art. 23 LFB) (34), era el único fundamento previsto en la Constitución en relación a la transmisión de competencias a la CE. Una parte relevante de la doctrina alemana, consideraba que la Federación no estaba legitimada para transmitir a la CE com-

(33) Sentencia C. II. 1.

(34) El nuevo artículo 23 LFB establece, en cierto sentido, los límites bajo los que se pueden transmitir derechos soberanos a través del artículo 24 LFB y, como afirma BACIGALUPO, «amplía y constitucionaliza los mecanismos de participación del *Bundestag* y los *Länder*, representados [estos últimos] en el *Bundesrat*, en el proceso de formación de la voluntad política de la Federación en asuntos de la Unión Europea, así como en la representación exterior de la RFA ante la Unión que hasta ahora o bien sólo tenía rango legal (como era el caso de los mecanismos de participación de los *Länder*, regulados en el artículo 2 de la Ley de Aplicación del AUE, de 19 de diciembre de 1986) o bien incluso de carácter meramente informal», BACIGALUPO, M.: *loc. cit.* («*La constitucionalidad...*»), p. 11; vid. también AA. VV.: *La participación de los Länder en los asuntos de la Unión Europea a través del Bundesrat*, Consejería de Presidencia de la Comunidad Autónoma de Madrid, Madrid 1995; BARCELÓ I SERRAMALERA, M.: «Europa y los Länder alemanes (Especial referencia a la reforma constitucional de 21 de diciembre de 1992)», *Noticias de la UE*, núm. 121, febrero 1995, pp. 13-23 (20-21). Para profundizar en el contenido del precepto puede consultarse de entre la numerosa bibliografía existente en alemán el interesante trabajo de EVERLING, U.: «Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes», *Deutsches Verwaltungsblatt* 1993, pp. 936-947.

petencias exclusivas de los *Länder*. La argumentación era bien sencilla y podría resumirse en «*nemo potest plus iuris transfere, quam ipse habet*» (35). Algún autor llega a considerar incluso que «una Organización Internacional como la CE puede construirse perfectamente sin competencias de los *Länder*, únicamente con competencias de la Federación» (36). No obstante, es indiscutible que el sector mayoritario y más prestigioso de la doctrina acepta que la transmisión de competencias *también* afecta a las de los *Länder*, de manera que el artículo 24 LFB atribuye a la Federación la posibilidad de transmitir tanto competencias propias como de los *Länder* (37).

Ahora bien, también reinaba acuerdo doctrinal (38) y jurisprudencial (39) en considerar que esa atribución de competencias no es ilimitada. El verdadero problema resulta situar los mojones que fijasen los límites. El TCF había considerado que los hitos los marcaba la imposibilidad de modificar mediante el artículo 24 *la identidad de la Constitución*, la estructura constitucional de la RFA (40). Y a esa identidad pertenece, sin lugar a dudas, la estructura federal (art. 20-1.º LFB), la cual en virtud de la controvertida cláusula de eternidad recogida en el artículo 79-3.º LFB

(35) En sentido se pronuncia por ejemplo SCHÜTZ, H. J.: «Bund, Länder und Europäische Gemeinschaft», *Der Staat* 1989, pp. 201-224, especialmente pp. 204, 207-208 y 220. Dentro de la literatura más antigua vid. BECK, R.: «Auslandsbeziehungen der Länder», *Die Öffentliche Verwaltung* 1966, pp. 20-25 (22); BERNHARD, R.: *Der Abschluß völkerrechtlicher Verträge im Bundesstaat*, Colonia-Berlín 1957, pp. 185 y ss.

(36) SCHÜTZ, H. J.: *loc. cit.*, p. 207.

(37) Cfr. IPSEN, H. P.: *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Ed. Mohr, Tübingen 1972, p. 55; STERN, K.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Ed. Beck, vol. I, 2.ª edición, Munich 1984, pp. 534-535; TOMUSCHAT, B. J.: «Art. 24», en AA. VV., *Grundgesetz, Bonner-Kommentar*, apdo. 48.

(38) TOMUSCHAT, B. J.: *loc. cit.*, apdo. 49-50; MAUNZ, T. / DURIG, G. et al. (coord.): *Grundgesetz-Kommentar*, Ed. Beck, Munich 1982, Art. 24, apdo. 18.

(39) BVerfGE 37, 271 (279); 73, 339 (375 *in fine*).

(40) BVerfGE 73, 339 (375-376). En parecido sentido se había pronunciado también el Tribunal Constitucional italiano respecto del artículo 11 de la Constitución italiana, cfr. LA PERGOLA, A. / DUCA, P. del: «Community Law, International Law and the Italian Constitution», *AJIL* 1985, pp. 589 y ss. (610-612). Nuestro TC, de forma más criticable, estableció en su declaración de 1 de julio de 1992 (asunto 1236/92) que el artículo 93 permite «ceder o atribuir el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, no disponer de la Constitución misma, contrariando, o permitiendo contrariar, sus determinaciones» (FJ 5), de manera que parece situar como límite *todas* las determinaciones de la Constitución (publicada en *RIE* 1992, pp. 633-655, especialmente p. 652).

es inmodificable (41). Por lo tanto, lo que resulta inmodificable hasta para una reforma formal de la Constitución (poder constituyente), también lo será para el instrumento previsto en el artículo 24 (poder constituido) (42). El artículo 79-3.º LFB es, pues, un «ancla del federalismo» que contrarresta el mecanismo de integración del artículo 24 (43), «el límite infranqueable» (44), el «mínimo existencial» (45), «la filosofía esencial» (46) de la estatalidad federal, en definitiva la «frontera mágica» (47).

Nada mejor, pues, para limitar la atribución de competencias a la Comunidad que buscar una violación del artículo 79-3.º LFB. Y resulta que la parte demandante considera que la directiva «televisión sin fronteras» levanta ese ancla, sobrepasa la frontera infranqueable y rompe con la filosofía federal alemana. El Gobierno federal, en esta ocasión con acierto, acepta que la identidad de la Constitución es el límite a la atribución de competencias a la CE. Pero, a la vista de la regulación minimalista y marginal que contiene la directiva, no cree que «se esté poniendo en grave peligro la estatalidad federal de Alemania».

(41) Este precepto prevé lo siguiente: «Es inadmisibles toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en *Länder* o al principio de cooperación de los *Länder* en la legislación o a los principios consignados en los artículos 1 [protección de la dignidad humana] y 20 [principios constitucionales de Estado Federal, Social y Democrático de Derecho, así como el derecho a la resistencia]». Cfr. BVerfGE 37, 9 (19).

(42) Cfr. en este sentido STREINZ, R.: *Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Ed. Nomos, Baden-Baden 1989, p. 221.

(43) MERTEN, D.: «Die Beteiligung der Bundesländer an der Satzung europäischen Gemeinschaftsrechts», en KLEPTER, M. (ed.), *Die Bedeutung der Europäischen Gemeinschaften für das deutsche Recht und die deutsche Gerichtsbarkeit*, Berlín 1989, pp. 31-49 (38).

(44) KEWENIG, W. A.: «Die europäischen Gemeinschaften und die bundesstaatliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland», *Juristenzeitung* 1990, pp. 458-466 (461).

(45) MERTEN, D.: *loc. cit.*, p. 42.

(46) TOMUSCHAT, B. J.: *loc. cit.*, apdo. 51.

(47) JOOS, G. / SCHEURLE, K. D.: «Die bundesstaatliche Ordnung im Integrationsprozeß- unter besonderer Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung und der Rechtsschutzmöglichkeiten der Länder», *Europarecht* 1989, pp. 226-236 (234). Algunos autores son más generosos y lo consideran, más bien, uno de los límites, ya que a la hora de colocar los mojones señalan que, por ejemplo, también las principales decisiones jurisprudenciales del TCF forman parte de ese mínimo infranqueable, vid. DÖRR, D.: *loc. cit.* (*Die Europäischen Gemeinschaften...*), p. 292.

El TCF, por su parte, no desaprovecha la ocasión para reafirmar el límite impuesto por el artículo 79-3.º LFB y reclamar la obligación que tiene la CE de respetar los principios constitucionales esenciales e irrenunciables de los Estados miembros (48). A juicio del TCF, esta obligación deriva del principio de lealtad comunitaria (*Gemeinschaftstreue*). Como ya hiciera en la sentencia sobre el TUE, del artículo 5 TCE deriva una obligación no unidireccional que vincula a la Comunidad en el sentido apuntado. Pero no contento con ello, el TCF parece ir más allá y, en el mismo sentido apuntado dos años antes (49), del principio de lealtad comunitaria parece deducir la necesidad de que la Comunidad adopte actos por unanimidad, aunque el Tratado prevea la mayoría cualificada, cuando el acto en cuestión supere los límites marcados por el artículo 79-3.º LFB. Obvia señalar que, a la vista de la jurisprudencia del TCE, esa interpretación es como mínimo discutible.

3. EL PRINCIPIO DE LEALTAD FEDERAL

La sentencia presta una muy especial atención al principio de lealtad federal para condenar al Gobierno federal por su acción de votar favorablemente en el Consejo. En virtud de este principio, el cual podría definirse como la «exigencia de un comportamiento leal en las relaciones entre los diferentes territoriales que integran la Federación» (50), el Gobierno federal está *obligado* a defender ante las Instituciones comunitarias los intereses de los *Länder*. Tanto ante los gremios decisorios como ante el TJCE (51). El Gobierno federal actúa como gestor de los intereses de los *Länder* (*Sachverwalter der Länderrechte*) (52), por lo que en todo mo-

(48) Sentencia, C. I. 4d.

(49) BVerfGE 89, 155 (174 y 184).

(50) BVerfGE 1, 299 (315); 3, 52 (57); 6, 309 (361); 81, 310 (337); también en C. I. 1 de la presente sentencia.

(51) Sentencia, C. I. 1 y C. I. 4d. bb. *in fine*. El TCF es consciente de que el artículo 173 TCE y la interpretación que el TJCE ha hecho de él concede una insuficiente legitimación activa para que los *Länder* pueden interponer un recurso de anulación contra una norma comunitaria si consideran que la CE carece de competencia suficiente para elaborarla. Con ser cierto, no conviene olvidar que el TJCE ha reconocido la legitimidad activa a los entes locales o regionales siempre que se cumplan los requisitos exigidos a las personas físicas o jurídicas.

(52) Sentencia, C. I. 4. *supra*. Sobre este concepto vid. *in extenso* la obra de PECHSTEIN, M.: *Die Mitgliedstaaten als 'Sachverwalter' der gemeinsamen Interessen*,

mento ha de actuar como tal ante la Comunidad. La forma de hacerlo la marca actualmente el nuevo artículo 23 LFB. En el presente caso, el TCF cree que no lo hizo cuando en el Consejo de 3 de octubre de 1989 votó favorablemente a la directiva y en tal sentido considera fundada la demanda 2, si bien circunscrita, no a toda la directiva, sino únicamente a uno de sus aspectos, las cuotas.

4. EL PROBLEMA DE LAS CUOTAS DE PROGRAMACIÓN

Gran parte de la doctrina niega la competencia comunitaria para introducir en la directiva disposiciones que obliguen a los organismos de televisión nacional a reservar un porcentaje del tiempo de emisión a programas de origen europeo (art. 4) o de producción independiente (art. 5) (53). Según esa doctrina, no encajaría en la atribución de competencias que suministra el artículo 57 en relación al 66 TCE, sobre la que se dictó la directiva.

Una postura coincidente aflora en el procedimiento. La parte demandante convirtió las cuotas, ya antes de su aprobación, en el «caballo de batalla». El Gobierno federal también se ampara en esa supuesta falta de competencia para justificar que hizo todo lo posible para su no inclusión en la directiva. Ese «todo lo posible» consistió en exigir una Declaración conjunta en el Acta del Consejo en la que se establece que las disposiciones sobre cuotas no tienen carácter vinculante (54). A este respecto, nos sorprendía ya en 1989 la facilidad con que el Gobierno federal y la práctica totalidad de la doctrina alemana (55) aceptaba sin más que una De-

Ed. Nomos, Baden-Baden 1987. especialmente pp. 145-146 (concepto) y 152-165 (problemática dogmática).

(53) Un detallado análisis del contenido de las cuotas se encuentra en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *op. cit.* (*La Directiva de televisión...*), pp. 251-271; *ibídem*: *op. cit.* (*Die Fernsehrichtlinie...*), pp. 111-128 y 163-172.

(54) El texto de la Declaración, aunque formalmente tenía carácter secreto, fue publicada en *Media-Perspektive/Dokumentation* II/1989, p. 116; *Funk-Korrespondenz* núm. 40 de 6.10.1989, p. 7.

(55) Cfr. MÖWES, B. / SCHMITT-VOCKENHAUSEN, M.: «Europäische Medienordnung im Lichte des Fernsehübereinkommens des Europarates und der EG-Fernsehrichtlinie 1989», *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1990, pp. 121-129 (123); BETZ, J.: «Die EG-Fernsehrichtlinie -Ein Schritt zum europäischen Fernsehen», *Media-Perspektiven* 1989, pp. 677-688 (680); MESTMÄCKER, E. J.: *Der Einfluß des euro-*

claración —en Derecho Comunitario por naturaleza meramente interpretativa— pudiera privar de carácter jurídico a una disposición contenida en uno de los instrumentos jurídicos del artículo 189 TCE, en este caso una directiva (56). En la vista oral del procedimiento, el representante del servicio jurídico de la Comisión, DEWOST, a pregunta del TCF se pronunció también en el sentido de privar a la Declaración del alcance que el Gobierno federal pretendía (57).

El TCF, al abordar esta cuestión, vuelve a hacer alarde de su extraordinaria destreza para sugerir conclusiones sin pronunciarlas expresamente. Efectivamente, no puede entrar a examinar si la Comunidad es, en virtud del artículo 57 en relación al 66 TCE, competente para incluir en la directiva las disposiciones sobre cuotas (aunque durante toda la sentencia sugiere entre líneas la falta de competencia) (58), pero sí puede condenar al Gobierno federal por no defender adecuadamente en el Consejo los intereses de los *Länder* cuando la Comunidad se propuso introducir esas disposiciones en la directiva y eximirlo de condena respecto al resto de disposiciones. El TCF deja traslucir a las claras que la Comunidad se ha extralimitado en sus competencias al adoptar las cuotas (59). De otro modo, no alcanzamos a comprender cómo, circunscritos al plano interno, la regulación sobre cuotas pone más gravemente en peligro «el irrenunciable ámbito competencial de los *Länder*» que por ejemplo la de la publicidad y el patrocinio (arts. 10 a 21) o los más radicales principios de no poder aplicar a los programas procedentes de Estados comunitarios la legislación propia, ni siquiera poder someterlos al control de las *Landesmedienanstalten* (art. 2). Ahí sí que se podría comprender que los *Länder* vieran

päischen gemeinschaftsrechts auf die deutsche Rundfunkordnung, Ed. Nomos, Baden-Baden 1990, p. 31; TIZZANO, A.: «La direttiva CEE sulla televisione senza frontiere», *Il Foro italiano* 1990, pp. 92-112 (101 *in fine*).

(56) MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *op. cit.* (*Die Bedeutung...*), pp. 122-129.

(57) Esta posición coincide con la mantenida por el comisario Martin BANGEMANN ante el Parlamento Europeo; vid. respuesta en nombre de la Comisión a la pregunta escrita núm. 758/89, DOCE C 97 de 17.4.1990, pp. 21-22

(58) Vid. por ejemplo C. I. 4e. Utilizando una forma condicional indirecta («*Ist das Bestehen oder die Reichweite der Gemeinschaftskompetenz streitig...*») que sugiere la falta de competencia comunitaria, deduce obligaciones directas para el Gobierno federal («*so hat die Bundesregierung... die gegenläufige Rechtsauffassung... in und gegenüber der Gemeinschaft ernstlich zu erwägen*»).

(59) En este mismo sentido se pronuncia HÄDE, U., en su breve anotación a la sentencia, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1995, pp. 284-285 (285).

amenazado su ámbito competencial e incluso, aunque no lo compartamos, los principios básicos y la organización televisiva pacientemente construida por el TCF al abrigo del artículo 5 LFB. La pequeña diferencia radica en que precisamente en esas materias (libertad de retransmisión de programas procedentes de otros Estados miembros, entendida como circulación transfronteriza de servicios televisivos) no cabe alegar duda ninguna contra la competencia comunitaria derivada de los artículos 59 y ss. TCE.

5. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA

La directiva preveía un plazo máximo de transposición de 2 años, el cual expiró el 3 de octubre de 1991. El 31 de agosto de 1991 los presidentes de los 16 *Länder*, haciendo uso de su competencia exclusiva en la materia y cumpliendo el deber de cooperación y racionalidad exigido por el TCF, firmaron un tratado interestatal (*Staatsvertrag*) sobre la radiodifusión en la Alemania reunificada, el cual tras ser ratificado mediante leyes de aprobación *ad hoc* de todos los *Länder* (*Zustimmungsgesetze*) (60) entró en vigor el 1 de enero de 1992 (61). Lo llamativo es que, aunque se trata del instrumento de transposición de la directiva —y así se comunicó formalmente a la Comisión— no cita a aquella en ningún momento por su nombre, mientras que sí se refiere, aunque todavía no lo había ratificado, al Convenio del Consejo de Europa sobre televisión transfronteriza. La razón de la omisión es obvia. Efectúan la transposición material de la directiva, pero siguen negándose a la transposición formal a la espera de la presente sentencia del TCF porque no aceptan la competencia comunitaria.

En la presente sentencia el TCF no se pronuncia expresamente sobre la cuestión. Sin embargo, recoge un interesante pasaje en el que implíci-

(60) Una concreta recopilación de cada una de las leyes se encuentra en BAUER, H. G. / ORY, S.: *Recht in Hörfunk und Fernsehen*, Neue Mediengesellschaft, Ulm 1992, vol II.

(61) Sobre su contenido y problemática general vid. in extenso, STOCK, M.: «Der neue Rundfunkstaatsvertrag», *Rundfunk und Fernsehen* 1992, pp. 189-221; WITT, C.: «Der Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinten Deutschland», *Media-perspektiven* 1992, pp. 24-28; KREILE, J.: ««Rundfunk im vereinten Deutschland», *ZUM* 1991, pp. 568-573. Especialmente referido al contenido de transposición de la directiva vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *op. cit.* (*La directiva de televisión...*), pp. 379-404; *ibídem*: *op. cit.* (*Die EG-Fernsehrichtlinie*), pp. 212-235.

tamente reconoce la obligación de los *Länder* a transponerla. Concretamente, tras concretar con profusión las obligaciones del Gobierno federal frente a la Comunidad para defender adecuadamente los intereses de los *Länder*, reconoce expresamente que éstos «también han de observar la vinculación de la República Federal de Alemania al Derecho [Comunitario] Europeo, el cual es interpretado de forma obligatoria por el Tribunal de Justicia de las Comunidades» (62). Dicho de otro modo, el incumplimiento por los *Länder* de una obligación comunitaria provoca responsabilidad del Estado alemán como tal, por lo que también ellos han de cumplir con las obligaciones derivadas del Tratado.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Esta sentencia refleja, en primer lugar, una tendencia. Mientras en los primeros decenios los conflictos entre el Derecho Comunitario y el nacional se centraban en la problemática de los derechos fundamentales, actualmente lo hace en relación a la delimitación de competencias. Lo puso de manifiesto la sentencia sobre Maastricht y lo confirma la presente (63). Pero a diferencia de lo ocurrido con aquella, ésta contenta a todos (64). En primer lugar, se aprecia un giro favorable a la CE: desaparece el tono amenazante; no accede a declarar inaplicable la directiva —lo contrario hubiera significado una transformación del tradicional pulso TJCE/TCF en una «declaración de guerra» en toda regla—; se reconoce la vinculación de los *Länder* a las obligaciones derivadas del Tratado; no se pronuncia

(62) Sentencia, C. I. 4b *in fine*. En este caso, no modifica el pronunciamiento ya realizado en BVerfGE 75, 223 (242-243).

(63) Así lo cree, aunque su apreciación se hiciera antes de que se dictara la sentencia, EVERLING, U.: «Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nach dem Maastricht Urteil», en AA. VV., *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, Ed. C.H. Beck, Munich 1995, pp. 57-75 (64).

(64) Si se analizan los dos principales pronunciamientos doctrinales que se han escrito hasta el presente, uno lo considera una victoria de los *Länder* (DERINGER, A.: «Pyrrhussieg der Länder -Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 22. März 1995 in der Rs. 2BvG 1/89 in dem Verfahren Fernsehrichtlinie», *ZUM* 1995, pp. 316-318, especialmente p. 316) y el otro del Gobierno federal (KRESSE, H. / HEINZE, M.: «Der Rundfunk: Das jedenfalls auch kulturelle Phänomen», *ZUM* 1995, pp. 394-397). Ciertamente que ambos reconocen que se trata de una victoria pírrica.

expresamente —aunque se encargue de dejar traslucir su verdadera opinión— sobre la competencia comunitaria para incluir las cuotas en la directiva. En segundo lugar, los *Länder* también pueden darse por satisfechos. El TCF no accede a la demanda principal, pero les da la razón en el tema de fondo: el Gobierno federal violó sus derechos al respaldar en el Consejo la aprobación de la directiva. Y, por último, el Gobierno federal tampoco tiene motivos de queja. Recibe un leve «estirón de orejas», pero tan sólo se refiere a la fase final de la elaboración de la directiva y a su inocente interpretación sobre el valor jurídico que las declaraciones tienen en el ordenamiento comunitario. Por lo que realmente interesaba al Gobierno federal, se reconoce expresamente la obligación de transposición por los *Länder*. En definitiva, se ve libre de la espada de Damocles que hubiera pendido sobre él si el TCF hubiese dictado una sentencia que hubiese hecho optar al Gobierno entre soportar un recurso de incumplimiento ante el TJCE en una cuestión trascendental para el ordenamiento comunitario, sólo evitable recurriendo al mecanismo de coerción federal (*Bundeszwang*), o dejar incumplida una sentencia del Tribunal Constitucional Federal, creando un conflicto constitucional interno de proporciones inimaginables.

Pero toda postura de compromiso tiene su precio. Para los *Länder*, la afirmación «la televisión también es cultura», esconde *prima facie* un reconocimiento explícito de su competencia primaria, pero significa también que no gozan de una competencia integral sobre la radiodifusión, de manera que el núcleo central de la *Rundfunkfreiheit* irá cediendo terreno a los aspectos *marginales* de naturaleza económica. Para empezar ya se pone en tela de juicio su pretendida competencia en materia de publicidad, patrocinio y protección de menores. La Comunidad, por su parte, tiene abierta la puerta para seguir regulando la materia sobre la que no se pone en duda su competencia, v. gr. para elaborar una directiva sobre concentración de medios, para continuar la línea abierta por el programa MEDIA o incluso reforzar los contenidos indubitablemente económicos de la directiva de televisión. Sin embargo, ensombrece el, ya de por sí, incierto futuro de las cuotas para obras europeas. Y, sin duda, complica aún más el procedimiento decisorio comunitario, puesto que ciertamente el Gobierno federal está obligado a *intentar* que el Consejo respete las peculiaridades constitucionales alemanas, pero los demás Estados miembros también querrán *intentar* defender sus propias peculiaridades, las cuales no tienen por qué coincidir con aquellas. La víctima mediata es el propio proceso de toma

de decisión por mayoría cualificada; la inmediata la reforma de la directiva de televisión ya en marcha.

Y respecto al propio Alto Tribunal alemán viene, una vez más, a la memoria el aforismo *quis custodiet ipsos custodes?*

Agosto 1995