

EL ORDEN FEDERAL ALEMÁN EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI

Un estudio jurídico-constitucional del federalismo alemán
desde una perspectiva competencial e institucional

Doctorando:

Antonio Arroyo Gil
Área de Derecho Constitucional
Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

Director de la Tesis:

Juan José Solozábal Echavarría
Catedrático de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

Versión:

Febrero de 2012

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1. FUNDAMENTOS DEL SISTEMA FEDERAL ALEMÁN (previos a las reformas constitucionales de 2006 y 2009 y parcialmente válidos aún)	11
A. Introducción	13
B. La cualidad estatal de los Estados miembros o <i>Länder</i>	16
C. El concepto de soberanía en los Estados miembros o <i>Länder</i>	19
1. Introducción	19
2. Distinción entre soberanía exterior e interior. Indivisibilidad de la soberanía	20
3. Soberanía popular y cualidad estatal de los <i>Länder</i>	22
4. Otra idea de soberanía: la deificación del poder	25
5. Teorías sobre la soberanía de los <i>Länder</i> en el Estado federal alemán	26
a) <i>Teoría trimembre: Hans Nawiasky</i>	27
b) <i>Teoría bímembre</i>	29
c) <i>Teoría unitarista</i>	31
d) <i>Otras concepciones de la soberanía en el Estado federal alemán</i>	35
e) <i>Posición del Tribunal Constitucional Federal</i>	37
6. Conclusión provisional: Prescindibilidad del concepto “soberanía” en el Estado federal alemán	38
D. El concepto de autonomía constitucional de los Estados miembros o <i>Länder</i>	42
E. Elementos característicos de los Estados federales	52
F. Esencia y transformación del modelo alemán de federalismo cooperativo	57
1. Esencia	57
2. Transformación: Hacia el modelo alemán de federalismo competitivo	63

G. La distribución de facultades legislativas en la República Federal de Alemania	75
1. Norma constitucional básica de distribución de competencias: Artículo 30 GG	75
a) <i>Introducción</i>	75
b) <i>¿Norma de reparto material de competencias, relación de regla-excepción, presunción competencial o cláusula residual a favor de los Länder?</i>	89
c) <i>Alcance del Artículo 30 GG</i>	94
d) <i>Indisponibilidad del reparto constitucional de competencias por parte de la Federación y de los Länder</i>	99
e) <i>La llamada Kompetenz-Kompetenz</i>	104
f) <i>Núcleo irreductible de competencias (“Hausgut”) de los Länder derivado de la “garantía federal” del Artículo 79.3 GG (en relación con el Artículo 30 GG)</i>	106
g) <i>Limitaciones de la Federación y de los Länder en el ejercicio de sus respectivas competencias: el principio de lealtad federal</i>	112
h) <i>Interpretación y justiciabilidad de las normas constitucionales sobre reparto de competencias</i>	125
i) <i>El confuso empleo de los términos “competencia”, “facultad” y “tarea” en la Ley Fundamental de Bonn</i>	135
2. Las facultades legislativas en la República Federal de Alemania: el Artículo 70.1 GG	140
a) <i>Preeminencia de las facultades legislativas de la Federación: tendencias centralizadoras en el federalismo alemán</i>	140
b) <i>Artículo 70.1 GG: ¿Regla fundamental de la Constitución federal?</i>	156
aa) <i>Antecedentes</i>	156
bb) <i>Relación del art. 30 GG con el art. 70.1 GG</i>	160
c) <i>Análisis de la terminología del art. 70.1 GG</i>	169
aa) <i>“Los Länder...” (“Die Länder...”)</i>	169
bb) <i>“...tienen derecho a legislar...” (“...haben das Recht der Gesetzgebung,...”)</i>	171
cc) <i>“...en la medida en que esta Ley Fundamental no confiera facultades legislativas a la Federación.” (“...soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse Verleiht.”)</i>	173

ÍNDICE

<i>d) Criterios de interpretación de las normas competenciales en el ámbito de la legislación</i>	181
3. Tipos legislativos en la República Federal de Alemania (art. 70. 2 GG)	185
<i>a) Introducción</i>	185
<i>b) La legislación exclusiva federal (ausschließliche Bundesgesetzgebung)</i>	201
<i>c) La legislación concurrente federal (konkurrierende Bundesgesetzgebung)</i>	208
<i>d) La legislación marco federal (Rahmengesetzgebung des Bundes)</i>	224
<i>e) La legislación básica federal (Grundsatzgesetzgebung des Bundes)</i>	247
4. Competencias federales implícitas	252
5. Las denominadas “dobles competencias”	257
6. La prevalencia del derecho federal sobre el derecho de <i>Land</i> (art. 31 GG)	263
H. Elementos cooperativos del federalismo alemán: el <i>Bundesrat</i> o Consejo Federal	280
CAPÍTULO 2.- LOS ANTECEDENTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2006 DEL ORDEN FEDERAL ALEMÁN	287
A. Introducción	289
B. Balance de la situación del federalismo alemán previa a la reforma	293
1. El orden de distribución de competencias en la Ley Fundamental de Bonn	293
2. El “Estado federal unitario” alemán	296
3. Aspectos institucionales del federalismo alemán: el <i>Bundesrat</i> o Consejo Federal	307
4. Pérdida de protagonismo de los Parlamentos e imbricación política	319
C. El intento de reforma constitucional del federalismo alemán: La <i>Comisión sobre el Federalismo</i>	327
D. Objeto y contenido de las propuestas de reforma	346
1. Un nuevo orden de distribución de competencias entre la Federación y los <i>Länder</i> orientado por el principio de subsidiariedad	346
2. Mejora de la idoneidad europea del federalismo alemán	358

ÍNDICE

3. Devolución de amplios campos materiales a la competencia de los <i>Länder</i>	367
4. Los “derechos de intervención de los Länder” (“ <i>Zugriffsrechte der Länder</i> ”)	381
5. Reducción de la influencia del <i>Bundesrat</i> o Consejo Federal en la legislación federal	393
6. Minoración del protagonismo de la Comisión de mediación de la Dieta Federal y el Consejo Federal (<i>Vermittlungsausschuß</i>)	399
7. Disminución del alcance o supresión de las tareas comunes y consiguiente redefinición de las relaciones financieras entre la Federación y los <i>Länder</i> en base al principio de conexidad	400
E. Relación sumaria de los principales acuerdos provisionales alcanzados por la <i>Comisión sobre el Federalismo</i>	417
F. Límites a la reforma del federalismo alemán: la división territorial de los <i>Länder</i> (<i>Länderneugliederung</i>)	424
G. Hacia un nuevo modelo de federalismo competitivo	430
H. Toma de postura	434
I. Conclusiones provisionales	447
CAPÍTULO 3.- OBJETO Y CRÍTICA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL FEDERALISMO ALEMÁN DE 2006	457
A. Introducción	459
B. Objetivos de la reforma	471
1. Reducción del número de leyes federales necesitadas del asentimiento del Consejo Federal (<i>Zustimmungsgesetze</i>)	471
2. Clarificación de las responsabilidades políticas de cada una de las partes (Dieta Federal y Consejo Federal)	472
3. Mejora de la eficiencia en el cumplimiento de las tareas públicas	474
C. Ventajas de la reforma	476
1. Ventajas para la Federación	476
2. Ventajas para los <i>Länder</i>	477
3. Ventajas para los Entes locales	477
4. Ventajas para la democracia	478

ÍNDICE

5. Ventajas para los ciudadanos	478
6. Ventajas para la economía	479
D. Principales modificaciones de la Ley Fundamental clasificadas por áreas temáticas	482
1. Distribución o reparto de competencias	483
<i>a) La legislación exclusiva de la Federación (Die ausschließliche Gesetzgebung des Bundes)</i>	484
<i>b) La legislación concurrente (Die konkurrierende Gesetzgebung)</i>	488
<i>c) La legislación divergente de los Länder (Die Abweichungsgesetzgebung der Länder)</i>	501
<i>d) La legislación marco (Die Rahmengesetzgebung)</i>	511
<i>e) La legislación básica federal (Die Grundsatzgesetzgebung des Bundes)</i>	517
<i>f) La legislación exclusiva de los Länder (Die ausschließliche Gesetzgebung der Länder)</i>	520
2. <i>Bundesrat</i> o Consejo Federal	525
<i>a) Breves anotaciones históricas: El Bundesrath del I Imperio y el Reichsrat del II Imperio alemán</i>	525
<i>b) El Bundesrat de la República Federal de Alemania</i>	527
<i>c) Organización y funcionamiento del Consejo Federal</i>	531
<i>aa) El Presidente, los Vicepresidentes y el Presidium</i>	533
<i>bb) El Pleno</i>	535
<i>cc) El sistema de votación</i>	536
<i>dd) La Cámara de Europa (Europakammer)</i>	539
<i>ee) Las Comisiones del Consejo Federal</i>	540
<i>ff) Las Comisiones integradas por miembros de Bundestag y del Bundesrat</i>	542
1. La Comisión de mediación (<i>Vermittlungsausschuß</i>)	542
2. La Comisión Conjunta (<i>Gemeinsamer Ausschuß</i>)	545
<i>gg) Los miembros del Consejo Federal</i>	546
<i>hh) El Consejo Permanente (Der Ständige Beirat) y las Representaciones de los Länder ante la Federación</i>	548
<i>d) Tareas del Consejo Federal</i>	549
<i>aa) Participación en la legislación federal</i>	550
<i>bb) Participación en los asuntos de la Unión Europea</i>	558
<i>cc) Participación en la administración federal</i>	561
1.- La ejecución de la legislación federal como administración propia de los <i>Länder</i> (Art. 84.1 GG)	562

ÍNDICE

2.- La ejecución de las leyes federales por los <i>Länder</i> como asunto propio o por encomienda de la Federación (Art. 104a.4 GG)	568
dd) <i>Otras tareas</i>	572
e) <i>Conclusión provisional</i>	575
3. Unión Europea	579
a) <i>La participación de los Länder en la creación del derecho europeo (la llamada "fase ascendente")</i>	580
aa) <i>Artículo 23.6 GG</i>	580
bb) <i>Artículo 52.3a GG</i>	582
b) <i>La responsabilidad de la Federación y los Länder por incumplimiento del derecho europeo e internacional (la llamada "fase descendente")</i>	588
aa) <i>Artículo 104a.6 GG</i>	589
bb) <i>Artículo 109.5 GG</i>	591
4. Reducción de las tareas comunes (<i>Gemeinschaftsaufgaben</i>)	594
a) <i>Tareas comunes obligatorias (Artículo 91a GG)</i>	595
b) <i>Tareas comunes voluntarias (Artículo 91b GG)</i>	599
5. Relación Federación - <i>Länder</i> - Municipios (y asociaciones de municipios)	604
a) <i>El reforzamiento de la garantía de la autonomía administrativa municipal (gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie)</i>	604
b) <i>Berlín, capital federal (art. 22 GG)</i>	608
6. Reformas financieras	611
a) <i>Las ayudas financieras (art. 104b GG)</i>	612
b) <i>La autonomía impositiva de los Länder (arts. 105.2a y 107.1 in fine GG)</i>	616
E. Conclusiones provisionales	618
CAPÍTULO 4.- OBJETO Y CRÍTICA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2009 DE LAS RELACIONES FINANCIERAS ENTRE LA FEDERACIÓN Y LOS LÄNDER	629
A.- Introducción	631
B.- La reforma tras la reforma	635
C.- Razones, objetivos y finalidad de la reforma	639

ÍNDICE

D.- Contenido de la reforma	647
1. Introducción de un límite a la capacidad de endeudamiento de la Federación y los <i>Länder</i>	648
a) <i>Artículo 109.3 GG</i>	648
b) <i>Artículo 115 GG</i>	651
c) <i>Artículo 143d GG</i>	653
2. Creación de un procedimiento tendente a evitar las situaciones de emergencia presupuestaria (Artículo 109a GG)	655
3. Cooperación de la Federación y los <i>Länder</i> en el ámbito de la Tecnología de la Información (Artículo 91c GG)	657
4. Otras modificaciones de la Ley Fundamental (Artículos 91d y 104b.1 GG)	658
E.- Conclusiones provisionales	660
CAPÍTULO 5.- CONCLUSIONES FINALES	665
PRIMERA.- Del federalismo cooperativo al federalismo competitivo	667
SEGUNDA.- Cooperación versus distribución y delimitación de competencias	668
TERCERA.- De la imbricación política y la irresponsabilidad organizada a la desafección democrática	669
CUARTA.- Más competencia, menos codecisión	670
QUINTA.- No es la soberanía, la autonomía constitucional o la jerarquía, sino la competencia	670
SEXTA.- No es lo mismo exclusividad de la competencia que regulación completa de una materia	671
SÉPTIMA.- La introducción de las competencias dobles en el orden constitucional alemán	672
OCTAVA.- Competencia versus Jerarquía o Prevalencia	674
NOVENA.- Competencia versus Concurrencia	676
DÉCIMA.- De las garantías jurídicas a las garantías políticas del federalismo	677
UNDÉCIMA.- Disminución de la influencia del <i>Bundesrat</i> por motivos de eficacia y de democracia	678
DUODÉCIMA.- De la “desparlamentarización” a la “reparlamentarización” de la vida pública	680
DÉCIMOTERCERA.- Reparto y difuminación de responsabilidades en el ámbito del derecho europeo	681

ÍNDICE

DÉCIMOCUARTA.- En materia financiera, la desconexión entre ingresos y gastos sigue ausente de la Constitución, la estabilidad presupuestaria ya no	682
DÉCIMOQUINTA.- La República Federal de Alemania sigue siendo un “Estado federal unitario”	684
DOCUMENTACIÓN	687
BIBLIOGRAFÍA	711
ANEXO	743
<i>Zusammenfassung</i>	745
<i>Schlussfolgerungen</i>	749

INTRODUCCIÓN

Todo Estado organizado territorialmente en base al principio federal requiere de ajustes constantes de las distintas piezas que lo constituyen y, en particular, de aquellos engranajes que permiten que el conjunto de la maquinaria funcione adecuadamente. La República Federal de Alemania que surge, tras el horror nacional-socialista y la debacle de la II Guerra Mundial, con la aprobación, el 8 de mayo de 1949, por parte del Consejo Parlamentario, reunido a orillas del Lago Herrenchiem, de la Ley Fundamental de Bonn (proclamada el 23 de mayo de 1949), no solo no es una excepción a esta regla, sino que, antes bien, constituye un buen ejemplo de cómo la reforma legal y, cuando sea preciso, constitucional, ha de acompañar a las transformaciones sociales, económicas y políticas que demandan los nuevos contextos, tanto internos como internacionales. Así sucedió durante toda la segunda mitad del siglo XX y así ha seguido ocurriendo en los albores de este nuevo siglo. Que se hayan producido en este lapso de tiempo cincuenta y ocho modificaciones constitucionales da buena cuenta de ello¹.

La reunificación alemana, consecuencia directa de lo que hemos dado en llamar, simplificada, caída del Muro de Berlín, y el incesante, pese a sus vaivenes, proceso de integración europea, someten a los mimbres que arman el Estado a tensiones tales que, si no se quiere que salten por los aires o, lo que no sería mejor, que caigan en la inoperancia, demandan reformas estructurales en las que se atiende de mejor modo a las exigencias propias de los principios que constituyen la columna vertebral del edificio constitucional alemán: Democracia, Estado de derecho y Federalismo².

¹ Una recopilación de las cincuenta y siete primeras modificaciones que ha experimentado la Ley Fundamental de Bonn (con su contenido, fecha de aprobación, resultado de la votación y comparativa de los textos), en http://www.bundestag.de/dokumente/analysen/2009/aenderungen_des_grundgesetzes_seit_1949.pdf La última, por el momento, tuvo lugar el 21 de julio de 2010 (ver Bundesgesetzblatt Teil I 2010 Nummer 38 vom 26. Juli 2010 Seite 944).

² Según el art. 20.1 GG, “[l]a República Federal de Alemania es un Estado federal, social y democrático de Derecho” (“*Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat*”). Estos principios, de coformidad con el art. 79.3 GG, son inmodificables: “Cualquier modificación de esta Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en *Länder*, a la participación esencial de los *Länder* en la legislación [federal, cabe entender] o a los principios recogidos en los artículos 1 y 20, es inválida” (“*Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche*

INTRODUCCIÓN

A tal efecto, parece derivarse como consecuencia inmediata (e ineludible) de estos principios la necesidad de que exista una determinación clara de las responsabilidades por el ejercicio de las competencias que corresponden a cada entidad territorial, así como una participación decisiva del órgano llamado a representar a los Estados miembros o *Länder* en la configuración de la voluntad del Estado central o Federación, en particular, en aquellas cuestiones que afecten al núcleo duro de sus propios intereses.

En los últimos tiempos han aumentado exponencialmente las críticas que remarcan los déficits en la asunción de las referidas responsabilidades, en tanto que, más bien, lo que viene a producirse es una confusión en las mismas que provoca el desconcierto entre los ciudadanos y su consiguiente desafección política, con los riesgos que ello conlleva para la buena salud del principio democrático. De igual modo, son cada vez más las voces que se alzan contra la que se considera excesiva intervención del *Bundesrat* en el procedimiento legislativo. En la misma línea se han de encuadrar los argumentos acerca de la insuficiente participación de los *Länder* en la formación de la voluntad europea, en tanto que muchas de las decisiones que se toman en este nivel de gobierno afectan directamente a sus propias competencias, así como aquellas otras que llaman la atención sobre la necesidad de involucrar más decididamente a éstos, los *Länder*, en la tarea de implementación del derecho comunitario.

Todas estas razones, junto con otras tampoco despreciables, han sido el motivo de que desde principios del presente siglo se pusiera en marcha un proceso destinado a someter a revisión profunda los cimientos sobre los que se asienta la organización territorial del poder en Alemania. Proceso que, con los altibajos propios de toda reforma que se quiere de envergadura, acabó fructificando en 2006, primero, y en

die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig“).

2009, después, con sendas reformas de la Ley Fundamental, orientadas, en el primer caso, a redibujar algunas de las cuestiones más arriba mencionadas, y, en el segundo, a sentar las bases del nuevo modelo de relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*. Pese a que su alcance no haya sido el anunciado y esperado en un principio, lo cierto es que ambas reformas no carecen de importancia, pues apuntan hacia un cambio de modelo de federalismo, en el que las “viejas” fórmulas cooperativas parecen haber llegado a un punto de saturación como consecuencia de los procesos de reunificación, europeización e internacionalización referidos, dejando paso a otras de corte más competitivo.

Esta conclusión que aquí se anticipa y que planeará durante toda la exposición del trabajo, no deja de resultar algo paradójica, ya que una primera intuición nos induciría a pensar que en los contextos mencionados, precisamente, lo que interesa es ahondar en los instrumentos de colaboración y cooperación entre las distintas partes de las relaciones federativas (Federación-*Länder*; Unión Europea-Estados miembros; Comunidad internacional-Estados nacionales). Sin embargo, la experiencia demuestra, como es lógico, por otra parte, que esa cooperación y colaboración leal entre las distintas partes que integran un Estado compuesto solo será posible cuando la cuestión sobre la propia competencia esté bien resuelta, es decir, cuando, en el caso de la República Federal de Alemania, tanto la Federación como los *Länder* tengan perfectamente claro a cuál de los dos corresponde la titularidad y ejercicio de la concreta competencia de que en cada caso se trate. Dicho en otros términos, la necesaria cooperación entre las distintas partes de la relación federativa requiere de un reparto claro, estricto e indiscutido de competencias, siendo precisamente esta una de las cuestiones de las que con más énfasis se viene hablando en Alemania en los últimos años.

En efecto, casi desde su misma concepción, el orden federal alemán se encuentra sometido a un fuerte cuestionamiento; concepción, por cierto, nada pacífica dado que los intereses, más favorables a la concentración de competencias en la Federación o Estado central, de los representantes alemanes en el Consejo

Parlamentario, órgano encargado de redactar la Ley Fundamental, no se correspondían con los que defendían las potencias de ocupación, netamente partidarias de dividir el poder público a fin de evitar o, al menos, dificultar el nacimiento o gestación de un Estado central fuerte y, una vez más, potencialmente expansionista. Cuestionamiento que resurge de manera clara a partir de la reunificación de las dos Repúblicas alemanas a comienzos de los años noventa del siglo pasado. Entre otras cosas, se discute, cada vez con mayor intensidad, si la distribución de competencias entre la Federación y los *Länder* resulta adecuada a los nuevos tiempos, en los que el proceso de integración europea y la llamada globalización obligan a rediseñar la posición jurídico-constitucional de los Estados y de las partes integrantes de éstos, en el caso de aquéllos que se encuentran territorialmente descentralizados, como es el caso de la República Federal de Alemania.

La tendencia hacia un modelo de federalismo en el que el reparto competencial sea más estricto, separando con nitidez los ámbitos de responsabilidad de cada una de las partes integrantes del Estado global, la República Federal de Alemania, parece imparabile. Que las fuertes imbricaciones políticas -haciendo uso de la traducción de un término alemán que desde finales del siglo pasado ha resultado exitoso a la hora de caracterizar el modo de relación entre la Federación y los *Länder* (*Politikverflechtung*)³- hayan dificultado hasta el extremo la diferenciación de responsabilidades, es algo que ha contribuido decisivamente a poner de relieve, primero, y a requerir como inexcusable, después, la referida distinción de las competencias de unos y otros, en términos de exclusividad.

³ Término éste que empleó por vez primera Fritz Scharpf en un trabajo de 1985 en el que tras comparar el federalismo alemán y el sistema comunitario europeo llega a la conclusión de que en ambos casos los resultados políticos que se logran no son los más deseables a causa de la ausencia de unidad en la adopción de las decisiones: los niveles superiores de Gobierno requieren el consentimiento (a veces unánime) de los inferiores para adoptar determinadas decisiones políticas (SCHARPF, Fritz W.: "Die Politikverflechtungs-Fälle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich", Politische Vierteljahresschrift, 26, 1985).

Sin negar el fuerte componente cooperativo del federalismo alemán de la Ley Fundamental de Bonn, representado de manera protagónica, aunque no única, por la participación, muchas veces, imprescindible, del órgano de representación de los (gobiernos de los) *Länder* -el *Bundesrat*- en la elaboración y aprobación de la legislación federal, lo cierto es que en los últimos años las demandas de un federalismo de corte más competitivo han ido en aumento.

Es en este contexto en el que se han de analizar los procesos de reforma constitucional acaecidos en Alemania durante el segundo lustro del nuevo milenio, orientados a clarificar, en lo posible, el sistema de reparto competencial, particularmente en el terreno de la legislación, aunque prestando también atención a la ejecución de las leyes de la Federación por parte de los *Länder*, así como a redefinir la posición institucional del Consejo Federal, circunscribiendo su participación inexcusable en el procedimiento legislativo a la aprobación de aquellas leyes federales que tengan un auténtico contenido federal o, dicho de otro modo, que afecten de plano a los intereses de los *Länder*. Y todo ello sin olvidar aspectos tan cruciales para el orden federal alemán como son aquéllos que se refieren tanto a la participación de los propios *Länder* en la creación del derecho comunitario (fase ascendente), como a la determinación de sus responsabilidades en caso de incumplimiento del mismo (fase descendente).

Por otra parte, en el marco de este proceso de transformación del federalismo alemán de un modelo más cooperativo hacia otro más competitivo, se impone también una reflexión nueva sobre las denominadas tareas comunes (*Gemeinschaftsaufgaben*), tanto las obligatorias o auténticas como las voluntarias, así como una mirada renovada a las relaciones de la Federación y los *Länder* con los municipios y asociaciones de municipios, que centre su enfoque en el reforzamiento de la garantía de la autonomía local.

Por último, el complejo y transformado campo de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* deberá ser, asimismo, objeto de atención, pues, como

resulta evidente, cualquier afectación del orden competencial, tanto de carácter legislativo como ejecutivo, debería ir acompañada de una redefinición igualmente sustantiva de las relaciones financieras entre los principales agentes políticos de la República Federal, la Federación y los *Länder*, si es que se quiere que aquélla sea efectiva.

Este es, por tanto, el punto en que se encuentra el debate sobre el federalismo en Alemania. Un debate que no va a concluir con las dos reformas constitucionales mencionadas, en la medida en que tampoco los procesos de europeización y globalización, tan determinantes del sistema territorial de cada Estado, van a dejar de evolucionar en los próximos años. Y pese a ello, esto es, a pesar de reconocer que nos encontramos solo en medio de una dinámica llamada a avanzar de manera imparable, cabe entender que lo sucedido en Alemania en estos últimos años tiene entidad e importancia suficiente como para merecer una investigación como la que aquí se presenta. Al fin y al cabo, el federalismo, como sabemos, es movimiento político. Lo que, entre otras cosas, implica un acercamiento a su estudio con la vista puesta en el hecho de que lo que hoy puede ser válido, tal vez, no lo sea mañana (o, al menos, no de igual modo). Al contrario de lo que sucede en los Estados unitarios o fuertemente centralizados, en los que la organización y funcionamiento de los poderes públicos responde a reglas muy fijas, en los Estados federales o territorialmente descentralizados tales reglas son más volubles, salvando unos pocos principios identificadores.

Y, sin embargo, como se decía más arriba, parece que resulta más que conveniente, necesario, prestar singular atención a cada ocasión en que esa transformación de algunos de los elementos federales tiene lugar, no solo por el interés que en sí misma pueda tener, sino también, o, a nuestros efectos, sobre todo, porque puede constituir un referente para otros muchos Estados que, como el autonómico español, miran a la fórmula federal (y muy especialmente a la germana) en busca de la “inspiración” que permita una descentralización bien organizada del poder público propio.

Esto es, precisamente, lo que, en último término, se persigue con este trabajo: realizar una exposición crítica de las modificaciones constitucionales que han tenido lugar en la República Federal de Alemania en 2006 y 2009, enmarcándolas en el contexto general del federalismo alemán, con sus principales señas de identidad, poniendo de manifiesto que las mismas apuntan claramente hacia un viraje en el paradigma federal hasta entonces imperante, en tanto que los elementos cooperativos, aun sin desaparecer, van cediendo paso a otros de corte más competitivo, y recalcando cómo el principio de competencia explica y da respuesta por sí solo a las relaciones entre las normas provenientes de los diferentes niveles de gobierno. Y todo ello sin olvidar la otra pieza clave del federalismo alemán, el Consejo Federal o *Bundesrat*, que concebido como órgano de participación de los gobiernos de los *Länder* en la elaboración de la legislación federal que más directamente les afecte, ha acabado actuando, en ocasiones, como un instrumento al servicio de los intereses del partido o partidos políticos, mayoritarios en los *Länder* correspondientes pero no a nivel federal, que tratan de hacer oposición a la mayoría parlamentaria de gobierno, lo que puede ser especialmente grave si se tiene en cuenta que, como se verá, la capacidad de intervención de aquel había aumentado considerablemente hasta la reforma constitucional de 2006.

Finalmente, este mosaico, compuesto de tantas piezas, irá adquiriendo forma y detalles, dando lugar así a una imagen que, en su singularidad, podrá servir (en positivo o negativo) para inspirar otras composiciones propias de Estados cuya columna vertebral, desde un punto de vista territorial, se articula también en torno al principio federal, en sus muy diversas manifestaciones. De ahí la importancia de conocer bien aquél, pues si ya supone, de por sí, un gran riesgo la adopción de instituciones ajenas y su inserción en el seno del propio ordenamiento, en tanto que éstas solo adquieren su verdadero sentido en su relación con las demás, produciéndose así el equilibrio que, ni mucho menos, está garantizado cuando lo que se hace es insertar en otro sistema institucional esa pieza extraña, tal riesgo aumentará considerablemente cuando la pieza que se tome como modelo no sea

INTRODUCCIÓN

bien conocida. En definitiva, los modelos deben de ser tomados siempre con precaución, siendo conscientes, en todo momento, de que lo que funciona fuera (en otro ordenamiento jurídico) no tiene por qué funcionar necesariamente igual dentro (en el ordenamiento jurídico propio). Adoptada esta prevención, todo lo demás es útil.

CAPÍTULO 1

FUNDAMENTOS DEL SISTEMA FEDERAL ALEMÁN

**(previos a las reformas constitucionales de 2006 y 2009 y
parcialmente válidos aún)**

A.- INTRODUCCIÓN

En la República Federal de Alemania, como en cualquier *Estado políticamente descentralizado*, la distribución de competencias (de carácter legislativo, administrativo y jurisdiccional) entre los órganos de la Federación, por un lado, y los de los *Länder*, por el otro, constituye uno de los aspectos esenciales, si no el núcleo central, de la estructura estatal federal⁴. No en vano con la cuestión competencial lo que, en realidad, se está dilucidando es el reparto de la totalidad del poder público entre las distintas instancias que integran el Estado⁵.

En un *Estado solo descentralizado administrativamente*, al carecerse de diversos centros de poder público autónomos, solo existe un núcleo de decisión política, el

⁴ En este sentido, véanse, entre otros, PERNICE, Ingolf: “Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)”, en Dreier, Horst (Ed.), *Grundgesetz Kommentar*, Tomo II (*Artikel 20-82*), Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 586; STETTNER, Rupert: “Artikel 70 GG (*Gesetzgebung des Bundes und der Länder*)”, en Dreier, H. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, tomo II (*Artikel 20-82*), Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 1304; ERBGUTH, W.: “Bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Bereich der Gesetzgebung (*Aktuelle Entwicklungen und allgemeine Grundlagen*)”, DVBl., 1, 1988; KENNTNER, M.: *Justitiabler Föderalismus* (Zur Konzeption föderaler Kompetenzzuweisungen als subjektive Rechtspositionen), Duncker & Humblot, Berlin, 2000, p. 119 y 197, quien expresamente considera al reparto de las tareas estatales entre los diferentes niveles el “principio estructural esencial de la Constitución federal”; ROZEK, J.: “Artikel 70 GG”, en Mangoldt / Klein / Starck: *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II (*Artikel 20 bis 78*), Verlag Franz Vahlen, München, 4.ª ed. completamente revisada, 2000, p. 2176; MÜNCH, I. von: “Zuständigkeiten im Bereich der Gesetzgebung”, en Münch, I. von (Red.): *Probleme des Föderalismus* (Deutsch-Jugoslawisches Symposium - Belgrad 1984), C. J. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1985, p. 143, por su parte, pone el acento en el reparto de las competencias en el ámbito de la legislación, valorándolo como una de las cuestiones más importantes que se plantean en un Estado federal; KIMMINICH, O.: “Der Bundesstaat”, en Isensee, J. / Kirchhof, P. (Eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, tomo I, 1987, p. 1122 ss., va más allá y mantiene que “la relación Federación-Länder se reduce (...) a la cuestión de las competencias”; SACHS, M.: “Artikel 20 GG (*Verfassungsgrundsätze; Widerstandsrecht*)”, en Sachs, M. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2.ª ed., 1999, p. 762, concibe asimismo la distribución constitucional de competencias en los Estados federales como el aspecto principal de la Constitución federal; finalmente LORZ, R. A.: “Kompetenzen sind der Schlüssel”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25.10.2002, p. 9, en su contribución al debate sobre el futuro Tratado constitucional de la Unión Europea, sostiene que en cualquier orden estatal federal el reparto de competencias entre el Estado central y los niveles estatales individuales constituye la pieza central (*Herzstück*) de la Constitución. También el Tribunal Constitucional Federal lo ha reconocido así; valga por todas: *BVerfGE 55, 274 (318)*.

⁵ HERZOG, Roman: “Artikel 20 GG (*Bundesstaatliche Verfassung*)”, en Maunz / Dürig / Herzog / Scholz: *Grundgesetz Kommentar*, tomo II, C. H. Beck, entrega 18, 1980, p. 123; ALBERTÍ ROVIRA, Enoch: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, CEC, Madrid, 1986, p. 57.

órgano legislativo correspondiente al Estado central, con lo que la cuestión de la distribución competencial adquiere otra relevancia, en tanto que tan solo se ha de proceder a un reparto de tareas administrativas entre las diferentes redes de esta índole distribuidas a lo largo de todo el territorio nacional.

En última instancia, la cuestión de la distribución de competencias queda sin objeto en un *Estado centralizado*, en el que las funciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales se ejercen desde un solo centro de poder público, al hallarse tanto los órganos legislativos como los administrativos y judiciales residenciados en un único nivel estatal en la totalidad del territorio nacional.

En consecuencia, es aquí, en el reparto competencial entre los órganos centrales y los así llamados periféricos o particulares en donde se localiza, de manera evidente, una de las diferencias clave entre las distintas formas de organización territorial del poder⁶.

Esta idea que sirve de cimiento a todo Estado federal solo se puede sostener si partimos de la base de que esa distribución de competencias mencionada está dotada de un contenido tal que permite que el reparto del poder no sea solo virtual, sino verdadero y efectivo. Además, es preciso que la misma, a fin de que vincule en igual medida al Estado global y a los Estados miembros, esté garantizada al máximo nivel normativo, es decir, en la Constitución federal. Así pues, el federalismo, como principio al servicio del reparto vertical del poder, requiere necesariamente que tanto el Estado central (la Federación, en Alemania) como los Estados miembros (o *Länder*) tengan atribuidas y constitucionalmente garantizadas competencias sustanciales⁷, lo que, a estos efectos, equivale a hablar de competencias en el

⁶ ANSCHÜTZ, Gerhard: "Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft", (Mitbericht von Dr. Karl Bilfinger), VVDStRL, Heft 1, 1924, pp. 11 ss.

⁷ Así lo mantuvo, entre otros, Ulrich Karpen en su conferencia inaugural del Congreso de la Sociedad Alemana de Legislación, el 26 de mayo de 1995, de acuerdo con la cita que de ella se hace en BURGHART, D.: "Änderungen der Bestimmungen über die konkurrierende Gesetzgebung - alter Wein in neuen Schläuchen?", ZRP, 2, 1996, p. 68. Vid. también MÄRZ, Wolfgang: "Artikel 30 GG", en

ámbito de la legislación, al ser éstas, sin duda, las que dan la pauta de la "calidad" del poder de que se dispone. A tal efecto, resulta imprescindible una delimitación exacta de las facultades legislativas entre la Federación y los *Länder*⁸.

Mangoldt / Klein / Starck: *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II (*Artikel 20 bis 78*), Verlag Franz Vahlen, München, 4.^a ed. completamente revisada, 2000, p. 813.

⁸ NAWIASKY, Hans: "Bundesstaat", *Staatslexikon* (Recht, Wirtschaft, Gesellschaft), tomo II, 6.^a ed., Verlag Herder, Freiburg, 1958, p. 274.

B.- LA CUALIDAD ESTATAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS O LÄNDER

Sin perjuicio de que más adelante, en este mismo capítulo, veamos con cierto grado de detalle cómo se encontraba configurado el sistema competencial en la República Federal de Alemania con anterioridad a la reforma constitucional de 2006, lo cierto es que la trascendencia de la división de competencias en el Estado federal (fundamentalmente en el campo de la legislación) es algo que entronca directamente con otras muchas cuestiones que merecen ser, cuando menos, estudiadas con algún detenimiento, y, entre ellas, se encuentra, en primer lugar, la relativa a la cualidad estatal de los *Länder*.

En un Estado federal tanto la Federación como los Estados miembros o *Länder* ostentan, por definición, cualidad estatal⁹. Y, precisamente, la de estos últimos tiene como presupuesto la mencionada división competencial¹⁰. Que la Federación y los

⁹ El propio Tribunal Constitucional Federal así lo reconoció: *BVerfGE 1, 14 (34); 34, 9 (20); 36, 342 (360 ss.); 60, 175 (207); 64, 301 (317); 72, 330 (383)*. De hecho, como recuerdan NETTESHEIM, M./QUARTHAL, B.: "La reforma de las Constituciones de los *Länder*", traducción de A. López Castillo, REP, 151, 2011, p. 282, que "en el Estado federal no sólo el Estado central (...) posee cualidad estatal" es uno de "los principios doctrinales más fecundos de la doctrina constitucional alemana". Véase también, entre quienes consideran la existencia de dos "niveles de estatalidad" ("*Ebene der Staatlichkeit*") como la nota más definitoria del Estado federal, STERN, K.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I (*Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*), C. H. Beck, München, 2.^a ed., 1984, p. 644; HERZOG, R.: "Artikel 20 GG...", p. 97; BROCKMEYER, H. B.: "Artikel 20 GG: Staatsgrundsätze (*Rechtsstaat, Demokratie, Sozialstaat, Gewaltenteilung*)", en Schmidt-Bleibtreu, B. / Klein, F.: *Kommentar zum Grundgesetz*, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.^a ed., 1999, p. 519; DEGENHART, Ch.: *Staatsrecht I (Staatszielbestimmungen, Staatsorgane, Staatsfunktionen)*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 20.^a ed., 1995, p. 36; KIMMINICH, O.: "Der Bundesstaat"..., p. 1122; ZIPPELIUS, R.: *Allgemeine Staatslehre (Politikwissenschaft)*, C. H. Beck, München, 13.^a ed., 1999, pp. 64 ss.; STURM, R.: *Föderalismus in Deutschland*, Leske+Budrich, Opladen, 2001, p. 8; SCHNEIDER, T.: *Die Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes*, Lorez-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften an den Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Kiel, 1994, p. 49.

¹⁰ Tal y como sostiene la mayor parte de la doctrina. Valga por todos: ISENSEE, J.: "Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz", en Isensee, J. / Kirchhof, P. (Ed.): *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo IV, C. F. Müller, Heidelberg, 2.^a ed., 2000, pp. 666 ss.; ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip (Eine staatsrechtliche Untersuchung zur Dogmatik der Bundesstaatlichkeit des Grundgesetzes)*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, p. 232; DEGENHART, Ch. / ŠARČEVIĆ, E.: "Landesstaatlichkeit im Rahmen bundesstaatlicher Rechtsordnung des Grundgesetzes", en Degenhart, Ch. / Meissner, C. (Ed.): *Handbuch der Verfassung Freistaates Sachsen*, Boorberg, Stuttgart, 1997, p. 88; MÄRZ, W.: "Artikel 30 GG"..., p. 818. También STEHR, M.: *Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat (Ein Beitrag zur Reform des Föderalismus und zur Stärkung der Landesparlamente)*, Hannover, 2001, p. 11, por su parte, explícitamente sostiene que "la

Länder sean Estados significa, sobre todo, que tanto una como los otros se encuentran en posesión de una serie de caracteres conocidos como "distintivos de la estatalidad": pueblo estatal (*Staatsvolk*), territorio estatal (*Staatsgebiet*) y poder estatal o público (*Staatsgewalt*)¹¹. De acuerdo con esta formulación, que tiene su origen en la llamada *Teoría de los tres elementos* de Georg Jellinek a comienzos de la pasada centuria¹², el Estado consistiría en una asociación humana (*menschlicher Verband*) reunida en torno a un pueblo estatal que vive en un determinado territorio y que cuenta con un poder público organizado. De estos tres elementos típicos es el último, el poder público, el que ha sido caracterizado como decisivo en orden a la definición de la estatalidad¹³. Con propiedad, no se puede denominar estatal a un ente territorial que no cuente con unos órganos facultados para ejercer (parte de) ese poder público único de manera independiente en el campo de sus respectivas competencias¹⁴.

Es, por consiguiente, la existencia de unos ámbitos competenciales diferenciados lo que permite que tanto el Estado central (o Federación) como los Estados miembros

distribución de las facultades legislativas es (...) un -o mejor: el- reflejo de la estatalidad federal", sin que "otras medidas, como las compensaciones por la pérdida de facultades legislativas por medio de la ampliación de las facultades administrativas o jurisdiccionales de los *Länder* o a través de la cooperación de los Gobiernos o de los Parlamentos de *Land* en la legislación federal (...) concedan a los *Länder* ninguna tarea equiparable a la legislación de *Land*."

¹¹ MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I* (Einführung; Deutschland; Teilung und Vereinigung; Staatsform; Staatsorgane; Deutschland in der Europäische Gemeinschaft), Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln, 5.ª ed. revisada, 1993, pp. 198 ss.

¹² JELLINEK, G.: *Allgemeine Staatslehre*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 3.ª ed. 1914, pp. 394 ss.

¹³ DEGENHART, Ch.: *Staatsrecht I....*, p. 37.

¹⁴ ZIPPELIUS, R.: *Allgemeine Staatslehre...*, pp. 62 ss. y 394, parte, como la mayoría de la doctrina, de la unidad del poder público en el Estado federal, si bien matiza que ello no obsta para que la Constitución, junto con otras normas jurídicas, en su caso, pueda repartir entre diversos órganos las funciones legislativas, administrativas y judiciales y, en concreto, de un modo tal que quede garantizado un sistema de *checks and balances*, de forma que ni la Federación ni los *Länder* ostenten por sí solos la soberanía competencial, es decir, un poder de regulación completo. Por su lado, DOEHRING, K.: *Allgemeine Staatslehre*, 2.ª ed. revisada, C. F. Müller, Heidelberg, 2000, pp. 110 ss., reconoce también la existencia de una unidad del poder público, el pueblo, si bien no de una unidad en el ejercicio del poder público. En todo caso, desde un punto de vista internacional, esa unidad es incuestionable, de forma que cuando un órgano estatal (legislativo, ejecutivo o judicial) haya traspasado su competencia jurídico-constitucionalmente atribuida, responde el Estado como totalidad.

(o *Länder*) puedan ejercitar autónomamente su propio poder público¹⁵. La distribución de esos campos competenciales respectivos es tarea inexcusable de la Norma constitucional fundante del Estado. Es ella la que ha de decidir qué competencias corresponden al Estado central y qué otras a los Estados miembros, en función de diversas técnicas jurídicas, más o menos rigurosas. Además, este ámbito competencial mínimo que sirve de soporte a la cualidad estatal de los *Länder* se encuentra garantizado en la República Federal de Alemania en la propia Ley Fundamental, en su art. 79.3, como tendremos oportunidad de ver ulteriormente con mayor detalle.

Así pues, más allá de consideraciones teóricas acerca de cuestiones tan generales e imprecisas como los conceptos de soberanía o de autonomía constitucional de cada uno de los miembros del Estado compuesto, que hoy en día en poco ayudan a comprender la organización y el funcionamiento jurídico-institucional del mismo, el reparto del poder (político, sobre todo) entre las instancias centrales y las periféricas, en forma de distribución constitucional de competencias (en el ámbito de la legislación, básicamente), ofrece una visión más certera y cercana a la realidad de la forma federal de organización territorial del poder. No obstante, antes de acometer a fondo ese análisis competencial, no está de más exponer aquí por qué se puede prescindir del estudio de aquellos conceptos, soberanía y autonomía constitucional, sin que por ello quede debilitada la adecuada comprensión jurídico-constitucional del Estado federal alemán.

¹⁵ SACHS, M.: "Artikel 20 GG...", p. 762.

C.- EL CONCEPTO DE SOBERANÍA DE LOS ESTADOS MIEMBROS O LÄNDER

C.1.- Introducción

Aunque en la ciencia política y en la teoría general del Estado se emplea con frecuencia el término "soberanía" para identificar la esencia de la estatalidad de un ente territorial, no es fácil encontrar un acuerdo generalizado sobre el propio concepto de soberanía¹⁶. De acuerdo con su formulación clásica, debida a Jean Bodin en el siglo XVI (*Los Seis Libros de la República*, 1576), la soberanía se corresponde con un "poder absoluto y permanente del Estado". Pero este concepto, lógicamente, hoy en día no identifica a ninguna entidad estatal conocida, ni tan siquiera a la(s) denominada(s) enfáticamente "Superpotencia(s)". A estas alturas de la historia es difícil negar que las interdependencias entre los Estados son cada vez mayores. Hasta tal punto es así que parece ilusorio imaginar hoy un Estado que

¹⁶ Sobre la atención que ha merecido y sigue mereciendo esta idea en nuestro país, vid. el número 1/1998 de Fundamentos – Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, que lleva precisamente por título: "Soberanía y Constitución", en el que se recogen diversos trabajos de distintos autores, constituyendo gran parte de ellos una buena muestra de la dificultad de encontrar un concepto unívoco acerca de lo que se haya de entender hoy en día por "soberanía". A los efectos de este estudio, singular atención merece el trabajo de Dieter WYDUCKEL, en el que, bajo el título "La soberanía en la historia de la dogmática alemana", este autor realiza un rápido aunque detallado repaso por el sentido que el término "soberanía" ha tenido en las diferentes etapas de la organización jurídico-política por la que han atravesado los territorios germánicos, desde la república cristiana bajomedieval hasta la actual República Federal de Alemania, para acabar concluyendo que, pese a la utilidad que el mismo aún pueda tener, desde luego su significado ha variado sustancialmente, siendo necesaria "una nueva definición teórico-estatal y social a la luz de profundas y generalizadas transformaciones experimentadas en el Derecho, el Estado, la política, la economía y la sociedad, si quiere seguir conservando un sentido razonable" (p. 289). Por lo que se refiere a "El problema de la soberanía en el Estado autonómico", véase, entre otros, el trabajo que con este título ha publicado Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA en este mismo número (pp. 461 ss.), en el que se recogen también interesantes reflexiones de alcance más general sobre el origen histórico del concepto "soberanía", su significado en el Derecho constitucional y la problemática de su empleo en los Estados federales. Vid. también: ARAGÓN REYES, M.: Voz "Soberanía", en Aragón Reyes, M. (Dir.) / Aguado Renedo, C. (Codir.), *Constitución, Estado constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho*, Temas Básicos de Derecho Constitucional, Tomo I, Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 103 ss., en donde este autor reafirma con claridad cómo "[l]a legitimación popular del poder (...) impone que el poder constituyente, esto es, el poder soberano, radique en el pueblo", al tiempo que recuerda que "la soberanía popular (...) es inconcebible en términos absolutos, aunque sólo sea por la razón de que para que una colectividad se exprese fehacientemente, es decir, manifieste su voluntad como tal colectividad, es preciso que esté organizada, o lo que es igual, que se atenga a reglas de procedimiento que aseguren la autenticidad de esa voluntad colectiva".

pueda actuar autónomamente al margen de sus "convecinos" o de aquéllos otros que sin ser de su entorno más inmediato, sí controlan buena parte de las decisiones de alcance internacional en el ámbito de las relaciones económico-comerciales, militares y/o políticas, en general¹⁷. Además, tampoco se ha de pasar por alto que, en ocasiones, son los propios Estados los que voluntariamente transfieren ámbitos de poder a organizaciones inter o supra-nacionales, es decir, ceden partes de esa denominada soberanía, que después no siempre pueden recuperar libremente por medio de otro acto de voluntad autónoma¹⁸; a este respecto, resulta de especial interés observar el proceso de integración europea.

C.2.- Distinción entre soberanía exterior e interior. Indivisibilidad de la soberanía

A esta dificultad de definición se ha de añadir además el empleo no unívoco del concepto "soberanía". Hay, al menos, que distinguir entre las llamadas soberanía exterior o jurídico-internacional y soberanía interior o jurídico-pública del Estado¹⁹. Si se toma como parámetro la primera versión, no se puede sino concluir que en un Estado federal los Estados miembros o *Länder*, al margen de las competencias que en la esfera internacional les conceda la Constitución federal o les ceda la propia Federación (dentro del marco constitucional, lógicamente), no tienen reconocido ningún poder soberano. Más dudas plantea, en cambio, la denominada soberanía interior, si bien es justo reconocer aquí que con ese término, en realidad, a lo que se alude, aunque sea de manera imprecisa, es a la autonomía constitucional, por lo que

¹⁷ MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, p. 204; ZIPPELIUS, R.: *Allgemeine Staatslehre...*, pp. 67 ss., en relación con la soberanía exterior señala que hoy "el modelo de los Estados como sistemas "cerrados" de derechos soberanos se ha visto diluido en un modelo de interdependencias y de cooperación internacional de los Estados que tampoco retrocede ante los derechos soberanos de los mismos."

¹⁸ A propósito de ello, BATTIS, U. / GUSY, Ch.: *Einführung in das Staatsrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 4.ª ed., 1999, p. 100, manifiestan sus dudas acerca de si la estatalidad presupone necesariamente la soberanía.

¹⁹ DOEHRING, K.: *Allgemeine Staatslehre...*, p. 68.

basta ahora con remitirse a lo que unos párrafos más adelante se expondrá a este respecto.

Con todo, a pesar de la indefinición mencionada, ha sido una constante en la doctrina del Derecho público buscar la derivación teórica del Estado federal a partir del concepto de soberanía. Es aún, por ello, usual caracterizar al “Estado federal como una unión de Estados, en la que al Estado superior le corresponde tanto la soberanía 'interior' como la 'exterior', en contraste con la Federación de Estados, en la que la soberanía sigue permaneciendo en manos de los Estados miembros”²⁰. Sin embargo, esta concepción de la soberanía, que puede aún jugar alguna relevancia en el ámbito del tráfico internacional, carece de sentido en el del Derecho público. A tal efecto, como observó con razón el profesor de Derecho público suizo Fleiner-Gerster, en una comunidad estatal democrática, fundamentada en el principio de la soberanía popular, la concepción clásica de la soberanía ha de ser reformulada, pues la eventual existencia de un “poder supremo y originario” es inconcebible en un Estado democrático. Desde la perspectiva de la soberanía popular, el poder público únicamente puede ser derivado, en otras palabras, no se trata más que de una competencia delegada confiada a los órganos creados por la Constitución para su ejercicio fiduciario. Soberano, por tanto, solo lo es el pueblo, “que confiere legitimidad a su poder público creado en su territorio”. Este concepto de soberanía (legitimación directa de la decisión popular) tan solo puede predicarse de un único nivel estatal, lo que imposibilita la caracterización del Estado federal como una estructura de soberanía compartida²¹.

Este dogma tradicional de la “indivisibilidad” de la soberanía, rémora de la época monárquica y su correlato, el Estado unitario, impregna hasta hoy la teoría alemana de los fundamentos del Estado federal. Es paradigmática, en esa medida, la tan

²⁰ Tal y como recuerda OETER, S.: *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 381.

²¹ FLEINER-GERSTER, T.: *Allgemeine Staatslehre*, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Springer-Verlag, Berlin, 2.ª ed. 1995, pp. 190 ss. y 260 ss.

repetida frase de Hans Peters: “El poder público que de acuerdo con su esencia es indivisible, de igual modo que lo es la fuerza física de un ser humano, no está en el Estado federal repartido entre la Federación y los Estados miembros; más bien, solo están repartidas las tareas públicas sobre las que puede actuar el poder público (indiviso) de la Federación o de los Estados miembros”²². Se llega así a la conclusión de que solo el pueblo en su totalidad, no las partes separadas de él, y solo los órganos del poder público central, como titulares institucionalizados de la legitimación proveniente de aquél, son compatibles con el principio de la soberanía popular.

C.3.- Soberanía popular y cualidad estatal de los *Länder*

De llevarse a sus últimas consecuencias este argumento de la "soberanía indivisible", en un sistema constitucional democrático la idea de la soberanía popular como fundamento de la legitimidad de todos y cada uno de los poderes públicos se traduce en la imposibilidad de la existencia de ningún otro pueblo, sustrato personal de la estatalidad, que no sea el pueblo global. Esto es, junto al pueblo federal no existe ningún pueblo de *Land*; el pueblo federal es único y, desde un punto de vista jurídico, el llamado pueblo de *Land* no es un pueblo parcial separado, sino una parte integral del pueblo federal. En consecuencia, el poder público de la Federación y de los *Länder*, jurídico-constitucionalmente repartido en competencias, tiene el mismo sustrato personal, el pueblo federal. Todo el poder público en el Estado federal parte del pueblo federal. La cualidad estatal de los *Länder* se funda, por tanto, también en la soberanía popular única²³.

²² PETERS, H.: *Deutscher Föderalismus*, Zeit und Streitfragen, 4, 1947, p. 23.

²³ En este sentido, ISENSEE, J.: “Idee und Gestalt...”, pp. 542 ss. También ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 57, parece compartir esta opinión al observar cómo “(l)a soberanía, propiamente hablando, reside en el pueblo alemán en su conjunto (Preámbulo y artículos 20, 2 GG), y se concreta en un solo acto: la Constitución federal”, concluyendo de ahí que tanto el poder de la Federación como el de los *Länder* “encuentran su origen y fundamento directamente en la Constitución común, y ambos se limitan recíprocamente”. Véase también en lengua castellana una interesante revisión crítica del concepto de soberanía tanto en el federalismo estadounidense como en el europeo,

Sin embargo, esta conclusión resulta un tanto paradójica, pues hace posible la existencia de Estados (*Länder*) que carecen de pueblo propio estatal, lo que desde la Teoría de los tres elementos más arriba enunciada sería difícilmente sostenible, a no ser que se reconociera que esa "cualidad estatal" de los *Länder* no es más que una pura convención lingüística, residuo histórico de épocas pasadas del constitucionalismo alemán, que carece de correspondencia alguna con la realidad política y jurídico-pública actual. Desde esta perspectiva, pues, los *Länder* no serían más que "corporaciones administrativas autónomas de alto nivel" ("*hochpotenzierte Selbstverwaltungskörperschaften*") que por motivos únicamente políticos se presentarían todavía con la máscara de 'Estados'²⁴.

Esta visión no la puede compartir Oeter, para quien si se toma en serio la idea de "poder público no derivado" en el Estado federal, los *Länder* disponen, al igual que la Federación, de un poder constituyente autónomo cuya existencia no tienen que agradecer a ninguna delegación por parte del "pueblo global", sino a su propia (no derivada) soberanía popular. También cada *Land* tiene su pueblo del que emana su soberanía²⁵.

La explicación de por qué en la República Federal de Alemania, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos de América o en Suiza, se plantea en los términos referidos la cuestión de la legitimación de la estatalidad federal apunta hacia una pronunciada pérdida de seguridad, a lo largo del "tortuoso" desarrollo del Estado alemán desde la fundación del Imperio en 1871, en la idea de que el mismo solo puede ser organizado como Estado federal y no de otro modo. Es decir, esta problemática de la legitimación del poder público de *Land* es un claro indicio del

particularmente, en el de impronta germánica, en BIGLINO CAMPOS, Paloma: *Federalismo de integración y de devolución* (El debate sobre la competencia), Madrid, CEPC, 2007.

²⁴ Tal y como denuncia OETER, S.: *Integration...*, p. 384.

²⁵ OETER, S.: *Integration...*, pp. 392 ss.; en este mismo sentido: STURM, R.: *Föderalismus...*, p. 8.

cuestionamiento constante a que se halla sometida la organización federal del Estado alemán²⁶.

Las dificultades para reconocer virtualidad al concepto de "soberanía" aumentan aún más si, como así sucede, a tenor de lo dicho, no queda otro remedio que aceptar que en un Estado políticamente descentralizado la "calidad" de la soberanía del Estado central o Federación y la de los Estados miembros o *Länder* es diferente²⁷. La carencia de soberanía por parte de éstos en el ámbito de las relaciones internacionales bastaría para negar su cualidad estatal²⁸. Porque o bien en el Estado federal la Federación y los *Länder* son Estados de diferente rango (aquella, con poder soberano pleno, valga la redundancia; éstos, con poder soberano limitado, lo que no dejaría de ser una *contraditio in terminis*) o bien el criterio de la soberanía no ofrece ninguna medida válida para valorar la cualidad estatal de los Estados miembros en un Estado compuesto. Ambas alternativas generan dudas y añaden, en todo caso, un motivo más a favor de la crítica al concepto de soberanía.

²⁶ OETER, S.: *Integration...*, pp. 393 ss.

²⁷ El Tribunal Constitucional Federal alemán lo puso de manifiesto desde temprano al caracterizar a los *Länder*, en tanto que miembros de la Federación, como "Estados con poder público soberano propio -si bien materialmente limitado- no derivado de la Federación, sino por ella reconocido" (*BVerfGE 1, 14, 34*). Como acertadamente señala a este respecto DOEHRING, K.: *Allgemeine Staatslehre...*, p. 74, aquí no se puede hablar de una auténtica cualidad estatal soberana de los *Länder*, sino que se trata, más bien, solo del grado de autonomía que se les ha dejado bajo el dominio superior de la Federación.

²⁸ SCHMITT, C.: *Verfassungslehre*, Duncker&Humblot, Berlin, 3.^a ed. 1928, reimp. 1957, pp. 363 ss., se manifiesta en un sentido semejante al considerar la cuestión sobre el *ius ad bellum* como la determinante en relación con el criterio de la soberanía. En su opinión, en la medida en que de la Constitución común se derive jurídicamente la renuncia de los miembros de la Unión de Estados a su derecho a la autodefensa de manera autónoma, solo la Federación puede ser considerada sujeto jurídico soberano.

No obstante, como destaca FISCHER, T.: "Die Außenbeziehungen der deutschen Länder als Ausdruck "perforierter" nationalstaatlicher Souveranität? (*Transföderalismus zwischen Kooperation und Konkurrenz*)", en Wehling, H. G. (Ed.): *Die deutschen Länder* (Geschichte - Politik - Wirtschaft), Leske+Budrich, Opladen, 2.^a ed., 2002, pp. 372 ss., en Alemania a partir de la revisión constitucional de 1992, con la introducción del nuevo art. 23 GG, quedan garantizados constitucionalmente significativos derechos de participación de los *Länder* en la Unión Europea; incluso desde la década de los setenta se pudo observar ya cómo la proclamada unidad de la actividad exterior en numerosos Estados federales no era sino una mera ilusión.

C.4.- Otra idea de soberanía: la deificación del poder

Ahora bien, es posible que con el término "soberanía" se esté haciendo referencia a otra idea. Así, por ejemplo, Fleiner destaca cómo la globalización, la integración regional y la internacionalización de los derechos humanos obligan a todos los Estados a reflexionar sobre un nuevo entendimiento de la soberanía; a tal efecto, tomando como base una idea de Johannes Althusius relativa a la asociación de Dios con los israelitas, define la soberanía en términos de una competencia global que le corresponde ejercer a la totalidad de la población mundial, ya que todos aquéllos que gobiernan sobre los hombres no son sino meros titulares de mandatos que no determinan ellos mismos, sino que les son *transferidos*, esto es, la soberanía se ha de entender como un mandato que está atribuido a diversos titulares de diferentes niveles, con el fin de que cada uno de ellos, en el marco de la responsabilidad frente a la población que vive en su territorio y de acuerdo con sus posibilidades, puedan atender a la paz interior y contribuir a la paz exterior; de esta forma, en la Unión Europea, se pone por caso, este mandato estaría confiado no solo a la propios órganos comunitarios, sino también a los de los Estados miembros, *Länder* o regiones y a los municipales²⁹.

Este entendimiento del concepto de soberanía, en realidad, lo que supone es una disolución de la idea de poder absoluto e ilimitado, al convertir en sujeto activo de la misma al conjunto de la población mundial al margen de los Estados individuales concretos. Si todos los habitantes del planeta, en su conjunto, son titulares de la soberanía, entonces nadie es soberano o, lo que viene a ser lo mismo, la soberanía es solo una idea abstracta de imposible aprehensión. Al final, lo determinante será el modo en que cada uno de los titulares de poderes públicos parciales en cada Estado en concreto (o en cada *Land* o región) ejerza el mandato que le ha sido transferido desde el supuesto núcleo central del poder soberano absoluto, la población mundial.

²⁹ FLEINER, T.: "Föderalismus zwischen Integration und Sezession", en Hufen, F (Ed.): *Bundesstaat - Parlament - Opposition* (Symposium aus Anlaß des 60. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. Hans-Peter Schneider - 1997, Hannover), Nomos-Verlag-Ges., Baden-Baden, 2001, pp. 63 ss.

Pero ello significa una vinculación entre cada titular parcial de la soberanía y el titular completo de la misma que en absoluto está tan clara. Al fin y al cabo, lo que se deja entrever aquí es una deificación del poder, la población mundial como un dios todopoderoso que delega en las organizaciones de carácter estatal parcelas de ejercicio de ese poder total. Lo que resulta, al menos todavía hoy, inasumible. Porque más allá del poder absoluto de alcance mundial (o universal), lo que nos encontramos, en primer lugar, son poderes concretos que se ejercen sobre la población de un determinado territorio.

El protagonismo, pues, sigue siendo de los Estados particulares (o de las organizaciones o asociaciones de Estados de carácter inter o supranacional, que cada vez ostentan una mayor relevancia). Y en cada Estado, invariablemente, nos encontramos con una población y un territorio sobre el que se ejerce un poder público concreto. Una vez más la tríada mencionada. Ese poder público se manifiesta en determinadas competencias (de carácter legislativo, ejecutivo y judicial, básicamente). Y el modo jurídico de organizar éstas en un concreto Estado de carácter compuesto, la República Federal de Alemania, particularmente a partir de las recientes reformas constitucionales de 2006 y 2009, es lo que ha de ser objeto de análisis detallado si finalmente se aspira a comprender la posición que cada poder público ostenta en el seno de esta estructura estatal federativa.

C.5.- Teorías sobre la soberanía de los *Länder* en el Estado federal alemán

No obstante esta relativización del concepto de soberanía, han sido y son muchos los autores que se han visto "forzados" a dar una respuesta a este interrogante, presente en cualquier reflexión sobre el origen o la fuente del poder público. Aunque ni es posible ni tiene especial interés mostrar aquí todas ellas, sí se intentará al

menos realizar una exposición crítica de algunas de las posiciones más representativas de la ius publicística alemana a este respecto³⁰.

C.5.a) Teoría trimembre: Hans Nawiasky

Así, para Hans Nawiasky, uno de los defensores más destacados de la llamada vertiente federalista en la época de elaboración de la Ley Fundamental, con la capitulación incondicional de Alemania, que supuso el fin de la Segunda Guerra Mundial, el Estado global había desaparecido, de manera que solo podía ser cosa de los recién creados *Länder* fundar por voluntad propia el nuevo Estado central³¹. Para este autor, en el Estado federal no se ha de distinguir solo entre Federación, por un lado, y *Länder*, por el otro, sino que la diferenciación es triple: República Federal de Alemania (Estado global), Federación (organización estatal central) y *Länder* (Estados miembros). En esta teoría del Estado federal trimembre de Nawiasky, que conecta directamente con un modelo teórico que Hans Kelsen ya había desarrollado en su Teoría General del Estado³², pero que encuentra su principio en las ideas orgánicas del Estado de Otto von Gierke³³, solo la unión de la Federación y los *Länder* puede dar lugar al Estado global (*Gesamtstaat*), República Federal de Alemania, titular única de la soberanía, que atribuye por medio de su

³⁰ Puede encontrarse un resumen de los diversos intentos a fines del s. XIX de diferenciar los conceptos de soberanía y de estatalidad en ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, pp. 172 ss. Para este mismo autor, la cualidad de Estado no es función del criterio de soberanía.

³¹ NAWIASKY, Hans.: *Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland* (Systematische Darstellung und kritische Würdigung), W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart und Köln, 1950, pp. 3 ss.; *idem*: *Allgemeine Staatslehre*, 3.^a Parte, Benzinger, Einsiedeln, Köln, 1956, pp. 151 ss.

³² KELSEN, H.: *Allgemeine Staatslehre*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1925, pp. 198 ss.; *idem*: "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", *VVDStRL*, 5, 1929, pp. 30 y 82.

³³ En la concepción de GIERKE, O. von: *Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, *Schmollers Jahrbuch*, 1883, pp. 1097 y 1167 ss., que se desarrollaba en un plano meramente teórico, el Estado federal trimembre no era más que un *Kompositum* o congregación de Federación y *Länder* sin estructuras orgánicas y de formación de la voluntad propias. Vid. del mismo autor *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo 2, 1873, pp. 839 y 854.

Constitución (Ley Fundamental de Bonn) tanto a la Federación como a los *Länder* sus respectivas competencias.

De conformidad con esta teoría, la República Federal, tercer nivel de la estatalidad, consecuencia de la unión de la Federación y los *Länder*, dispone en exclusiva de sus propios órganos (Presidente Federal y Tribunal Constitucional Federal), distintos de aquéllos otros que comparte con la Federación (Gobierno Federal y Dieta Federal), derivando precisamente de aquí la igualdad ordinamental del Estado central o Federación y de los Estados miembros o *Länder*. Además, que la Federación, según esta teoría, no incluya a los *Länder* se traduce en la imposibilidad de que los órganos de la misma puedan actuar por los de estos últimos. Por contra, los órganos del Estado global o República Federal (el Presidente Federal y el Tribunal Constitucional), pueden actuar no solo con eficacia para la Federación, sino también para los *Länder*. Asimismo, de esta teoría se deriva la imposibilidad de que la Federación pueda reclamar frente a los *Länder* la titularidad exclusiva de la soberanía. Es decir, también los *Länder* son soberanos, pues, de lo contrario, no serían Estados, sino solo corporaciones dotadas de autonomía administrativa con poder derivado, con lo que el Estado federal no consistiría ya en una entidad estatal fruto de la unión de varios Estados, sino en un mero Estado unitario descentralizado³⁴.

Así pues, según Nawiasky, la soberanía y la cualidad estatal de los *Länder* son dos cuestiones que van de la mano. Un Estado o bien es soberano o bien no es Estado. En la República Federal de Alemania, en consecuencia, tanto los *Länder* como la Federación son soberanos. Otra cosa es que esta última sea la única que ostente la soberanía competencial (la *Kompetenz-Kompetenz*). En realidad, ello solo es producto de un pacto previo entre los Estados miembros que voluntariamente decidieron otorgar a la Federación tal competencia. Sin embargo, este no es un privilegio inalienable y de alcance ilimitado del Estado central; también podría

³⁴ NAWIASKY, H.: "Bundesstaat" ..., p. 278.

permanecer en manos de los *Länder*. En tanto que competencia, por consiguiente, puede ser adjudicada a una o a los otros³⁵.

C.5.b) Teoría bimembre

Esta teoría del Estado federal trimembre apenas si tiene defensores hoy en día. La misma fue tildada de radical por la mayor parte de la doctrina y, en consecuencia, rechazada por "artificial". La mayoría de los autores se adscribió a la teoría del Estado federal bimembre³⁶. El propio Tribunal Constitucional Federal, tras unos primeros titubeos, se pronunció abiertamente a favor de esta concepción. Así, mientras en la conocida Sentencia del Concordato el Tribunal parece inclinarse por la teoría del Estado federal trimembre³⁷, en la ulterior Sentencia de Hessen de 11 de julio de 1961, establece de manera definitiva que "la Federación no es (...) ningún 'Estado' central a diferencia de un 'Estado' global, sino tan solo la organización estatal superior que (...) en su relación con los Estados miembros representa al Estado federal"; "la RFA no es, por tanto, ningún Estado federal trimembre"; "junto al Estado federal como Estado global no hay un Estado central especial, sino solo una organización central que, junto con las organizaciones de los Estados miembros, en el ámbito de validez de la Ley Fundamental cumple todas las tareas públicas que en un Estado unitario corresponden a una organización estatal única". Cuando la Ley

³⁵ NAWIASKY, H.: "Bundesstaat"..., pp. 277 ss.

³⁶ Entre ellos, STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., pp. 650 ss.; ISENSEE, J.: "Idee und Gestalt...", p. 607; MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, p. 197; VOGEL, J. J.: "El régimen federal de la Ley Fundamental", en Benda / Maihofer / Vogel / Hesse / Heyde... (Eds.), *Manual de Derecho Constitucional* (Edición, *Prolegomena* y Traducción de A. López Pina), IVAP, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 625; BADURA, P.: *Staatsrecht* (Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland), C. H. Beck, München, 2.^a ed. revisada 1996, p. 288; BATTIS, U. / GUSY, C.: *Einführung...*, p. 101, con apoyo en los arts. 36.2 y 79.3 GG, que solo se refieren a la división de la Federación en *Länder*, y no a la división (territorial) de la República Federal en Federación y *Länder*, y los arts. 24 en sus 3 apartados y 59.1 GG, que en el ámbito de las relaciones exteriores únicamente mencionan a la Federación y no a un Estado global en el sentido de la teoría de la tripartición; IPSEN, J.: *Staatsrecht I* (Staatsorganisation), Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin-Frankfurt/Main, 11.^a ed. 1999, p. 134.

³⁷ *BVerfGE* 6, 309 (340, 363).

Fundamental se refiere a la Federación en contraste con los *Länder* y, en especial, caracteriza a una y a otros como partes posibles de un conflicto constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal, hay que entender “bajo Federación el Estado superior que es originado por la unión de los *Länder* en un Estado federal”. Este Estado superior está, por principio, “supraordenado a los *Länder*”, de modo que solo en los ámbitos en los que la Constitución federal no ha ordenado nada existe igualdad jerárquica³⁸.

De esta forma, según el Tribunal Constitucional Federal, en el Estado federal alemán solo existen dos centros de poder público autónomos: el de la Federación (Estado central), por un lado, y el de cada uno de los *Länder* (Estados miembros), por el otro. Tanto aquella como éstos ejercen las competencias que les han sido constitucionalmente atribuidas. De igual modo, cabe inferir de esta teoría que la Federación, en tanto que superestructura de carácter estatal o Estado superior (*Oberstaat*), en realidad, comprende a los *Länder*. Los órganos de aquella actúan, pues, en el marco de sus respectivas competencias, como órganos del Estado global (que incluiría a los *Länder*), es decir, los órganos federales estarían también facultados para actuar por los *Länder*.

Argumentos adicionales en pos de una concepción bimembre del Estado federal alemán pueden encontrarse –en opinión de Herzog³⁹– tanto en el nivel de la Teoría del Estado como en el jurídico-constitucional. Desde el primero de estos puntos de vista, el Estado global no puede existir porque carece de propio poder público; no es, pues, un Estado. De hecho, el reparto de las facultades y tareas públicas en las Constituciones de los Estados federales modernos está regulado de tal modo que al lado de las competencias del Estado central y de los Estados miembros no sobran ni tareas ni facultades para un eventual “tercer nivel de la estatalidad”, es decir, no resta ningún espacio para otro eventual poder estatal. La consecuencia es entonces

³⁸ BVerfGE 13, 54 (78).

³⁹ HERZOG, R.: “Artikel 20 GG...”, pp. 100 ss.

la imposibilidad de aceptar la existencia de un Estado propio ante la ausencia de uno de los elementos esenciales de la estatalidad, el poder público. Esto afecta –y nos encontramos aquí ya en el punto de vista jurídico-constitucional- de manera especial a la República Federal de Alemania, donde el reparto competencial entre la Federación y los *Länder* está regulado de manera completa por la cláusula general del art. 30 GG, sin que quede margen alguno, por consiguiente, para una competencia propia del Estado global. Cabría concluir, pues, que la diferenciación terminológica entre Federación y República Federal es de todo menos consecuente⁴⁰ y que, por tanto, en Alemania únicamente cabe establecer una diferenciación, a este respecto, entre la Federación o Estado central y los *Länder* o Estados miembros.

C.5.c) Teoría unitarista

Desde una posición antitética a la de teoría trimembre de Nawiasky, el que fuera Ministro de Justicia del *Land* de Hessen a mediados del pasado siglo y representante significativo de la corriente denominada unitarista⁴¹, Zinn, sostiene

⁴⁰ Al margen de estas dos teorías mayoritarias, cabría mencionar –siguiendo la clasificación que hace STEIN, E.: *Staatsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 16.^a ed. 1998, pp. 111 ss.- como modelos autónomos: la "teoría de los Estados-parte" ("*Teilstaaten-Lehre*") de SCHMIDT, W.: "Das Verhältnis von Bund und Ländern im demokratischen Bundesstaat des Grundgesetzes", AÖR 87, 1962, pp. 253 ss. y 293 ss., y HEMPEL, W.: *Der demokratische Bundesstaat* (Artikel 20 Absatz 1 des Grundgesetzes und seine Bedeutung für Zuständigkeitsvereinbarungen zwischen Bund und Ländern), Duncker u. Humblot, Berlin, 1969, pp. 177 ss., entre otros, en virtud de la cual la Federación y los *Länder* son Estados-parte de igual condición de una estructura global que por sí misma no es ningún Estado y que, en virtud de ello, no ostenta ningún órgano que al mismo tiempo pueda actuar con eficacia para la Federación y para los *Länder*; y la teoría del "Estado federal unitario" ("*unitarischer Bundesstaat*") de HESSE, K.: *Der unitarische Bundesstaat*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1962, según la cual las autoridades federales y las de *Land* representan un Estado, la "República Federal", de modo que tanto los órganos de una (la Federación) como los de los otros (los *Länder*) actúan con eficacia para el Estado "República Federal", si bien las autoridades de *Land* se encuentran limitadas al ámbito de su territorio, con lo que la consecuencia necesaria que de ello se ha de derivar es la supraordenación de la Federación sobre los *Länder*.

⁴¹ Cuyo origen podemos encontrarlo ya en la teoría unitaria de la Escuela de LaTomo, mediatizada por el positivismo jurídico de Anschütz, quien concebía el Estado federal como un "Estado global", compuesto corporativamente de Estados individuales que, por un lado, le están subordinados y, por otro lado, participan en la formación de su voluntad" (ANSCHÜTZ, G.: "Das System der rechtlichen Beziehungen zwischen Reich und Länder", en Anschütz, G. / Thoma, R. (Eds.): *Handbuch des*

enfáticamente que la creación de los *Länder* fue obra de los comandantes militares de las potencias de ocupación de Alemania finalizada la Segunda Guerra Mundial, sin que surjan, por tanto, como resultado de un fenómeno revolucionario. En tal sentido, los *Länder* “ni ostentan antes de la entrada en vigor de la Ley Fundamental un poder soberano derivado de su pueblo individual y, en ese sentido, autónomo, ni han recibido éste de la Ley Fundamental de acuerdo con el tenor literal y la interpretación del art. 20.2. Solo son, pues, portadores de un poder derivado del pueblo global”⁴².

Más allá llega Werner Weber, uno de los críticos más decididos del sistema federal creado por la Ley Fundamental. Para este autor, “[l]os *Länder* están concebidos por la Ley Fundamental de Bonn como corporaciones administrativas con una autonomía muy amplia”⁴³, por lo que no cabe sino referirse al “carácter meramente ficticio de la construcción federativa” de la República Federal de Alemania⁴⁴. Tal ficción se mostraría evidente de forma especial en la determinación del art. 29 GG sobre la nueva división del territorio federal, al declarar disponible la existencia concreta de los *Länder* en su actual configuración territorial.

En definitiva, para estos autores unitaristas, las competencias de los *Länder* en el seno del Estado federal alemán se circunscriben a las de carácter administrativo, mientras que las competencias en el ámbito de la legislación, fundamentalmente, tendrían su sede propia en la Federación. No obstante, tampoco dejan de reconocer

Deutschen Staatsrechts, tomo I, Mohr Siebeck, Tübingen, 1930, pp. 295 ss.). En virtud de esta doctrina, pues, la soberanía solo puede recaer, desde un punto de vista lógico-conceptual, en el *Reich* o en la Federación en tanto que Estado central, lo que se traduciría en una clara relación de subordinación de los *Länder* individuales a la Federación potencialmente ilimitada desde un punto de vista jurídico. Vid. también MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.: “Artikel 20 GG”, en su obra: *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo I, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin, Frankfurt a. M., 2.ª ed., 1966, p. 591.

⁴² ZINN, G. A.: “Der Bund und die Länder”, AöR, 36, 1949, pp. 291 y 295 ss.

⁴³ WEBER, W.: *Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz*, Göttingen, 1949, p. 13.

⁴⁴ WEBER, W.: *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, Duncker&Humblot, Berlin, 3.ª ed. 1970, pp. 60 ss.

que todo el sistema constitucional está igualmente poblado de numerosos elementos federalistas, tal y como había sido exigido por las potencias de ocupación.

Estas posturas pecan, sin embargo, de imprecisión y de generalidad. Mantener, como hace Zinn, que los *Länder* carecen de un poder soberano porque son el producto de una decisión ajena a ellos mismos proveniente de las potencias de ocupación es un argumento que con igual razón se podría predicar de toda la República Federal y, sin embargo, no parece que hoy nadie dude, con buen juicio, que Alemania es un Estado (soberano, si se quiere llamar así) de la misma calidad que cualquier otro en el espectro internacional⁴⁵.

Por otro lado, la posibilidad de reordenación territorial de los *Länder* por medio de ley federal prevista en el art. 29 GG a que alude Weber ha de ser analizada con sumo cuidado, pues si bien es cierto que “los *Länder*, como institución, no tienen asegurada ninguna participación jurídico-formal en [este] proceso”, si exceptuamos “el derecho a ser oídos, de débiles efectos, como es fácil de imaginar”⁴⁶, sin embargo, el papel que está llamado a jugar en el mismo la población de los *Länder* no se puede sin más despreciar. En efecto, es cierto que de acuerdo con los arts. 29 y 79.3 GG algún o algunos *Länder* (nunca todos) pueden, a través de su unión con otro u otros, perder su existencia autónoma. Es decir, la Ley Fundamental no garantiza la existencia de los *Länder* en este momento existentes, como el propio Tribunal Constitucional Federal reconoce⁴⁷. Pero en todos los supuestos, salvo en uno relativo a la alteración de una parte del territorio de un *Land* que no cuente con más de cincuenta mil habitantes, en el que tal reordenación territorial puede efectuarse mediante tratado internacional o ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal (art. 29.7 GG), la participación de la población de los *Länder* afectados a través de referéndum (*Volksentscheid*) o consulta popular (*Volksbefragung*) resulta imprescindible.

⁴⁵ BATTIS, U. / GUSY, C.: *Einführung...*, p. 100.

⁴⁶ ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 193.

⁴⁷ BVerfGE 5, 34 (38).

Es posible, por otro lado, que el territorio federal sea ampliado o reducido mediante una modificación de las fronteras de la República Federal de Alemania, cuando ésta concluya tratados internacionales con uno o más Estados vecinos, competencia que se deriva del art. 32.1 GG; lo que en ningún caso podría suceder es que uno de esos territorios no constituyese un nuevo *Land* o no se insertase en otro u otros ya existentes. Pero incluso esta posibilidad de ampliar o reducir las fronteras del territorio federal, con la consiguiente repercusión que ello puede acarrear para determinados *Länder*, ha de ser matizada, pues, como el apartado 2 de ese art. 32 GG establece, la celebración de un tratado internacional que afecte a las circunstancias específicas de un *Land* exige que éste previamente sea escuchado en el momento oportuno. Matización, con todo, bien está reconocerlo, de modestas dimensiones ya que finalmente las fronteras federales, y con ello también las del *Land* afectado, podrían ser modificadas incluso contra su voluntad.

A la vista de este panorama, no deja de parecer un tanto exagerada la afirmación de Weber acerca del “carácter meramente ficticio de la construcción federativa” en la Ley Fundamental de Bonn. En este mismo sentido, la caracterización de la República Federal de Alemania como Estado federal “lábil” (“*labiler*” *Bundesstaat*) realizada por el Tribunal Constitucional Federal, siguiendo abiertamente la expresión que acuñara en su momento Richard Thoma⁴⁸, tampoco resulta muy justificada, como ha criticado parte de la doctrina, que ha propuesto su sustitución por la fórmula “Estado federal estable” (“*stabiler Föderalismus*”)⁴⁹, pese a que, como advierte Stern, ni una ni otra calificación puedan servir como principio de interpretación o directriz que permita una explicación adecuada de las relaciones Federación-*Länder* en la Ley Fundamental⁵⁰.

⁴⁸ Quien con tal expresión hacía referencia a la posibilidad de que el sistema federativo fuera sustituido por uno de carácter unitario. Véase ANSCHÜTZ, G. / THOMA, R. (Eds.): *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, tomo I, Mohr Siebeck, Tübingen, 1930, p. 184.

⁴⁹ Véanse a este respecto las reflexiones de HERZOG, R.: “Artikel 20 GG...”, pp. 112 ss.

⁵⁰ STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 663.

Flexibilidad o estabilidad en el Estado federal solo pueden ser determinadas desde el punto de vista de su desarrollo en las relaciones concretas y éstas han mostrado, desde 1949, que la relación federativa nunca es estática y definitiva, sino dinámica y cambiante. Ahora bien, lo que hoy en día resulta evidente es que el art. 79.3 GG representa un importante factor de estabilidad para la estatalidad federal de los *Länder*, al contener la garantía de una determinada inviolabilidad federativa (“la división de la Federación en *Länder*” y “la cooperación básica de los *Länder* en la legislación”), que hasta ahora ninguna otra Constitución alemana contenía. En consecuencia con todo ello, tal vez sea más apropiado hablar -como hace Ingo von Münch- de “Estado federal estable con *Länder* lábiles” que simplemente de “Estado federal lábil”⁵¹.

C.5.d) Otras concepciones de la soberanía en el Estado federal alemán

Junto a estas vertientes descritas, marcadamente federalistas o unitaristas, podemos encontrar asimismo otras posiciones intermedias más matizadas. Doehring, por ejemplo, mantiene que en el Estado federal la soberanía corresponde al Estado central, lo que se traduce en la negación de la cualidad estatal de las entidades integrantes de ese Estado desde el punto de vista del derecho internacional. No obstante, no deja de reconocer que estos entes territoriales sí conservan un derecho de cogestión “soberano” en la medida en que participan en la modificación del sistema jurídico del Estado global, aun cuando su postura pueda ser derrotada ante la formación de una mayoría de votos provenientes de los demás miembros que, de acuerdo con el art. 79.2 GG, para las modificaciones constitucionales se eleva a dos tercios de los miembros de la Dieta Federal

⁵¹ MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, p. 200. De otra opinión, ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 73, para quien dado que la “combinación de elementos “estables” e “inestables” en la configuración constitucional del orden federal alemán provoca como verdadera resultante un modelo federal abierto, capaz de evolucionar”, lo más adecuado sería “hablar propiamente de un *federalismo evolutivo*, y no de un federalismo estable o inestable.”

(*Bundestag*) y dos tercios de los votos del Consejo Federal (*Bundesrat*). También en el Estado federal queda, de esta manera, según Doehring, un resto de autonomía para los *Länder* o, dicho con otras palabras, existe una soberanía de estos Estados miembros en su conjunto⁵².

Kimminich directamente prescinde de la consideración de la soberanía como distintivo esencial del concepto de Estado. En su opinión, en la República Federal de Alemania está claro hoy en día que tanto la Federación como los *Länder* son Estados. Otra cosa es la cuestión de la soberanía que, como tal, yace únicamente en la Federación, si bien en la relación de ésta con los *Länder* queda aquélla reducida al reparto de competencias⁵³.

En el marco de su exhaustivo estudio sobre el principio federal, Šarčević defiende la posibilidad de derivar del mismo el “poder estatal soberano” de los *Länder*, emparejando, de este modo, la cualidad estatal de éstos con el elemento de la soberanía⁵⁴. Más concretamente, considera como uno de los requisitos esenciales de la exigencia constitucional del art. 79.3 GG (relativa a la intangibilidad de la división territorial de la Federación en *Länder*, de la cooperación de éstos en la legislación así como de los principios establecidos en los artículos 1 y 20 GG) la doble estatalidad de la Federación y los *Länder*⁵⁵. No obstante, más adelante reconoce que en el orden federal de la Ley Fundamental no existe un poder constituyente de *Land* independiente del del Estado global, pues aquél se encuentra ya predefinido por el derecho constitucional federal de acuerdo con los arts. 1.1, 28.1, 31 y 142 GG⁵⁶. De esta forma, la soberanía de los *Länder*, en caso de existir, sería de otra calidad que la del Estado global.

⁵² DOEHRING, K.: *Allgemeine Staatslehre...*, pp. 69 y 74.

⁵³ KIMMINICH, O.: “Der Bundesstaat”..., pp. 1120 ss. y 1138.

⁵⁴ ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 200.

⁵⁵ ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 233

⁵⁶ ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 234.

Zippelius, por su parte, distingue claramente la soberanía, la unidad del poder público y el monopolio de la violencia física, elementos todos ellos que van parejos del reparto de las funciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales entre los órganos federales y de *Land*. Reparto funcional que se ha llevado a efecto de tal modo en la Ley Fundamental que ni la Federación ni los *Länder* ostentan la llamada soberanía competencial, es decir, un poder de regulación completo en virtud de cuyo ejercicio podrían privar de las competencias a la otra parte. Reconocido esto -añade Zippelius- que a los *Länder* “se les quiera caracterizar como “Estados” no soberanos es solo una decisión terminológica”⁵⁷.

C.5.e) Posición del Tribunal Constitucional Federal

Finalmente, también el Tribunal Constitucional Federal se ha pronunciado sobre esta controvertida cuestión. Precisamente, en su primera sentencia, con motivo de un procedimiento relativo a la nueva división territorial de los *Länder* de Baden, Württemberg-Baden y Württemberg-Hohenzollern, el Tribunal hizo uso de una formulación que después ha sido repetida a menudo en relación con la posición básica de aquéllos en la estructural federal: “Los *Länder* son, como miembros de la Federación, Estados con poder público soberano propio -si bien limitado en cuanto al objeto-, no derivado de la Federación, sino por ella reconocido” [*BVerfGE* 1, 14 (34)].

Cabría preguntarse aquí si ese reconocimiento del poder, mejor que soberano, público, de los *Länder* por parte de la Federación del que habla el Tribunal no es más bien un reconocimiento constitucional federal. Esto es, el poder público de los *Länder* ni deriva de la Federación ni es por ésta reconocido, sino que, en realidad, deriva de las Constituciones respectivas de *Land*, adquiriendo un nuevo sentido a la luz de la Constitución federal al ser por ella reconocido. Dando un paso más allá,

⁵⁷ ZIPPELIUS, R.: *Allgemeine Staatslehre...*, pp. 64 ss.

una observación detenida de este concepto de poder público soberano, en la terminología del Tribunal Constitucional Federal, nos lleva, en realidad, a concluir que el concepto de soberanía que aquí se está utilizando en poco (si en algo) se diferencia del concepto de competencia que más adelante estudiaremos con detenimiento. Que los *Länder* sean titulares de un poder público soberano propio pero limitado en cuanto al objeto y, cabría añadir, siempre que se mantengan dentro de los márgenes fijados por el art. 28 GG, no es más que reconocer que los *Länder* (al igual que la Federación) tienen atribuida por la Ley Fundamental una serie de competencias sobre las que pueden disponer libremente dentro del marco constitucional respectivo. Una vez más, pues, se pone de manifiesto que la apelación al concepto de soberanía no solo resulta innecesaria, sino que además entorpece la comprensión de las relaciones federativas en el seno de un Estado compuesto como el alemán, así como el estudio de la distribución y delimitación del poder público entre la Federación y los *Länder*.

C.6.- Conclusión provisional: Prescindibilidad del concepto “soberanía” en el Estado federal alemán

A tenor de lo apuntado, no parece, por tanto, que el criterio de la soberanía resulte de ayuda en orden a la determinación de la cualidad estatal de los *Länder*. Como pone de manifiesto Isensee⁵⁸, la discusión en torno a si es posible o no dividir la soberanía entre el Estado central y los Estados miembros en el seno de un Estado federal es infructuosa. El criterio de la soberanía, a causa de su inconsistencia, no puede cumplir hoy con esta función que le ha sido históricamente demandada. Si se le somete a una observación pormenorizada se podrá comprobar cómo el mismo se descompone en significados heterogéneos, cambiando su contenido jurídico y su sentido político en función de la relación a la que se aplique. Por otra parte, el concepto de la soberanía popular como origen último del poder público, con

⁵⁸ ISENSEE, J.: “Idee und Gestalt...”, pp. 552 ss.

exclusión de cualquier otro motivo de legitimación, es desde el punto de vista de las relaciones federativas indiferente porque en un Estado federal tanto la Federación como los *Länder* tienen su origen en un pueblo (parcialmente) idéntico.

La soberanía "exterior" de la República Federal de Alemania frente a terceros Estados es una categoría de derecho internacional que solo tiene relevancia práctica por razones jurídico competenciales para la Federación, ya que las competencias en materia de poder exterior están, en gran medida, concentradas en sus manos⁵⁹. La soberanía "interior", que se refiere a la superioridad (*Zu-Höchst-Sein*) del poder público sobre las fuerzas sociales no estatales y que, como tal, no es ninguna categoría de derecho público, es predicable por igual de todos los detentadores de poder público (Federación, *Länder* y municipios). En conclusión, el criterio de la soberanía, en su vertiente exterior o interior, ni es apto para afirmar ni para negar la cualidad estatal de los *Länder*⁶⁰. Se trata, más bien, de un concepto que, según su significado, tiene su patria en el Derecho internacional o en la teoría general del Derecho; por el contrario, la cuestión de la cualidad estatal de los *Länder* se desenvuelve en el ámbito del derecho constitucional federal; a tal efecto, la afirmación de la cualidad estatal de los *Länder* es conforme a la Ley Fundamental de Bonn, sin que este postulado de derecho constitucional interno pueda verse frustrado en razón de medidas externas a la Constitución misma.

Ante este panorama, en el que predomina la vaguedad y la falta de precisión, se propone aquí prescindir, a la hora de acometer el estudio de la estatalidad en el

⁵⁹ Como veremos en su momento, en el ámbito de la Unión Europea, la reforma constitucional de 2006 ha supuesto un incremento de las facultades de intervención de los *Länder*, sin que ello desmerezca lo apuntado en el texto principal.

⁶⁰ Tampoco JERUSALEM, F. W.: "Die Staatsidee des Föderalismus", *Recht und Staat*, 142-143, Verlag J. C. B. Mohr, (Paul Siebeck), Tübingen, 1949, pp. 26 ss. y 54, considera el concepto de soberanía válido para caracterizar al Estado federal, al contrario de lo que sucede en el Estado central, en el que el criterio de la soberanía vendría a destacar la independencia de aquél hacia fuera, mientras que hacia dentro no tolera junto a él ningún titular autónomo de funciones públicas. En todo caso, los Estados miembros de un Estado federal tienen autonomía, pero nunca son soberanos. De igual manera, la medida de la nación soberana tampoco es aplicable en el Estado federal, sino que tiene como condición al Estado central.

seno del Estado federal, de un concepto tan sobredimensionado como el de "soberanía"⁶¹, al que van anejas, por cierto, connotaciones cuasi mitológicas, con lo que el acuerdo se dificulta aún más, pues ya se sabe que cada uno tiene sus mitos y los idolatra de acuerdo con los más diversos y pintorescos rituales y, en contrapartida, se anima a sustituirlo por aquellos elementos ya enunciados, valorativamente más neutros: poder público, pueblo estatal, territorio estatal⁶².

⁶¹ En esta misma línea de abogar por la superación del recurso al concepto de "soberanía" para explicar la cualidad estatal de un Estado, véase STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., pp. 644 ss., quien mantiene que más decisivo que determinar si un Estado ostenta o no ese poder soberano es que las competencias distribuidas entre todos los órganos de las diversas organizaciones estatales se complementen unas a otras, sin dejar lagunas, de modo que este sistema de reparto competencial puede ser visto hoy como la pieza clave de la estructura estatal federal.

MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, pp. 204 ss., por su parte, defiende la razón que asiste a quien se pregunta si el concepto de soberanía no es demasiado difuso y en cualquier caso carente de interés hoy en día en el Estado federal, pues "soberanía", con razón, no puede significar ausencia de límites (*Unbeschränktheit*) sino solo un grado de decisión supremo y relativo.

BATTIS, U. / GUSY, C.: *Einführung...*, pp. 100 ss., al tiempo que se adhieren a la opinión de los autores que mantienen que es poco productivo aplicar medidas tan grandes como soberanía y autonomía constitucional, recuerdan cómo ya en el primer tercio del siglo pasado el profesor de Derecho Público Hugo Preuss rechazó la cuestión controvertida –"Estado miembro de un Estado federal o Entidades administrativas autónomas de un Estado unitario descentralizado"- como infructuosa.

Finalmente, HERZOG, R.: "Artikel 20 GG...", pp. 97 ss., mantiene que el elemento conceptual primario del Estado federal es el reparto del poder estatal, siendo, por tanto, este último concepto y no el de soberanía el punto de partida de todo debate sobre la estatalidad. De hecho, la idea de soberanía en el Derecho constitucional, en el Derecho internacional y en la Teoría del Estado ha sido configurada conceptualmente desde muy variados puntos de vista, de manera que hoy por soberanía es posible entender diversos significados, lo que pone muy seriamente en tela de juicio la capacidad de esta categoría para explicar la esencia de la estatalidad. En consecuencia, carece hoy de sentido preguntarse qué nivel estatal en la relación federal es soberano y cuál no, y si se pueden dar formas de organización con carácter estatal que no sean soberanas. Hoy el criterio de distinción entre el Estado unitario y el federal –continúa HERZOG- es el de la derivación o no de cada poder público de otro distinto. Este requisito de la no derivación del poder público del Estado global de actos jurídicos de los poderes de los Estados miembros, sino del poder constituyente del pueblo federal, y, viceversa, no derivación del poder estatal de los Estados miembros de actos jurídicos del Estado central, sino del poder constituyente de cada respectivo pueblo, en un Estado federal es, sin duda, más concreto que el de la soberanía.

⁶² DOEHRING, K.: *Allgemeine Staatslehre...*, pp. 22 ss., destaca, en esta línea, que por medio de esos tres elementos, imprescindibles también en cualquier otro intento de definición del Estado (como el que se deriva de la Teoría de la integración de Rudolf Smend que concibe al Estado como un "proceso constante de actualización", en el sentido de un "plebiscito que se repite todos los días"; el de Hermann Heller, para quien el Estado no es sino una institución de puro poder coercitivo; o el de Hans Kelsen, que caracteriza a aquél como un orden normativo puro o un conjunto de relaciones jurídicas en cuya cúspide se encuentra la Constitución misma), se consigue una descripción real del concepto Estado que no está vinculada a ningún objetivo estatal determinado (moralidad, religión, etc.), pues dada su "basta estructura" ("*grobe Struktur*") esta definición es válida para caracterizar a todos los Estados conocidos al margen de su orientación ideológica.

En último término, la cuestión de fondo es si Estado y soberanía son conceptos que han de ir indisolublemente unidos o si, por el contrario, tienen existencia autónoma. O, dicho de otro modo, la pregunta clave sería: ¿puede existir un Estado que no sea soberano? Sin ánimo de entrar a responder de manera concluyente esta espinosa cuestión⁶³, que, en buena medida, quedaría sin objeto si, como parece lo más correcto en los regímenes democráticos auténticos, la soberanía se predicase del pueblo y no del Estado⁶⁴, ante las dificultades esbozadas para encontrar una definición de soberanía válida para entender el concepto de Estado federal, y dando por supuesto que en esta forma de organización territorial del poder la Federación y los Estados miembros o *Länder* no tienen la misma cualidad estatal, lo que se pretende aquí es centrar la atención en otro haz de cuestiones que una vez estudiadas nos permitan tener una visión adecuada y certera de cómo se distribuye el poder en un Estado federal y, finalmente, determinar en qué consiste uno de los elementos más característicos de éste: la distribución de facultades legislativas entre la Federación y los *Länder*. En conclusión, el Estado federal (alemán, en este caso) se puede entender sin necesidad de responder a la pregunta sobre si los *Länder* son o no soberanos⁶⁵.

⁶³ Que HERZOG, R.: "Artikel 20 GG...", pp. 97 ss., por cierto, descartó por carente de sentido.

⁶⁴ Esto mismo se pregunta DOEHRING, K.: *Allgemeine Staatslehre...*, p. 108, a propósito de la cuestión sobre la soberanía interior del Estado: ¿no carece la misma de objeto, dado que finalmente "todo poder estatal debe derivar del pueblo"?

⁶⁵ Merece ser citado aquí de nuevo ISENSEE, J.: "Idee und Gestalt...", p. 554, para quien el concepto de soberanía ni puede afirmar ni contradecir la cualidad estatal de los *Länder*, dado que mientras el mismo tiene su sede en el derecho internacional o en la Teoría general del Estado, por el contrario, la cuestión de la cualidad estatal de los *Länder* se ha de desenvolver en el ámbito del derecho constitucional federal y, desde este punto de vista, cabe concluir, a la luz de la Ley Fundamental, que los *Länder* son considerados Estados, sin que este argumento interno de derecho constitucional pueda ser frustrado en razón de medidas externas a la Constitución.

D.- EL CONCEPTO DE AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS O *LÄNDER*

En estrecha relación con la idea de soberanía, el concepto de autonomía constitucional ha sido empleado con frecuencia también como criterio definidor de la estatalidad. Con este concepto se apela a la capacidad que todo Estado ha de tener para constituirse autónomamente por medio de una norma de rango constitucional. Esto es, según esta concepción, un ente territorial que no pueda darse libremente a sí mismo una Constitución no es un Estado en sentido jurídico-público.

Esta teoría, aplicada al orden federal alemán, pone en entredicho la presunta cualidad estatal de los Estados miembros o *Länder*, pues mientras el Estado central o Federación ejerce su voluntad constituyente con libertad, aquéllos se encuentran con ciertos límites fijados en la Constitución federal que sus respectivas Constituciones han de respetar (art. 28.1 GG), con lo que ante esta aparente supremacía del derecho constitucional federal no parece convincente hablar de autonomía constitucional de los *Länder*⁶⁶. No obstante, esta conclusión provisional merece una explicación más detallada.

En un Estado políticamente descentralizado como el alemán, en el que tanto la Federación como los *Länder* ostentan sus propios ámbitos competenciales, existe el riesgo de que, a falta de una homogeneización mínima entre las políticas de una y de otros, se llegue a una dispersión o, lo que es peor, a una contradicción o, incluso, a un conflicto entre las diversas actividades que, en definitiva, habrían de estar orientadas a la consecución de unos mismos objetivos beneficiosos para el conjunto del Estado y de los ciudadanos⁶⁷. Este *principio de homogeneidad* mínima de la

⁶⁶ ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 116.

⁶⁷ Esos peligros para la capacidad y la unidad de acción del Estado han sido denunciados, entre otros, por STERN, K.: "Pluralismo territorial y derechos fundamentales", en VV.AA.: *Pluralismo territorial en la República Federal de Alemania* (Trad. de M. Cancio Meliá), MAP/INAP, Madrid, 1989, pp. 69 ss., quien los considera, precisamente, como una de las desventajas de la configuración federal del Estado. Vid. también del mismo autor: *Das Staatsrecht...* tomo I..., pp. 704 ss.

Federación y los *Länder* y de éstos entre sí⁶⁸ encuentra apoyo normativo en la propia Ley Fundamental (arts. 28.1 y 3 GG). En virtud de estos preceptos, el orden constitucional de los *Länder* ha de corresponderse con los principios básicos de organización del Estado aquí previstos (Estado social, republicano y democrático de derecho: art. 20.1 GG), así como con los derechos fundamentales⁶⁹, estando obligada la Federación a garantizar que esa concordancia efectivamente se produzca⁷⁰.

Este art. 28.1 GG solo reclama, como se ha ocupado de especificar el Tribunal Constitucional Federal, un “mínimo de homogeneidad”, no, por tanto, una conformidad o uniformidad plena⁷¹. Es discutible, sin embargo, si este precepto establece derecho constitucional de *Land* directamente aplicable o si, por el contrario, se limita a disponer “un marco” dentro del cual los *Länder* pueden libremente moverse. Stern considera adecuado ver en él una disposición que actúa en el interior de las Constituciones de los *Länder*, de modo que si algún precepto de una Constitución de *Land* lo contradijera sería nulo, dada la prevalencia del derecho federal sobre el derecho de *Land* (art. 31 GG). En cambio, si en vez de producirse una contradicción tal, se diese una identidad de contenido o simplemente se

⁶⁸ Reclamado por el propio Tribunal Constitucional Federal en su *BVerfGE* 36, 342 (361).

⁶⁹ Interesantes reflexiones sobre la relación entre el principio federal y los derechos fundamentales desde el punto de vista de la idea de igualdad, así como sobre la supuesta fuerza unificadora intrínseca a los mismos, con cita de la importante Sentencia del Tribunal constitucional de 18 de julio de 1972 sobre el *numerus clausus* (*BVerfGE* 33, 303), pueden encontrarse en STERN, K.: “Pluralismo territorial...”, pp. 67 ss. Vid. también OETER, S.: *Integration...*, pp. 427 ss.

⁷⁰ Además de estos principios constitucionales básicos a que se refiere el art. 28 GG, la Constitución federal asegura también esa homogeneidad mediante otra serie de instituciones y procedimientos, entre los que se encuentran, según VOGEL, J. J.: “El régimen federal...”, p. 628, la eficacia inmediata de la Ley Fundamental en los *Länder*, derivada, entre otros, del art. 1.3 GG, el *mandato negativo de homogeneidad* del art. 31, la atribución a algunos órganos federales de facultades de intervención, en especial a través de los institutos de la coerción federal y la supervisión federal, así como el principio de lealtad federal. HERZOG, R.: “Artikel 20 GG...”, p. 110, además destaca también la importante eficacia homogeneizadora que se deriva del art. 20.3 GG, así como de los principios generales a que hace referencia el art. 33 GG. Vid. también STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 704; NETTESHEIM, M./QUARTHAL, B.: “La reforma de las Constituciones...”, pp. 282 ss.

⁷¹ *BVerfGE* 9, 268 (279); 24, 367 (390); 27, 44 (56); 36, 342 (360 s.); 52, 95 (110); 83, 37 (58); vid. también la interpretación que la *BVerfGE* 34, 52 (57) hace de la llamada “homogeneidad diferenciada”.

incluyesen normas constitucionales de *Land* que la Ley Fundamental no conoce pero a la que tampoco contradicen, el precepto constitucional de *Land* permanecería en vigor⁷², lo que es especialmente significativo en el caso de algunos derechos fundamentales no previstos en la Ley Fundamental, pero sí en algunas Constituciones de los *Länder*⁷³. Y es que, en efecto, como ha tenido ocasión de establecer el Tribunal Constitucional Federal en repetidas oportunidades, en el Estado de impronta federativa que constituye la Ley Fundamental los ámbitos constitucionales de la Federación y de los *Länder* se encuentran unos al lado de los otros, de modo que, en la medida en que aquélla no establezca ninguna determinación normativa en relación con las Constituciones de los *Länder*, éstos pueden ordenar por sí mismos y con plena libertad su derecho constitucional⁷⁴.

A la luz de esta aclaración conviene detenerse un momento y reflexionar, con Oeter, sobre si el rol que le ha sido asignado a ese art. 28.1 GG no está, en realidad, sobredimensionado. Porque, finalmente, en este precepto “solo están fijados por escrito los principios básicos del moderno Estado constitucional (“principios del Estado republicano, democrático y social de Derecho”) cuyo reconocimiento básico está completamente fuera de cuestión”. La exigencia de homogeneidad del art. 28.1 GG carece, en esa medida, de auténtica relevancia, pues los principios que constituyen su objeto “tampoco estaban a disposición del constituyente histórico de la Ley Fundamental, sin que por ello a nadie se le ocurra hoy poner en duda la cualidad de “unidad política originaria” de la República Federal”⁷⁵.

Por otro lado, no es tan evidente, como la mayoría de los representantes de la llamada Teoría del Estado federal bímembre y el propio Tribunal Constitucional

⁷² BVerfGE 36, 342.

⁷³ STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., pp. 705 ss.

⁷⁴ BVerfGE 4, 178 (189); 6, 376 (381 ss.); 22, 267 (270); 41, 88 (118); 60, 175 (209); 96, 231 (242); 96, 345 (368 ss.).

⁷⁵ OETER, S.: *Integration...*, p. 392.

Federal⁷⁶ pretenden, que con base fundamentalmente en este art. 28.1 GG las relaciones entre el derecho constitucional federal y de *Land* hayan de definirse necesariamente en términos de jerarquía. Más bien, es posible, me parece, enfocar la cuestión desde la perspectiva del reparto competencial constitucionalmente establecido⁷⁷. Así, se podrá convenir que las diferencias existentes, en lo que a reflejo de la cualidad estatal se refiere, entre Federación y *Länder* son las que la Ley Fundamental ha querido, sin que esto signifique que aquélla se encuentre supraordenada a éstos. Porque si es cierto que en determinados ámbitos la Federación está facultada para adoptar decisiones a través de sus órganos competentes que también vinculan a los *Länder*, no deja de ser menos verdad que éstos, en el campo de sus respectivas competencias, actúan asimismo con eficacia vinculante para la Federación⁷⁸.

De ahí que no se pueda compartir la opinión de aquellos autores que, como Klaus Stern, reconociendo, como no podía ser menos, que el punto de partida de todas las

⁷⁶ El Tribunal Constitucional Federal entiende que la Federación, en tanto que Estado superior que a través de la unión con los *Länder* se ha constituido en un Estado federal, está, en principio, supraordenada a los *Länder*. En su opinión, a los órganos de la Federación les corresponden competencias que muestran la supraordenación del poder global sobre el poder de los Estados miembros, en especial la competencia sobre la competencia [*BVerfGE* 13, 54 (78 ss.) con remisión a *BVerfGE* 1, 14 (51)]. Vid. también *BVerfGE* 34, 216 (231)]; solo en aquellos ámbitos en que la Constitución federal no haya previsto nada existe igualdad [*BVerfGE* 4, 178 (189); 6, 378 (382); 13, 54 (78); 22, 267 (270); 36, 342 (361); 42, 103 (112 ss.)]. Vid. ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 66.

⁷⁷ En la línea de lo mantenido por BROCKMEYER, H. B.: "Artikel 20 GG...", p. 518, para quien la relación entre la Federación y los *Länder* es básicamente de igualdad, de manera que en el Estado federal de la Ley Fundamental no hay ni una supraordenación general de la Federación ni una supervisión general sobre los *Länder*; sencillamente, en la Constitución federal existen especiales facultades limitadas de la Federación frente a los *Länder* para garantizar el orden federal y para asegurar la validez unitaria del derecho federal en la totalidad del territorio nacional. También ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 352, reconoce que los dos centros de poder estatal que coexisten en la República Federal de Alemania "no guardan entre sí, de modo ordinario y natural, relación alguna de supra o subordinación".

⁷⁸ Véase, sobre todo, STEIN, E.: *Staatsrecht...*, pp. 113 ss., quien, con acierto, sostiene de manera muy gráfica que la "supraordenación de la Federación sobre los *Länder*" en el ámbito de las competencias federales se corresponde con una "supraordenación de los *Länder* sobre la Federación" en el ámbito de las competencias de estos últimos; también: JERUSALEM, F. W.: "Die Staatsidee...", pp. 59 y 65 ss., que mantiene que el Estado global federalista se caracteriza por constar de un sistema de comunidades estatales mayores y menores que coexisten en una relación de "igualdad ordinamental completa" ("völlige Gleichordnung"); y VOGEL, J. J.: "El régimen federal...", p. 625.

concreciones federativas es la Constitución federal, en tanto que “orden fundamental común a la Federación y a los *Länder* del Estado federal”, sostiene, sin embargo, que la propia Constitución federal constituye un límite para los *Länder*, deduciendo de ello, con apoyo en la jurisprudencia constitucional mencionada, que en la medida en que la Federación se encuentre supraordenada a los *Länder* le corresponde a ésta la competencia sobre la competencia, consideración que se manifiesta concretamente en la vinculación de los órganos de *Land* al orden constitucional y a los derechos fundamentales (arts. 20.3 y 1.3 GG), existiendo en los ámbitos en los que la Constitución federal no contiene ninguna regulación una igualdad ordinamental (*Gleichordnung*)⁷⁹.

Al margen de estar, como se ha dicho, en desacuerdo con esta visión, se podría plantear además la siguiente cuestión con intención crítica: esa vinculación de los órganos de *Land* al orden constitucional y a los derechos fundamentales, ¿no es la misma que la que tienen los órganos de la Federación?; es decir, ¿existe acaso alguna diferencia entre la vinculación de los órganos de *Land* y los federales al orden constitucional y a los derechos fundamentales? Más bien, lo que este autor parece dar por supuesto es que la Constitución federal es la norma fundamental que solo constituye a la Federación, mientras que lo que aquí se sostiene es que esta misma Norma, en función del Estado federal del que estemos hablando, puede fundar asimismo a los Estados miembros (en el supuesto de Estados federales que surgen por disgregación de un Estado políticamente centralizado o solo administrativamente descentralizado) o, cuando menos, “refundar” la posición que éstos tienen a partir del momento en que dejan de ser independientes para pasar a convertirse en partes de una organización estatal políticamente descentralizada. Es decir, la Constitución federal no solo es la Constitución de la Federación, sino también la Constitución de los Estados miembros, sin que ello sea incompatible con el hecho de que éstos, por su parte, tenga sus propias Constituciones.

⁷⁹ STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 652.

Concebir el orden constitucional federal y los órdenes constitucionales de los Estados miembros como compartimentos estancos que no se comunican va contra toda comprensión posible de lo que una organización estatal supone, por muy descentralizada políticamente que sea⁸⁰. En esta misma línea, el propio Tribunal Constitucional Federal, en su interpretación del art. 28.1 GG, ha llegado a afirmar que el derecho constitucional de *Land* está, en un sentido amplio, integrado no solo por las disposiciones de la Constitución de *Land* sino también por las de la Ley Fundamental⁸¹.

Se podrá insistir, por otra parte, en que las posibilidades de intervención de la Federación en los *Länder* por medio de las conocidas técnicas de supervisión -*Bundesaufsicht*- (arts. 84.3, 4 y 5, 85.3 y 4 y 108.3 GG), coerción -*Bundeszwang*- (art. 37 GG) e intervención federal -*Bundesintervention*- (arts. 35.2 y 3 y 91.1 y 2 GG)⁸² son una muestra de esa supraordenación de la Federación sobre los *Länder*⁸³, pero entonces se estará ignorando, por un lado, que para su adopción o mantenimiento se requiere en muchos casos (fundamentalmente en lo que afecta a las dos últimas, que, por otra parte, son las que presentan un mayor grado de intromisión en la esfera de actuación de los *Länder*) la participación decisiva del Consejo Federal, integrado, no se olvide, por miembros de los Gobiernos de los

⁸⁰ ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 200, presenta la doble cualidad estatal de la Federación y de los *Länder* así como la “coexistencia de sus espacios constitucionales” como una “consecuencia de la función constructiva y constitutiva del principio federal”.

⁸¹ *BVerfGE 1, 208 (232)*; también: *BVerfGE 4, 375 (378)*; *27, 44 (55)*.

⁸² Sobre estas facultades de intervención de la Federación en el ámbito de la actividad de los *Länder*, vid. ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, pp. 201 ss.

⁸³ Como hace HERZOG, R.: “Artikel 20 GG...”, pp. 114 ss. No obstante, este mismo autor reconoce más adelante que este mismo principio de supraordenación de la Federación sobre los *Länder* se aplica en sentido contrario en el campo de las competencias de *Land*, pues, por ejemplo, el art. 20.3 vincula no solo a las autoridades de *Land* a las decisiones legislativas de la Federación, sino, también al revés, las autoridades federales a las decisiones legislativas de *Land*. Por otro lado, reconoce HERZOG que allá donde falte una decisión expresa del constituyente, se debe afirmar con seguridad la paridad de la Federación y de los *Länder*. Así las cosas, como se sostiene en el texto principal, no parece muy adecuado hablar aquí de relaciones de supra o subordinación. En todo caso, lo que hay es una (supra)ordenación de la Ley Fundamental, que es la que determina cómo se desarrollan determinadas relaciones entre la Federación y los *Länder*, sin que ayude en nada calificar las mismas en términos de jerarquía.

Länder, y, por otro lado, que esas técnicas interventoras existen de manera reglada, para supuestos específicos que la propia Ley Fundamental prevé, es decir, no se encuentran a disposición de la Federación para hacer uso de ellas cuando crea conveniente⁸⁴.

En realidad, lo que se quiere destacar con esta argumentación es que más que definir en términos de supraordenación o de igualdad las relaciones entre la Federación y los *Länder*, lo que se ha de hacer es prestar la máxima atención a los dictados constitucionales, a efectos de saber si es la Federación o son los *Länder* los que tienen la competencia (utilizado aquí este vocablo en sentido amplio) para la adopción de determinada medida o para la regulación de cierta materia.

Algo similar cabría decir frente al argumento de que esa supuesta supraordenación federal se pone de manifiesto en el hecho de que la Federación ostenta la así llamada "competencia sobre la competencia" ("*Kompetenz-Kompetenz*"), esto es, de que a través de una reforma constitucional aquélla podría alterar el orden competencial hasta entonces existente⁸⁵. Sin perjuicio de lo que en su momento se dirá sobre este punto, baste aquí con señalar que la tal "competencia sobre la competencia" sería ciertamente una muestra de la supremacía federal sobre los *Länder* si en la reforma constitucional aludida únicamente interviniera la Dieta Federal, pero como no es así, sino que también se precisa de dos tercios de los votos del Consejo Federal (art. 79.2 GG), no resulta muy creíble derivar de aquí una tal superior ordenación jerárquica de la Federación⁸⁶. Ahora bien, lo que tampoco se puede desconocer es que la posición que a este respecto ocupan la Federación y

⁸⁴ En relación con estas técnicas de supervisión, JERUSALEM, F. W.: "Die Staatsidee...", p. 40, destaca que las mismas no tienen cabida alguna en una auténtica estructura estatal federalista, pues aquí cada comunidad estatal es autónoma en el ejercicio de sus funciones, sin que quepa legítimamente otro control que el de los Tribunales, de donde cabe derivar que la República Federal de Alemania, al igual que sucedía con la República de Weimar, se encuentra en contradicción con el federalismo así entendido.

⁸⁵ Véase, en este sentido, VOGEL, J. J.: "El régimen federal...", p. 625.

⁸⁶ En la línea de lo mantenido por STEIN, E.: *Staatsrecht...*, p. 114. Precisamente, según este autor, la teoría del Estado federal bímembre, que él también defiende, no es incompatible con una defensa de la igualdad ordinal de la Federación y de los *Länder*, pese a que aquélla comprenda a éstos.

los *Länder* individuales (no en tanto que conjunto) no es idéntica, pues mientras el asentimiento de la primera es siempre imprescindible en toda modificación constitucional, no sucede lo mismo con el de cada uno de los Estados miembros, es decir, podría llevarse a efecto una tal modificación de la Ley Fundamental en contra de la voluntad de algún o algunos de los *Länder* y, en tal sentido, éstos podrían ver alterada su dotación competencial sin poder evitarlo por sí solos. De ahí que -como sostiene Albertí Rovira- se pueda decir con mayor precisión que la *Kompetenz-Kompetenz*, lejos de corresponder en exclusiva al Estado central, “pertenece a la Federación y a la *comunidad* de los Estados miembros” conjuntamente⁸⁷. En todo caso, por esta razón, no parece que se pueda acudir a la misma como criterio fundamentador de la superioridad jerárquica de la Federación sobre los *Länder*.

En última instancia, parece más coherente afirmar que lo que, en realidad, existe es una sujeción tanto de la Federación como de los *Länder* a las prescripciones de la Ley Fundamental (que en el caso de estos últimos, en particular, se manifiesta en la necesidad de que haya una correspondencia de su orden constitucional con los principios básicos de la organización estatal -Estado republicano, democrático y social de derecho-, así como con los derechos fundamentales, cuya garantía, en este último caso, se encomienda a la Federación: art. 28.1 y 3 GG).

Retomando el tema que nos ocupaba y a tenor de lo dicho, parece que la cuestión de la autonomía constitucional ha de enfocarse desde otra perspectiva si se quiere llegar a un resultado satisfactorio. Hasta ahora se ha reconocido que la Constitución federal representa el acta de nacimiento de un Estado que está, a su vez, integrado por otras entidades territoriales de carácter igualmente estatal. Y lo que se ha de acentuar de ahora en adelante, tal y como se apuntó ya con anterioridad, es que esos Estados miembros o *Länder*, a partir de su unión en un Estado federal, ven alterado (ampliado) su referente constitucional, que ya no solo está integrado por

⁸⁷ ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 175, que matiza de esta forma, con razón, la radicalidad de la afirmación que realizó en un momento anterior: “el *Bund* ostenta una disposición casi absoluta sobre el sistema competencial, lo que se viene en llamar la *Kompetenz-Kompetenz*, a través de su decisivo poder de revisión constitucional” (p. 82).

sus respectivas Normas constitucionales, sino también, y en primer lugar, por la Constitución federal. En este sentido, no parece aventurado mantener que ésta, la Constitución federal, no solo constituye al Estado global, sino que, en cierto modo, *(re)constituye* también a los Estados miembros por voluntad propia de los mismos⁸⁸, pudiéndose, desde este punto de vista, hablar en ambos casos de autonomía constitucional de la Federación y de los *Länder*⁸⁹. De ahí que el argumento de la sumisión de los órdenes constitucionales de los *Länder* a los principios enunciados en el art. 28.1 GG no pueda aceptarse como explicativo de la ausencia de autonomía constitucional de éstos. Así pues, los *Länder* gozan de plena capacidad organizativa de sus espacios constitucionales sin que el límite del art. 28.1 y 3 GG lo contradiga.

Lo que está por ver es que este criterio de la autonomía constitucional aporte algún elemento válido de análisis para la mejor comprensión del Estado federal. Con este claro ejemplo se pone de relieve su debilidad como fundamento de explicación del orden estatal federativo: En la República Federal de Alemania la significativa influencia que ejercieron las potencias de ocupación en la elaboración de la Ley Fundamental de Bonn podría llevar a pensar que, en realidad, ésta se trata de una Constitución en buena medida impuesta, pues los actores políticos correspondientes no se encontraban en condiciones de ejercer la misma autonomía constitucional que desplegaron otros Estados en el momento de su constitución jurídico-formal. Sin

⁸⁸ En una dirección similar parece que apunta ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 164, cuando sostiene que "(l)a Constitución es el fundamento jurídico de todo Estado federal, es el acto de derecho interno que crea o constituye la Federación y los Estados miembros".

⁸⁹ Esta conclusión plantea aún menos dudas si se piensa en el supuesto hoy en día más frecuente de creación de las formaciones estatales federales: un Estado solo administrativamente descentralizado o simplemente centralizado opta por llevar a efecto un proceso de descentralización política que acabará dando lugar al nacimiento de un Estado compuesto. Es evidente que aquí la Constitución federal resultante de ese proceso descentralizador no solo constituye al Estado global o Federación sino también a los Estados miembros o *Länder*, con lo que carecería de sentido defender la autonomía constitucional de aquélla pero no de éstos. En el caso que nos ocupa, la República Federal de Alemania, no está tan claro si los *Länder* actuales son creaciones atribuibles a la Ley Fundamental por haber quedado disuelta la continuidad histórica de los mismos durante el período de gobierno nacional-socialista con su acentuada orientación centralista, o si, por el contrario, son los nuevos *Länder* los que, recuperado el ejercicio de su poder público, dan lugar al nacimiento de la República Federal de Alemania. Sobre esta controversia, véase NAWIASKY, H.: *Die Grundgedanken...*, pp. 3 ss.

embargo, aunque haya una dosis de verdad en esa afirmación, no parece que ello impida reconocer la presencia de un Estado de la misma categoría que cualquier otro de la comunidad internacional⁹⁰. Se pone así de manifiesto, por consiguiente, que el concepto de "autonomía constitucional" no resulta de gran ayuda a la hora de emprender un estudio jurídico-positivo de la estatalidad federal.

⁹⁰ BATTIS, U. / GUSY, C.: *Einführung...*, p. 100.

E.- ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LOS ESTADOS FEDERALES

Descartados, pues, los criterios de la soberanía y de la autonomía constitucional por demasiado imprecisos y vagos para la definición del Estado federal, reconocida la ausencia en la Teoría del Estado o en la Ciencia Política de un concepto cerrado de Estado federal al margen de los concretos Estados que en cada momento histórico se hayan configurado constitucionalmente, esto es, normativamente⁹¹, y aun sin intención alguna de llevar a efecto aquí un estudio general del modelo estatal federal, de abordar, por tanto, un análisis de la estatalidad desde la Ciencia Política, la Teoría General del Estado o el Derecho Constitucional, sí resulta preciso, al menos, siquiera sea de manera aproximativa, enunciar aquellos requisitos mínimos que toda organización estatal de carácter federal ha de reunir para poder ser caracterizada como tal⁹², algunos de los cuales han sido mencionados ya. Entre ellos se han de destacar los siguientes:

- Un Estado federal se caracteriza por ser una unión jurídico pública de Estados (*staatsrechtliche Staatenverbindung*), que se traduce, como ya hemos visto, en la posesión por cada uno de ellos de una serie de distintivos estatales: pueblo estatal (*Staatsvolk*), territorio estatal

⁹¹ Así, HESSE, K.: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 20.^a ed. 1995, p. 96; en este mismo sentido, SCHNAPP, F. E.: “Artikel 20 GG (*Staatsgrundlagen; Widerstandsrecht*)”, en Münch, I. von / Kunig, P. (Eds.): *Grundgesetz Kommentar*, tomo I (*Präambel bis Art. 20*), C. H. Beck, München, 4.^a ed., 1992, p. 1041, sostiene que las diferencias existentes entre los diversos Estados federales hace problemática una Teoría general del Estado federal; también BAUER, H.: “Artikel 20 GG (*Bundesstaat*)”, en Dreier, H. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, tomo II (*Artikel 1-19*), Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, p. 115, afirma que cada Estado federal presenta una concreta individualidad histórica que lo convierte finalmente en único.

⁹² Una caracterización general del Estado federal en STURM, R.: *Föderalismus...*, pp. 7 ss.; SCHULTZE, R.-O.: “Föderalismus”, en Schmidt, M. G. (Ed.): *Lexikon der Politik*, tomo 3, *Die westlichen Länder*, München, 1992, p. 97. Sobre los caracteres comunes a los Estados federales, véase la traducción al castellano de las obras de ANDERSON, George: *Una introducción al federalismo*, traducción de Isabel Vericat y Celorio Morayta, Revisión de la traducción y Presentación de Enric Fossas Espadaler, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 21 ss.; y WATTS, Ronad L.: *Sistemas federales comparados*, traducción e introducción de Esther Seijas Villadangos, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 106 ss.

(*Staatsgebiet*) y poder público (*Staatsgewalt*)⁹³; quiere ello decir que tanto el Estado global (o Federación), fruto de la unión de los demás Estados miembros, como estos mismos ostentan cualidad estatal. Y es precisamente el último de esos distintivos –el poder público- el que ha sido considerado decisivo en orden a la definición de la estatalidad. Con propiedad, pues, no se puede caracterizar de estatal a un ente territorial que no cuente con unos órganos facultados para ejercer poder público independiente (legislativo, ejecutivo y, en su caso, judicial) en el campo de sus respectivas competencias.

- La existencia, precisamente, de unos ámbitos competenciales diferenciados es lo que permite que tanto el Estado global (o Federación) como los Estados miembros (o *Länder*) puedan ejercitar autónomamente su propio poder público.
- La necesidad de una coordinación y cooperación entre esos centros de poder público autónomos (que se manifiesta claramente en la influencia del Estado global sobre los Estados miembros y la colaboración de éstos en la formación de la voluntad de aquél⁹⁴) con el fin de llevar a cabo una

⁹³ MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, 1993, pp. 198 ss. Convendría traer también aquí a colación las reflexiones de BOTHE, M.: "Artikel 20 GG (*Bundesstaatliche Verfassung; Widerstandsrecht*)", en Wassermann, R.: *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Reihe Alternativkommentare), tomo I, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 2.^a ed. 1989, p. 1304, cuando afirma que la caracterización usual de los miembros de un Estado federal como Estados supone un encubrimiento terminológico del problema, dado que lo que debe ser, en realidad, definido es el concepto mismo de Estado; esto es algo que puede ser establecido de manera diferente por cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales. Desde el punto de vista del Derecho Internacional solo son Estados los sujetos originarios del poder público, es decir, los Estados soberanos e independientes; y si se entiende la soberanía como elemento constitutivo del concepto jurídico internacional de Estado y no como elemento adicional de la capacidad jurídica internacional originaria (lo que es discutido), entonces los Estados miembros de un Estado federal no son Estados en el sentido del Derecho Internacional, sino solamente en el sentido de su respectivo Derecho Público. Esta relatividad y falta de claridad del concepto de Estado fuerza –según Bothe- a la siguiente conclusión: el "Estado federal" como concepto jurídico solo es limitadamente eficiente en orden a la decisión de concretas cuestiones jurídicas. Esta cuestión ya la hemos abordado en epígrafes anteriores, por lo que a ellos me remito en este momento.

⁹⁴ STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 645.

acción política coherente, si bien diluye las fronteras de la estatalidad independiente no llega a desfigurarlas por completo. En realidad, en eso radica la esencia de los Estados políticamente descentralizados: en su capacidad para actuar como unidad política dentro del respeto a la individualidad propia de cada uno de los integrantes del conjunto⁹⁵. Al fin y al cabo, no se puede olvidar que estamos hablando de "un" Estado (unidad jurídico política, por consiguiente), por muy descentralizado territorialmente que esté, y no de una mera "amalgama de Estados" detentadores de poder público (casi) ilimitado en sus relaciones recíprocas, sujetos, por consiguiente, a los dictados de su propia conveniencia o, en el mejor de los casos, a los del Derecho Internacional; por tanto, ha de quedar garantizada una cierta homogeneidad de los ordenamientos del Estado global y de los Estados miembros.

- El "instrumento" que posibilita la existencia de una configuración estatal de este tipo –se insiste- no es otro que el reparto de las competencias entre los diversos centros de poder. Una distribución que ha quedado reflejada en la Norma constitucional fundante del Estado. Es ella la que ha de decidir qué competencias corresponden al Estado global y qué otras a los Estados miembros, en función de diversas técnicas jurídicas, más o menos rigurosas. Esta distribución de competencias, en realidad, no se limita a ser solo esto, sino que supone asimismo un reparto de poder político⁹⁶.
- La distribución y delimitación exacta de las competencias que corresponden a cada una de las partes (Estado central y Estados miembros) puede llegar a ser una tarea muy compleja, pues, entre otras

⁹⁵ A partes de una "comunidad homogénea" se refiere HERZOG, R.: "Artikel 20 GG..." , p. 102.

⁹⁶ HERZOG, R.: "Artikel 20 GG..." , p. 123. En esta misma línea, ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 58, resalta cómo "(l)a esencia de la estatalidad de los *Länder* consiste en su configuración como centros de dirección política, como entes con voluntad política autónoma [*BVerfGE* 3, 383 (402)]".

cosas, el paso del tiempo da lugar a nuevas realidades que no se pudieron prever en el momento constituyente. No obstante, esta es una labor a la que jurídicamente no se puede renunciar. De este modo, cualquier eventual conflicto que se pueda plantear a este respecto habrá de ser resuelto por aplicación del principio de competencia. Con todo, en algunos Estados territorialmente descentralizados el instrumento jurídico al que se acude para dar respuesta a esas situaciones de interferencias o conflictos competenciales pasa por otorgar prevalencia al derecho del Estado global sobre el de los Estados miembros, por considerar superiores los intereses del todo sobre los de las partes. Se acuda a una vía u otra, la resolución de tales conflictos se suele encomendar a la jurisdicción constitucional (allá donde exista). Ahí radica, de hecho, una de las funciones características de los Tribunales Constitucionales, ya desde su propia definición originaria, debida al jurista austriaco Hans Kelsen⁹⁷.

- El principio que ha de inspirar el buen funcionamiento de las relaciones jurídico-federales del Estado global con los Estados miembros y de éstos entre sí es el conocido en el federalismo alemán bajo el nombre de "lealtad federal" o "principio de comportamiento federal amistoso", que ha encontrado un amplio desarrollo en este país por obra, sobre todo, de la jurisprudencia del Tribunal de Karlsruhe.
- Las funciones que las actuales estructuras federales estatales han de cumplir se pueden resumir en las siguientes: mejora de las posibilidades de participación de los ciudadanos en la política (conexión del principio federal con el principio democrático); contrapeso (límites y controles) del poder político, dado que éste se encuentra repartido en diversos centros de decisión: al lado del llamado reparto horizontal de poderes entre los diferentes órganos del Estado de un mismo nivel -el federal- tiene lugar un

⁹⁷ KELSEN, H.: *Allgemeine Staatslehre...*, pp. 220 ss.

reparto vertical de poderes entre los órganos federales en el nivel federal, por un lado, y los órganos de los Estados miembros en su correspondiente nivel, por el otro (conexión del principio de la división de poderes con el principio federal); descongestión de la organización central y, por regla general, ventajas de la cercanía anejas a la descentralización –"mejor, más rápido, más barato"- (conexión del principio de eficacia con el principio federal); la estructura federal, finalmente, supone una garantía adicional para la libertad política del ciudadano (conexión del principio de libertad política con el principio federal)⁹⁸.

- Todos los elementos precedentes han de estar garantizados contra las leyes ordinarias en una Constitución rígida, difícilmente reformable⁹⁹; Constitución que no solo constituye al Estado global o Federación sino que también es la Norma suprema de los Estados miembros o *Länder* (al margen de que cada uno de ellos disponga de la suya propia) y, en ese sentido, se puede decir que la Constitución federal constituye también a los Estados miembros (en el caso de los Estados federales que se originan a partir de un proceso de descentralización política de un Estado unitario o solo administrativamente descentralizado) o, al menos, "refunda" el estatus jurídico-constitucional de éstos (cuando los mismos renuncian a su independencia y pasan a ser miembros de una estructura estatal de carácter federativo).

⁹⁸ MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, pp. 207 ss.

⁹⁹ BOTHE, M.: "Artikel 20 GG...", p. 1304.

F.- ESENCIA Y TRANSFORMACIÓN DEL MODELO ALEMÁN DE FEDERALISMO COOPERATIVO

F.1.- Esencia

La tesis de fondo en que se inserta este trabajo no es otra que la crisis del modelo aún imperante en Alemania de *Federalismo cooperativo* (kooperativer Föderalismus)¹⁰⁰ y su tránsito hacia un modelo en el que los rasgos competitivos se van acentuando.

Bajo esta expresión, que en Estados Unidos ya era conocida desde hace tiempo ("*cooperative federalism*"), se entiende en Alemania, fundamentalmente a partir de mediados de la década de 1960, la intensificación de las relaciones conjuntas de todos los poderes públicos en orden a la consecución de determinados objetivos en el seno del Estado federal. Como señala Isensee, a diferencia de lo que sucede en el Estado unitario, la unidad del Estado federal no se fundamenta únicamente en las disposiciones jurídicas de la Ley Fundamental, sino que precisa además de la cooperación espontánea de los Estados miembros o *Länder*. El Estado federal ni está completamente organizado hasta sus últimos detalles ni se encuentra

¹⁰⁰ Para un profundo y detallado estudio de las relaciones y técnicas de cooperación en el seno del Estado federal moderno y, particularmente, en la República Federal de Alemania véase en castellano ALBERTÍ ROVIRA, Enoch: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, CEC, Madrid, 1986, Parte II, pp. 341-565. Conviene destacar aquí, no obstante, que este autor emplea un *concepto estricto de cooperación*, diferente del mero principio de colaboración, de los mecanismos de interrelación competencial, de los métodos de coordinación o de los instrumentos de auxilio, que consiste básicamente "en una *toma conjunta de decisiones*, en un *coejercicio de las competencias*, y, consiguientemente, en una *corresponsabilización* de las actuaciones realizadas bajo tal régimen", de modo que la cooperación aparece "como un régimen competencial sustantivo, de carácter extraordinario", como "un modo de distribución y ejercicio del poder estatal" o bien previsto en la Constitución o bien alcanzable, fuera de ésta, en base al acuerdo de las partes en juego, Federación y *Länder*, siempre y cuando en este último supuesto de "cooperación dispuesta por las propias partes, en base al libre acuerdo de sus voluntades y sin habilitación constitucional explícita" no se altere "el orden competencial sustantivo establecido en la Constitución", aunque el ejercicio de las competencias concretas (nunca la titularidad) sí pueda verse afectado por esas prácticas cooperativas (pp. 368 ss.). En el texto se utiliza, por contra, un concepto amplio de cooperación, en el sentido del principio de colaboración federal.

completamente constituido, es, más bien, “un Estado inacabado” cuya continua construcción es tarea política constante de sus miembros¹⁰¹. La complejidad del moderno Estado industrial puso de manifiesto que los costes y los esfuerzos personales y materiales para satisfacer las crecientes demandas sociales eran tan altos que solo una actuación coordinada de todos los niveles públicos (fundamentalmente, Federación y *Länder*, pero también municipios) podía ofrecer respuestas adecuadas. En realidad, lo que quedó patente es que la concepción clásica del Estado federal como mero reparto de competencias entre dos centros separados de poder público (Estado central y Estados miembros), es decir, el conocido como “federalismo dual”, ya no podía seguir dando respuestas eficaces por cuanto las tareas a realizar se habían multiplicado, con el consiguiente incremento que ello acarrea de los recursos financieros¹⁰². De ahí la necesidad de crear vasos comunicantes entre los recursos federales de este tipo, por un lado, y los de los *Länder*, por el otro, más allá de lo que el art. 109.1 GG establece, que tanto aquélla como éstos “son independientes y entre sí autónomos en su gestión presupuestaria”.

La plasmación normativa o constitucionalización de esa práctica de ayudas financieras recíprocas (o, más bien, principalmente de la Federación a favor de los *Länder*), también conocida como financiación mixta, que se puede considerar el momento fundacional del llamado “federalismo cooperativo”¹⁰³, se lleva a efecto en 1969, bajo el Gobierno de la llamada Gran Coalición (SPD-CDU), por medio de la

¹⁰¹ ISENSEE, J.: “Idee und Gestalt...”, pp. 648 ss.; sobre los caracteres propios del Estado federal cooperativo, véase también SOMMERMANN, K.-P.: “Artikel 20 GG”, en: Mangoldt / Klein / Starck: *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II (Artikel 20 bis 78), Verlag Franz Vahlen, München, 4.ª ed. completamente revisada, 2000, pp. 25 ss., quien, entre otras cosas, deriva la necesidad de cooperación en el seno del Estado federal alemán de la existencia de diferentes esferas competenciales; un breve paseo por las diferentes estaciones del orden federal alemán, entre las que se incluye la fase cooperativa, en MÜNCH, U.: “Die Diskussion um eine Reform des bundesdeutschen Föderalismus vor dem Hintergrund der Entwicklungslinien des deutschen Bundesstaates vor und nach der Vereinigung”, en: Meier-Walser, R. C. / Hirscher, G. (Eds.), *Krise und Reform des Föderalismus* (Analysen zu Theorien und Praxis bundesstaatlicher Ordnungen), Olzog, München, 1999, pp. 97 ss.

¹⁰² MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, p. 240, con una expresión muy gráfica, define la clave del asunto: “La caja se ha vuelto más importante que las competencias”.

¹⁰³ KLATT, H.: “Reformbedürftiger Föderalismus in Deutschland? (*Beteiligungsföderalismus versus Konkurrenzföderalismus*)”, en: Wehling, H. G. (Ed.): *Die deutschen Länder* (Geschichte - Politik - Wirtschaft), Leske+Budrich, Opladen, 2.ª ed., 2002, p. 11.

introducción en la Ley Fundamental del art. 104a, que en su apartado 4 expresamente prevé:

“La Federación puede conceder a los *Länder* ayuda financiera para inversiones especialmente importantes de los *Länder* y de los municipios (o asociaciones de municipios), que sean necesarias para prevenir una alteración del equilibrio económico nacional, o para compensar disparidades de capacidad económica en el territorio federal, o para el fomento del crecimiento económico”¹⁰⁴.

Un paso más en esta tendencia hacia el incremento de las relaciones cooperativas en el seno del Estado federal alemán entre la Federación y los *Länder* se da con la introducción también en 1969, mediante reforma constitucional, de la institución de las “tareas comunes” (“*Gemeinschaftsaufgaben*”) (arts. 91a y 91b GG)¹⁰⁵. Por tales se ha de entender, según el primero de estos preceptos, la cooperación de la Federación en el cumplimiento de las tareas de los *Länder* cuando éstas sean “importantes para el conjunto” y cuando sea “imprescindible la colaboración de la Federación para la mejora de las condiciones de vida”. Al margen de las críticas que

¹⁰⁴ Este precepto fue objeto de modificación en la reforma constitucional de 2006 que veremos más adelante con detalle.

¹⁰⁵ Estas reformas constitucionales de 1969 tienen su origen en el célebre Informe de la Comisión para la reforma financiera, integrada por el Canciller federal y los Ministros-Presidentes de los *Länder* (Comisión *Troeger*). En el mismo, se llega a la conclusión de que los nuevos desafíos con los que tiene que enfrentarse en adelante la República Federal no pueden ser tratados satisfactoriamente con el modelo federal tradicional, por lo que resulta imprescindible desarrollar una nueva forma de federalismo que posibilite “un sistema equilibrado y dinámico de orden común y de cooperación”. “El federalismo de nuestro tiempo, por eso, solo” puede (...) “ser un federalismo cooperativo”. Este ‘federalismo cooperativo’, que la Comisión caracteriza como “principio estatal activo” (“*aktives Staatsprinzip*”), hace realidad “el equilibrio entre una clara distribución de tareas”, sin la que no es posible un ordenamiento del Estado federal, y “la concentración de fuerzas estatales federales”, que garantiza el mayor grado de eficacia en el empleo de los recursos. Un orden de este tipo demanda, sin embargo, “mejorar las formas actuales de cooperación por medio de la creación de nuevas instituciones a partir del espíritu estatal federal” (*Comisión para la reforma financiera*, Informe sobre la reforma financiera en la República Federal de Alemania, 1966, p. 20; se cita a través de OETER, S.: *Integration...*, p. 267); véase también: ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, pp. 515 ss.; SOMMERMANN, K.-P.: “Artikel 20 GG”..., p. 26. Téngase, no obstante, en cuenta que estos preceptos fueron también objeto de modificación en la reforma constitucional de 2006 que después veremos.

poco después de su introducción generaron, en tanto que se destacaba cómo por medio de estas tareas comunes la estructura básica de la Constitución federal había quedado alterada, produciéndose, con ello, una confusión de las competencias que favorecía una dispersión de las responsabilidades y una fatiga en la toma de decisiones, al tiempo que se generaba una Administración sobredimensionada y se producía una especie de "desapoderamiento de los Parlamentos" ("*Entmachtung der Parlamente*"), dado que las decisiones esenciales recaían en los representantes de los gobiernos en la Comisión Federación-*Länder*¹⁰⁶, lo cierto es que esta institución, a falta de una solución mejor, se consolidó en la práctica¹⁰⁷, hasta la reforma constitucional de 2006 que, según veremos, supuso una alteración en la concepción y consiguiente reducción de estas tareas comunes.

Este proceso de incremento constitucional de las formas cooperativas, si bien fue sometido a cuestionamiento en los años ochenta y, sobre todo, en la década posterior de los noventa, con las consiguientes reclamaciones de "refederalización"¹⁰⁸, llega hasta 1994, cuando a través de una nueva reforma de la Ley Fundamental se aumentan las competencias federales en el campo de la legislación marco¹⁰⁹; en concreto, se atribuye a la Federación la competencia para el establecimiento de los "principios generales del régimen de la enseñanza superior" (art. 75.1a GG), lo que no deja de tener una gran relevancia, pues hasta ahora la política educativa y universitaria formaba parte de las competencias exclusivas de

¹⁰⁶ ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, pp. 526 ss.; OETER, S.: *Integration...*, p. 458, destaca, precisamente, como los grandes beneficiarios de este proceso fueron las burocracias de la Federación y de los *Länder* que adquirieron cada vez mayores márgenes de actuación (prácticamente incontrolada).

¹⁰⁷ MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, pp. 242 ss.

¹⁰⁸ MÜNCH, U.: "Entwicklung und Perspektiven des deutschen Föderalismus", APuZ, 13, 1999, pp. 9 ss., deja patente su escepticismo sobre la viabilidad de una reforma profunda del sistema federal alemán, en primer lugar, a causa de los fuertes entrelazamientos existentes entre la Federación y los *Länder* y, en segundo lugar, porque una detenida observación de este proceso histórico muestra cómo la cooperación y el entrelazamiento mencionados no son un destino político no querido, sino que se trata, antes al contrario, de un estilo de hacer política deseado tanto por la mayoría de la población como por los actores políticos; desde una perspectiva realista, concluye Ursula Münch, no se puede aspirar a una reforma total en busca de un modelo ideal de Estado federal, sino que habrá que contentarse con una cierta desconcentración de los niveles estatales.

¹⁰⁹ Que, según analizaremos más adelante, fue suprimida en la reforma constitucional de 2006.

los *Länder*¹¹⁰. Además, también se introducen nuevos supuestos, tanto en el ámbito de la legislación concurrente (números 25 y 26 del art. 74.1 GG), como en el de la legislación marco (número 6 del art. 75.1 GG).

Este modelo cooperativo de federalismo, por consiguiente, en su más radical manifestación, la llamada “imbricación política” (*Politikverflechtung*)¹¹¹, al tiempo que trae consigo una cada vez mayor concentración de competencias en manos de la Federación, requiere, asimismo, un alto grado de consenso entre ésta y los *Länder* en lo relativo a la planificación, adopción de decisiones y ejecución de medidas políticas, que no siempre es posible alcanzar¹¹². Ello provoca, por un lado, la demora o, incluso, renuncia por parte de aquéllos a adoptar medidas normativas en relación con asuntos altamente controvertidos y, por el otro, que sean los gobiernos, federal y de los *Länder*, los que por medio de negociaciones secretas tomen las decisiones que luego los parlamentos solo han de “ratificar”, con el consiguiente daño que ello provoca al principio democrático. Además, este modo de operar, que se traduce en el abandono del principio de separación absoluta de tareas y de fuentes de financiación¹¹³, difumina las responsabilidades entre la

¹¹⁰ STURM, R.: *Föderalismus...*, pp. 45 ss. Curiosamente, con esta reforma constitucional de 1994, en realidad, lo que se pretendía era redefinir las relaciones Federación-*Länder* en el sentido de fortalecer los poderes de éstos, si bien los resultados, como veremos en su momento, no siempre fueron satisfactorios.

¹¹¹ Término que –según vimos anteriormente– fue acuñado en 1985 por el politólogo alemán Fritz Scharpf para referirse a las complejas relaciones entre la Federación y los *Länder*, en Alemania, y las instituciones comunitarios y los Estados miembros, en la Comunidad Europea, que traían consigo dificultades –insuperables, en ocasiones– en la toma de decisiones y confusión en la determinación de las responsabilidades políticas. Vid. SCHARPF, F. W.: “Die Politikverflechtungs-Falle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich”, *Politische Vierteljahresschrift*, 26, 1985.

¹¹² GROÙE HÜTTMANN, M.: “Die föderale Staatsform in der Krise? (*Die öffentliche Debatte um Cheques and balances im deutschen Föderalismus*)”, en Wehling, H. G. (Ed.), *Die deutschen Länder* (Geschichte - Politik - Wirtschaft), Leske+Budrich, Opladen, 2.ª ed. 2002, pp. 294 ss.; en relación con la labor de bloqueo que pueden ejercer los *Länder* a través del Consejo Federal en el supuesto de que la mayoría parlamentaria en la Dieta Federal no coincida con la orientación política de los Gobiernos de *Land* representados en el Consejo Federal, véase MÜNCH, U.: “Vom Gestaltungsföderalismus zum Beteiligungsföderalismus (*Die Mitwirkung der Länder an der Bundespolitik*)”, en: Wehling, H. G. (Ed.): *Die deutschen Länder* (Geschichte - Politik - Wirtschaft), Leske+Budrich, Opladen, 2.ª ed., 2002; también STURM, R.: *Föderalismus...*, pp. 58 ss.; SCHMIDT-JORTZIG, E.: “Herausforderungen für den Föderalismus in Deutschland (*Plädoyer für einen neuen Wettbewerbsföderalismus*)”, *DÖV*, 18, 1998, p. 747.

¹¹³ OETER, S.: *Integration...*, pp. 457 ss.

Federación, los *Länder* e, incluso, los municipios¹¹⁴ lo que, en último término, redundaría en una apatía política de los ciudadanos que se traduce en una menor participación electoral por parte de los mismos¹¹⁵.

¹¹⁴ SCHMIDT-JORTZIG, E.: "Herausforderungen...", p. 748, señala precisamente cómo uno de los grandes problemas de la imbricación política entre la Federación y los *Länder* se encuentra no tanto en relación con cuestiones técnico-jurídicas cuanto con consecuencias más relacionadas con la responsabilidad política en el Estado federal; dicho de manera simplificada: "de lo bueno responden todos; de lo malo, nadie".

¹¹⁵ STURM, R.: *Föderalismus...*, pp. 36 ss.; igualmente crítico con este modelo de federalismo cooperativo se muestra CALLIESS, Ch.: "Die Justitiabilität des Art. 72 Abs. 2 GG vor dem Hintergrund von kooperativem und kompetitiven Föderalismus", DÖV, 21, 1997, p. 890, quien se refiere a la "escasa efectividad" del mismo "como resultado de la necesidad de decisiones unánimes", a la "burocratización de los procesos de formación de la voluntad y de decisión en los gremios administrativos (el llamado federalismo ejecutivo)", al "doble desapoderamiento de los Parlamentos de los *Länder* a través de la pérdida de poder de decisión y de competencias legislativas", al "déficit de control que se deriva de la escasa transparencia en la formación de voluntad y de la responsabilidad política difusa" y a la "pérdida general de margen de configuración y con ello de la lamentada cualidad estatal de los *Länder*". Por su parte, ISENSEE, J.: "Idee und Gestalt...", p. 672, también rechaza que el federalismo participativo pueda ser entendido como una alternativa de igual valor que el federalismo competencial (*Kompetenzföderalismus*); en todo caso, la sustitución de una determinada competencia de los *Länder* por la participación de éstos a través del Consejo Federal en la formación de la voluntad legislativa federal solo puede justificarse en caso de necesidad objetiva.

ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, pp. 549 ss., si bien también se hace eco de estos problemas denunciados ("desplazamiento de la capacidad de decisión hacia las instancias ejecutivo-gubernamentales del *Bund* y de los *Länder*", con el consiguiente papel subalterno que pasan a ocupar los Parlamentos; altas exigencias de consenso que, en ocasiones, requieren mecanismos de decisión por unanimidad, con lo que la confrontación de intereses en juego puede conducir, en el peor de los casos, a una "incapacidad para tomar decisiones significativas, provocando la parálisis y el simple mantenimiento del *status quo*"; "notable confusión de la responsabilidad política"), reconoce, por otra parte, que "la cooperación no puede ser valorada unilateralmente desde esta perspectiva negativa en relación al orden democrático-parlamentario", pues la misma "comporta también un efecto de garantía de la libertad política", reforzando su alta exigencia de consenso "la estabilidad del sistema político, amplía la base de su legitimación y otorga un importante derecho de participación a las fuerzas minoritarias de cierta entidad, al tiempo que acentúa el "estilo federal" de gobierno, que sustituye la confrontación, la imposición y la fuerza unilateral por el diálogo, la búsqueda del acuerdo, la colaboración y el respeto a las minorías, circunstancias todas ellas necesarias para crear un clima adecuado para el desarrollo de una democracia sana y robusta". Por otro lado, destaca asimismo Albertí Rovira cómo el objetivo del "aseguramiento de la capacidad de los *Länder*, como unidades de decisión política y de gestión de importantes sectores de la vida pública alemana", puesto seriamente en entredicho por "las grandes diferencias de tamaño, población y potencia económica" existentes entre ellos, así como en razón de "su desequilibrio financiero general y crónico frente al *Bund*", que no ha podido ser alcanzado ni por el, en varias ocasiones proyectado pero nunca acometido, radical proceso de reorganización del territorio federal (*Neugliederung*) ni por la vía de la reforma financiera, al menos ha sido posible acercarse a él a través de las diversas técnicas de la cooperación federal (vertical, fundamentalmente), por lo que ha mostrado su valía en tanto que "alternativa real y bastante eficaz" de las mencionadas reorganización territorial y reforma de la constitución financiera.

Interesa, de igual manera, subrayar que la referida disminución de la autonomía de los *Länder*, particularmente de sus respectivas cámaras legislativas, no se puede ver compensada, como se ha pretendido, por el notable incremento de la capacidad de codecisión de los mismos en el proceso de toma de decisiones políticas a nivel federal. Es decir, la pérdida de competencias propias (de manera agravada en el campo de la legislación) no queda mitigada en razón del aumento de las facultades de participación en la construcción de la voluntad federal a través del Consejo Federal¹¹⁶. Este fenómeno, conocido como "federalismo participativo" ("*Beteiligungsföderalismus*"), significa, más bien, una acentuación del protagonismo de los Gobiernos de los *Länder* y va en perjuicio de las posibilidades de configuración legislativa autónoma de los Parlamentos de los mismos, acarreado, en último término, un grave peligro de unitarización de la estructura federal, al disminuir de manera constante los márgenes de actuación autónoma de los *Länder* individuales. En definitiva, como sostiene Oeter, "la balanza entre 'integración' - entendida como construcción de la unidad- y subsidiariedad se desplaza cada vez más a favor del elemento unitario, para acentuar la integración como fin en sí mismo"¹¹⁷.

F.2.- Transformación: Hacia el modelo alemán de federalismo competitivo

No es de extrañar, pues, que a la vista de este desarrollo del federalismo alemán sean cada vez más las voces que se alzan solicitando un cambio de paradigma, de

¹¹⁶ Vid. STEHR, M.: *Gesetzgebungskompetenzen...*, p. 11. En los últimos períodos legislativos alrededor de un 60 % del total de las leyes aprobadas ha precisado del asentimiento del Consejo Federal (MÜNCH, U.: "Vom Gestaltungsföderalismus...", p. 341), siendo esta una de las razones fundamentales, como veremos, de que se iniciara el proceso de reforma constitucional del federalismo alemán, cuyo estudio abordaremos en los capítulos siguientes.

¹¹⁷ OETER, S.: *Integration...*, pp. 461 ss.; STERN, K.: "Pluralismo territorial...", pp. 69 ss., aunque se refiere en general a las desventajas propias de la configuración federal del Estado, parece que, en realidad, está pensando en el modelo de federalismo cooperativo o de imbricación política aquí señalado, sobre todo, cuando denuncia cómo "el surgimiento de fuerzas centrífugas o incluso antagónicas sin posibilidad de consenso (...) puede llevar a un proceso de formación de la voluntad torpe y lento o incluso, en caso de enfrentamientos graves entre partidos políticos, a la paralización de las funciones estatales".

manera que en adelante no se ponga más el acento en los elementos cooperativos, aunque tampoco sea posible prescindir completamente de ellos, y se potencien, sobre todo, los competitivos¹¹⁸. En este sentido, destaca la postura de los gobiernos de los *Länder*, sobre todo, de Bayern, Baden-Württemberg y Hessen, que no cejan en su empeño de reclamar una "refederalización" del Estado alemán tendente hacia un sistema de "federalismo competitivo", con el fin de reforzar la autonomía de los *Länder* y frenar así la orientación centralizadora amparada, en buena medida, por la tendencia a la uniformización de las condiciones de vida¹¹⁹.

Este modelo de "federalismo competitivo" ("*Wettbewerbsföderalismus*") se basa en la idea de que la variedad entre los *Länder* constituye un aspecto central del Estado federal, de modo que la misma ha de ser aprovechada para motivar una concurrencia productiva e innovadora entre los *Länder* en cada uno de los campos de la acción política, al estilo de lo que sucede en los Estados Unidos de América, en donde los Estados miembros son concebidos como "laboratorios" de la actividad política no solo a nivel regional, sino también en el conjunto del Estado global. A diferencia de lo que sucede en el modelo cooperativo, en donde el valor de la solidaridad inspira el núcleo de las relaciones entre la Federación y los *Länder*, en este modelo de federalismo competitivo es el principio de subsidiariedad el que asume ese papel directriz de las relaciones federales¹²⁰.

¹¹⁸ Véase, entre otros muchos, OETER, S.: *Integration...*, pp. 566 ss., quien pese a reconocer que el modelo alemán de Estado federal no es conscientemente ningún modelo de "competitive federalism", en tanto que los *Länder* carecen de la posibilidad de realizar verdaderamente una política económica autónoma, urge, no obstante, a una vuelta a los elementos competitivos del sistema si no se quiere ver paulatinamente socavado el núcleo de identidad del Estado federal protegido por el art. 79.3 GG. También SCHMIDT-JORTZIG, E.: "Herausforderungen...", p. 749. El mismo Tribunal Constitucional Federal se pronunció sobre los "peligros" inherentes al modelo cooperativo de federalismo: *BVerfGE 41, 291 (307)*.

¹¹⁹ MÜNCH, U.: "Die Diskussion...", pp. 108 ss., constata cómo este interés de los gobiernos de *Land* de acercarse a un modelo federal más "competitivo" no va acompañado, sin embargo, de una disposición de los mismos a renunciar a algunos de los elementos característicos del federalismo cooperativo, en especial, la influencia en la formación de la voluntad federal a través del Consejo Federal.

¹²⁰ STURM, R.: *Föderalismus...*, pp. 49 ss.

La aproximación a este modelo de federalismo competitivo precisa la adopción de una serie de medidas y modificaciones básicas que creen las condiciones necesarias para que se produzca una auténtica y fructífera concurrencia entre los *Länder*, entre las que podemos destacar las siguientes¹²¹:

- una nueva división territorial en *Länder* que por su superficie, número de habitantes y capacidad financiera se encuentren en condiciones de competir en términos paritarios entre sí; o, al menos, que cuando esas unidades estatales sean dispares se garantice desde un principio una cierta igualdad de oportunidades (desde un punto de vista económico y financiero, sobre todo);
- devolución de ciertas competencias federales a los *Länder* y establecimiento de una nueva ordenación separada y una distribución inequívoca de las competencias entre la Federación y los *Länder*; en el marco de una creciente integración europea se precisa un nuevo reparto de las tareas estatales en base al principio de subsidiariedad, en virtud del cual los *Länder* vuelvan a asumir un mayor protagonismo fortaleciendo su posición en el desempeño de las que tradicionalmente han sido consideradas sus obligaciones por excelencia: educación, enseñanza superior, seguridad interior, policía, justicia, y, en su caso, ampliando esas competencias a ámbitos materiales adicionales;
- la mayor autonomía posible de los *Länder* en relación con la toma de decisiones financieras sobre obtención de ingresos y destino de los gastos¹²²; esto es, que cada *Land* disponga de una capacidad financiera

¹²¹ KLATT, H.: "Reformbedürftiger Föderalismus...", pp. 11 ss.; SCHMIDT-JORTZIG, E.: "Herausforderungen...", pp. 749 ss.; RENZSCH, W.: "Der Streit um den Finanzausgleich (*Die Finanzverfassung als Problem des Bundesstaates*)", en Wehling, H. G. (Ed.): *Die deutschen Länder* (Geschichte - Politik - Wirtschaft), Leske+Budrich, Opladen, 2.^a ed. 2002, p. 366.

¹²² Requisito este de la autonomía financiera que ya JERUSALEM, F. W.: "Die Staatsidee...", p. 47, consideró de importancia fundamental para cada comunidad estatal.

suficiente para el cumplimiento de las tareas objeto de sus competencias sin necesidad de requerir ayudas económicas provenientes de la Federación o de otros *Länder* (principio de conexidad); ello significará, entre otras cosas, una supresión de la financiación mixta del art. 104a.4 GG y de las ayudas financieras de la Federación a los *Länder*; no obstante, la realización de una auténtica modernización del orden financiero federal requiere previamente proceder, como se ha señalado en el punto anterior, a una revisión básica del reparto de las tareas públicas, es decir, definir qué ámbitos materiales deben ser objeto de una actuación y, por tanto, financiación unitaria a nivel federal y qué otros han de dejarse en manos de los *Länder* porque puedan regularse así más eficazmente;

- participación de los *Länder* en alguno de los impuestos federales más flexibles y productivos como, por ejemplo, el impuesto sobre la renta, pues ello no solo contribuiría a que los *Länder* dispusiesen de ingresos propios para sufragar las tareas que tienen encomendadas, sino que además aumentaría la responsabilidad del Gobierno de cada *Land* frente a sus electores por la política que practica;
- una nueva ordenación de las competencias del Consejo Federal que sin llegar a suprimir sus facultades de participación en la legislación federal, algo prohibido, además, por el art. 79.3 GG, al menos, sí las reduzca a aquellas leyes que afectan verdaderamente a los intereses de los *Länder*, evitándose de ese modo que el mismo sea utilizado como foro de los enfrentamientos político-partidistas y de la política de bloqueo; en contrapartida, también han de minorarse las facultades de intervención de la Federación en los ámbitos de competencia de los *Länder*;
- el objetivo, en todo caso, no es alcanzar la uniformidad, sino la pluralidad o diferenciación regional de las condiciones de vida de acuerdo con las preferencias de las respectivas poblaciones de cada *Land* y de los

demás destinatarios de las políticas públicas (contribuyentes, empresarios, etc.), lo que requiere necesariamente que los ciudadanos estén dispuestos a aceptar la existencia de condiciones de vida solo equivalentes, no uniformes, por tanto, en la totalidad del territorio federal, algo que se puede traducir, por ejemplo, en diferencias prestacionales o impositivas de *Land a Land*.

Todo ello traerá consigo un renacimiento de la posición de las Cámaras legislativas de los *Länder* y, por consiguiente, un fortalecimiento del principio democrático, al tiempo que la separación clara de las competencias y las finanzas facilitará a los ciudadanos una mejor comprensión de la actividad política, con lo que incentivará su participación electoral¹²³.

Si bien la mayoría de las reclamaciones de los partidarios de un modelo competitivo de federalismo quedan comprendidas resumidamente en los puntos mencionados más arriba, aquéllos que defienden una reforma más radical del sistema federativo alemán han propuesto incluso la necesidad de suprimir la legislación marco del art. 75 GG¹²⁴, en tanto que técnica de colaboración normativa que demanda una forma de actuación de la Federación y los *Länder*, el consenso, la búsqueda de compromisos, que no siempre es posible o, aun siéndolo, en muchas ocasiones no desemboca en acuerdos beneficiosos para las propias partes o, lo que es peor, para los ciudadanos¹²⁵. Yendo más allá, han llegado a plantear la cuestión de si la legislación concurrente del art. 72 GG es, en absoluto, necesaria, pues, tal y como la experiencia ha enseñado, la misma ha sido utilizada unilateralmente para la ampliación de la legislación federal¹²⁶.

¹²³ STURM, R.: *Föderalismus...*, p. 51.

¹²⁴ Reclamación que, como veremos, se hizo realidad con la reforma constitucional de 2006.

¹²⁵ En la discusión que siguió a la conferencia inaugural del Congreso de la Sociedad Alemana de Legislación de 26 de mayo de 1995 a cargo de Ulrich KARPIN se llegó, por el contrario, a la conclusión de que una supresión de la competencia marco de la Federación no resultaba defendible. Vid. al respecto BURGHART, D.: "Änderungen...", p. 69.

¹²⁶ STURM, R.: *Föderalismus...*, p. 114.

No obstante estas crecientes demandas de "refederalización" y de asunción de un modelo más competitivo de federalismo, existe también un reconocimiento generalizado de la necesidad de no abandonar por completo los elementos cooperativos, pues un Estado federal para ser eficaz requiere necesariamente de la colaboración tanto a nivel vertical (entre la Federación y los *Länder*) como a nivel horizontal (de los Estados miembros entre sí)¹²⁷.

Desde una perspectiva más crítica y diferenciada, Berlitz se pregunta en qué medida el derecho constitucional vigente contiene ya elementos del federalismo competitivo y en qué grado un modelo así es compatible con el ordenamiento jurídico-constitucional, al tiempo que pone en cuestión no solo su virtualidad como vara de interpretación útil de este ordenamiento, sino también las posibilidades políticas que tiene de imponerse en tanto que modelo de referencia. Berlitz no oculta su desconfianza sobre el significado del "federalismo competitivo" como concepto global, ya que, en su opinión, el mismo provoca más reticencias que soluciones ofrece. La asunción de un modelo competitivo de Estado federal significaría un cambio fundamental de paradigma orientado hacia una economización de la sociedad, de la organización estatal y de la política, con el consiguiente abandono que ello supondría de un entendimiento federativo solidario del orden constitucional.

Competencia presupone no solo la existencia de ganadores y perdedores, sino también la igualdad de posiciones de partida y la presencia de condiciones

¹²⁷ SOMMERMANN, K.-P.: "Artikel 20 GG"..., pp. 25 y ss., mantiene, en este sentido, que en la medida en que ese modelo competitivo de federalismo demande una supresión de los principios de cooperación y de solidaridad no sería compatible con el principio federal y, en consecuencia, habría de ser rechazado; ahora bien, en tanto en cuanto "con este topos se haga alusión a que los *Länder* deben mantener un margen propio de configuración y de financiación, que haga posible en lo sucesivo un concurso más creativo y que aumente más el rendimiento en orden al mejor cumplimiento de las tareas, aquél se erige adecuadamente en una de las condiciones de funcionamiento de un federalismo vital"; en esta misma línea KLATT, H.: "Reformbedürftiger Föderalismus...", p. 14, aboga por una "deconstrucción" (en lugar de fomento) del federalismo cooperativo en interés de la autonomía de los *Länder*, lo que en absoluto ha de significar el establecimiento de una suerte de "federalismo disociativo" ("*separativer Föderalismus*"), pues las formas de *cooperación* entre los diferentes actores federales y de los *Länder* han de seguir existiendo en orden a la mejor realización del interés general del Estado.

competenciales "justas" a lo largo del tiempo, que hoy por hoy no se dan ni en la relación este-oeste ni en la del eje norte-sur (sobre todo, en el aspecto financiero, de lo que, por cierto, no siempre son responsables los propios *Länder*). Además, a la aceptación del modelo de federalismo competencial le corresponde que exista un margen de actuación autónoma en el nivel de las tareas, de los ingresos y de los gastos, que la iniciativa, la ejecución y la financiación de las tareas públicas no estén disociadas, y esta condición, por el momento, tampoco se cumple en el territorio federal.

En todo caso, tampoco se debe olvidar que pese a esta confrontación entre federalismo "cooperativo" y "competitivo", los *Länder* se encuentran ya hoy en diferentes "situaciones competenciales" o "concurrenciales" en el seno de la Unión Europea, en relación con la Federación y -especialmente en la lucha por atraer inversores- también entre sí mismos. De hecho, algunas formas del criticado federalismo cooperativo se han desarrollado a fin de mitigar algunos de los efectos secundarios dañinos de la competencia federal; solo un ejemplo es la traslación de la remuneración de los funcionarios a la legislación concurrente federal (art. 74a GG)¹²⁸.

Alcanzado este punto de la discusión lo que habría que preguntarse es si, en realidad, cooperación y competencia (o competición) son términos antagónicos imposibles de reconciliar en un correcto entendimiento del Estado federal. No parece que así sea. Muy al contrario, la cooperación entre la Federación y los *Länder* presupone la existencia de un reparto competencial previo en el que queden delimitadas con claridad qué facultades corresponde ejercer a una y cuáles a los

¹²⁸ BERLIT, U.: "Verfassungsrechtliche Perspektiven des Föderalismus", en: Arnim, H. H. von / Färber, G. / Fisch, S. [Eds.], *Föderalismus – Hält er noch, was er verspricht? - Seine Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, auch im Lichte ausländischer Erfahrungen, Beiträge auf der 67. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung vom 17. bis 19. März 1999 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Duncker-Humboldt, Berlin, 2000, pp. 76 ss. Se ha de tener presente, no obstante, que este precepto fue derogado en la reforma constitucional de 2006 que analizaremos ulteriormente.

otros¹²⁹. El soporte de toda actividad cooperativa a nivel federal lo constituye, por tanto, la distribución de competencias. De ahí que hablar de sustitución de un modelo por el otro carezca de sentido. Es cierto que se pueden reforzar los elementos competenciales (mejor que competitivos) en el Estado federal alemán, de modo que los *Länder* dispongan de un elenco amplio y bien definido de materias sobre las que puedan actuar autónomamente sus poderes públicos y que estén dotados asimismo de unos recursos financieros propios que les permitan desarrollar su actividad sin necesidad de acudir constantemente a las ayudas federales, pero ello no tiene por qué ir en detrimento de la necesaria cooperación entre la Federación y los *Länder* y de éstos entre sí. Se podrán reducir los campos de actividades públicas a los que concurren conjuntamente Federación y *Länder*, pero ni es posible ni deseable suprimirlos en su totalidad, pues ello choca frontalmente contra cualquier comprensión adecuada de lo que es y significa un Estado compuesto o políticamente descentralizado.

Efectivamente, la distribución constitucional de competencias otorga una protección jurídica de primer orden a la parte más débil de la relación federativa (por regla general, los Estados miembros), evitando el riesgo de que quede atrapada en las tupidas redes de los entrelazamientos financieros y administrativos, riesgo que aumenta cuando los límites competenciales se emborronan y los ámbitos de las tareas se mezclan; es decir, el sistema de estricta separación de competencias “disciplina la actuación pública, asegura la responsabilidad y facilita el control”¹³⁰, pero, se insiste, ello no contradice el hecho de que en la regulación de determinados ámbitos materiales la Federación y los *Länder* hayan de cooperar o colaborar entre sí para una mejor consecución de los fines propuestos.

¹²⁹ ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 563, parece apuntar hacia este mismo horizonte cuando expresamente afirma: “La existencia (...) de una clara división competencial es condición indispensable para la producción de verdaderas [actuaciones] cooperativas”. (El añadido entre corchetes es mío).

¹³⁰ ISENSEE, J.: “Der Bundesstaat - Bestand und Entwicklung”, en: Badura, P. / Dreier, H. (Ed.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, tomo II, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 740 ss.

A la luz de estas consideraciones, por consiguiente, se han de estudiar los posicionamientos de aquéllos (políticos y juristas) que se han pronunciado a favor de la supresión de la legislación marco e, incluso, de la legislación concurrente, propugnando su sustitución por competencias de carácter exclusivo¹³¹. Lógicamente, estas técnicas normativas, la primera, fundamentalmente, al basarse en una forma de actuación que requiere necesariamente de la colaboración entre los legisladores de la Federación y de los *Länder* para la regulación completa de una determinada materia¹³², encuentra su "natural" acomodo, como se dijo ya, en un modelo cooperativo de federalismo, y no tanto en un otro que propugna como objetivo primordial la estricta separación competencial y la libre concurrencia entre los dos niveles de la estatalidad.

No obstante, justo es reconocer que ni uno ni otro modelo se dan en estado puro en el orden federativo alemán, de modo que, y sin perjuicio de lo que en el correspondiente epígrafe se dirá acerca de estos tipos legislativos, desde un punto de visto estrictamente teórico sea difícil entender por qué no van a poder cumplir debidamente con la función que tienen encomendada. Se podrá defender la necesidad de efectuar un reparto tan exhaustivo como sea viable de los ámbitos competenciales entre la Federación y los *Länder*, de forma que se eviten en lo posible los supuestos de concurrencia normativa, pero habrá que asumir igualmente que en ocasiones ni es posible ni deseable esa estricta separación competencial. Así, por ejemplo, en el supuesto del apartado 5 del art. 75 GG (que, según veremos, fue suprimido en la reforma constitucional de 2006), relativo al registro e identificación de las personas, no resulta imaginable que la Federación pueda prescindir de una regulación mínima en este campo material, pues en el mismo se dirimen cuestiones esenciales de alcance federal, entre las que no ocupa un lugar

¹³¹ La legislación marco fue, efectivamente, suprimida en la reforma constitucional de 2006. Por su parte, la legislación concurrente, se vio sustancialmente alterada en algunos de sus elementos definitorios. Lo veremos con detalle en los capítulos siguientes.

¹³² Al igual que sucede con la legislación básica federal de los arts. 91a.2, 109.3 y 140 GG, en conexión este último con el art. 138.1 de la Constitución de Weimar, que también es limitada en cuanto al contenido.

menor la posibilidad de determinación de la nacionalidad; ahora bien, tampoco se entendería fácilmente que la regulación de cada uno de los detalles sobre el modo y la forma de llevar a efecto esos registros e identificaciones fuese determinada igualmente por las instancias centrales; evidentemente, aquí queda un amplio margen para la legislación de *Land* y en un Estado que se define precisamente desde un punto de vista territorial en torno al principio federal no hay por qué privar a los *Länder* de esos márgenes de regulación. En relación con los demás supuestos previsto en el art. 75 GG, todos ellos derogados en 2006, resulta necesario llevar a cabo un razonamiento similar, es decir, cada materia ha de ser analizada individualmente y a partir de ahí decidir si carece o no de sentido su sometimiento a esta técnica normativa.

Más problemático, por el contrario, resulta determinar si la legislación concurrente, tal y como ha venido siendo entendida hasta hace no mucho tiempo por el Tribunal Constitucional Federal, merece ser suprimida y directamente sustituida por la legislación exclusiva federal. Aunque también se estudiará en su momento con mayor profusión, cabe anticipar aquí que esta disyuntiva, en parte, arranca de un presupuesto falso. Como veremos, la llamada legislación concurrente en absoluto hace honor a su calificativo y, aun con peculiaridades no desdeñables, bien puede sostenerse que en su esencia constituye también un tipo de legislación exclusiva de la Federación. Al menos, ésta, cuando se cumplan las condiciones del art. 72.2 GG, puede proceder a la regulación en exclusiva de la materia en cuestión. En exclusiva, es decir, con el mismo alcance con el que puede regular una de las materias enumeradas en el art. 73 GG, sin dejar margen alguno para una eventual intervención normativa de los *Länder*.

En todo caso, lo que no se debe ignorar es que los problemas de funcionamiento que plantean estos tipos de legislación concurrente (en sentido estricto, la legislación marco y la legislación básica federal) derivan menos de su propia concepción como técnicas legislativas que requieren de la colaboración entre la Federación y los *Länder* que de la peculiar lógica en que se desenvuelven las relaciones políticas. Y

es que, en efecto, la cooperación va asociada a una cierta dosis de sacrificio en la defensa de las propias posturas a fin de encontrar un acuerdo que, sin perjudicar a ninguna de las partes, al menos de manera significativa, puede incluso elevar el *beneficio* común. El nudo gordiano se encuentra casi siempre en la dicotomía a que se ven sometidas precisamente esas partes en juego; si desde un punto de vista ideal en el sistema federal (alemán, en este caso) "partes" habrían de ser la Federación, por un lado, y los *Länder*, por el otro, en la práctica las fuerzas que dirimen el conflicto no son otras que las partidistas: mayorías y minorías parlamentarias, gobierno y oposición.

Como fácilmente se adivinará, la cooperación o colaboración entre los partidos políticos, entre los grandes partidos políticos que se disputan el poder, no siempre es tan fructífera como sería de desear. De ahí que las políticas de bloqueo denunciadas y, en general, las dificultades de articulación normativa entre las regulaciones provenientes del nivel federal y aquellas otras cuya fuente de origen se halla a nivel de *Land*, se manifiesten con mayor crudeza en los momentos históricos en que la mayoría parlamentaria de la Dieta Federal no coincide con la mayoría el Consejo Federal¹³³ y/o cuando el/los partido/s en el Gobierno federal no sea el/los mismo/s que el/los que ocupa/n el poder en el *Land* correspondiente¹³⁴.

¹³³ Cabe, por tanto, poner en duda la afirmación de Nawiasky de que la representación de los Estados miembros en un Estado federal a través de una Cámara legislativa elegida directamente por el pueblo da lugar a un cuerpo representativo similar al parlamentario, en el que el protagonismo principal lo ocupan los partidos políticos, mientras que la formación de aquella Cámara representativa por medio del envío de delegados de los Gobiernos de los Estados miembros da lugar a una representación de éstos como tales, y no de los partidos políticos en cuestión (NAWIASKY, H.: "Bundesstaat"..., p. 275). La experiencia ha demostrado como en el Consejo Federal alemán el elemento partidista es determinante a la hora de votar a favor o en contra de la aprobación de un proyecto de ley.

¹³⁴ STURM, R.: *Föderalismus...*, pp. 58 ss. No obstante, como constata este mismo autor, tampoco hay que exagerar la crítica acerca del bloqueo legislativo que puede llevar a efecto el Consejo Federal, pues el número de casos en los que el mismo no ha dado su consentimiento a un proyecto de ley es relativamente bajo (entre un 3 y 6 % de las leyes afectadas). Un estudio profundo sobre la característica *ruptura estructural* (Strukturbruch) entre los modos de decisión imperantes en el Estado federal (cooperación, consenso, etc.) y en el sistema de partidos (competición política, regla de la mayoría, etc.) en LEHMBRUCH, G.: *Parteienwettbewerb im Bundesstaat* (Regelsystem und Spannungslagen im politischen System der Bundesrepublik Deutschland), Westdt. Verlag, Wiesbaden, 3.^a ed. actualizada y ampliada, 2000.

En definitiva, en un Estado compuesto como el alemán, en el que el poder público se encuentra dividido entre los órganos federales y los de los *Länder*, la cooperación entre unos y otros acabará resultando imprescindible si es que se pretende desarrollar una acción pública efectiva y coordinada. No se defiende aquí, por tanto, la superación del "espíritu de cooperación" que ha de presidir necesariamente el modo de comportamiento de los diferentes agentes políticos, sean del Estado central o de los Estados miembros, en toda estructura estatal políticamente descentralizada. Muy al contrario, lo que se sostiene es que esa (pre)disposición a la realización de las tareas en común se llevará mejor a efecto si previamente el Constituyente (o, en su defecto, el reformador de la Constitución o, en la medida de lo constitucionalmente posible, el intérprete de ésta) ha realizado una distribución competencial estricta, que deje poco margen a la ambigüedad. Es decir, cuánto más claro, exhaustivo y exclusivo sea el reparto de las facultades legislativas entre la Federación y los *Länder*, mejor se desarrollará la cooperación entre aquélla y éstos. O dicho de otro modo, cuánta menos necesidad exista de cooperar, mejor se cooperará¹³⁵.

¹³⁵ A algo semejante parece apuntar Albertí Rovira cuando en las conclusiones finales de su magnífico libro sobre federalismo y cooperación en la RFA sostiene: "La cooperación federal aparece (...) como necesaria. Pero al mismo tiempo se presenta también con fuerza la necesidad de su limitación, en un intento de reducir al mínimo los efectos negativos que provoca sobre el desarrollo de la vida política". (ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 562).

G.- LA DISTRIBUCIÓN DE FACULTADES LEGISLATIVAS EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

Según hemos tenido ocasión de señalar en diversas ocasiones ya, en un Estado territorialmente descentralizado el reparto o distribución de competencias, fundamentalmente, en el ámbito de la legislación, entre el Estado central y los Estados miembros constituye una de las piezas claves, si no la principal, para determinar el grado de descentralización efectiva y, por ende, de poder político que corresponde a cada una de las partes que integran ese Estado compuesto. La República Federal de Alemania no constituye una excepción a este respecto, de ahí que en las próximas páginas nos dediquemos a analizar los preceptos constitucionales básicos que configuran ese reparto competencial previo a la reforma constitucional de 2006 (y en buena medida aún vigentes), así como aquellas otras cuestiones adyacentes que, de manera más o menos directa, inciden en el mismo.

G.1.- Norma constitucional básica de distribución de competencias: Artículo 30 GG

G.1.a) Introducción

En la República Federal de Alemania el reparto de competencias entre la Federación y los *Länder* presenta unas características singulares que individualizan a aquélla en relación con otras estructuras de carácter estatal igualmente organizadas en torno al principio federativo. Así, mientras en el Estado federal alemán de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 los órganos centrales, pese a tener atribuidas la mayor parte de las facultades legislativas, han de compaginar las mismas en determinados campos materiales con otras funciones de ese mismo carácter conferidas a los *Länder*, en otros Estados federales, básicamente los de corte anglosajón, prescindiendo de las peculiaridades propias de cada uno de ellos, por

regla general, o bien se atribuye al Estado global o a los Estados miembros todas las funciones de tipo legislativo, ejecutivo y, en su caso, jurisdiccional, sobre un concreto ámbito material (*distribución horizontal de competencias*), o bien a la Federación se le confiere alguna de esas funciones, normalmente la legislativa, y a los Estados miembros, las restantes, por lo general las administrativas (*reparto vertical de competencias*).

El estudio de la distribución de las facultades legislativas en la República Federal de Alemania ha de partir del análisis de una norma constitucional de carácter básico¹³⁶, el art. 30 GG, en virtud del cual:

“El ejercicio de las facultades estatales y el cumplimiento de las tareas públicas es cosa de los *Länder*, en tanto esta Ley Fundamental no establezca o admita ninguna otra regulación”¹³⁷.

Este precepto, aun cuando en su literalidad supone una innovación de la Ley Fundamental de 1949, constituye un buen ejemplo de las huellas históricas del constitucionalismo alemán en la vigente Norma suprema y sus profundas influencias en el trabajo del Consejo Parlamentario encargado de redactarla. En efecto, tanto la

¹³⁶ De “norma fundamental general” (“*allgemeine Grundsatznorm*”) en lo relativo al reparto de competencias entre la Federación y los *Länder* en todos los ámbitos de la actividad estatal hablan MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.: “Artikel 30 GG”, en su obra: *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin und Frankfurt a. M., 2.^a ed. 1966, p. 749. En el mismo sentido: BOTHE, M.: Artikel 30 GG (*Funktion der Länder*), en Wassermann, R.: *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Reihe Alternativkommentare), tomo I, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 2.^a ed. 1989, pp. 1760 ss.; MÄRZ, W.: “Artikel 30 GG”..., p. 806; ERBGUTH, W.: “Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)”, en Sachs, M. (Ed.), *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2.^a ed. 1999, p. 991; ERICHSEN, H.-U.: “Die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten nach dem Grundgesetz”, Jura, 7, 1993, p. 385.

El propio Tribunal Constitucional Federal ha considerado a este art. 30 GG como una “importante manifestación formal del principio federal” (*BVerfGE 12, 205 (244); 36, 342 (365 ss.)*), llegando a identificar incluso este principio federal con una fórmula de designación colectiva de las normas constitucionales relativas a la división de competencias (*BVerfGE 55, 274 (318 ss.)*). Crítico con esta idea de reducir el principio federal al principio de reparto de competencias: ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, pp. 72 ss.

¹³⁷ Art. 30 GG: “*Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt.*”

Constitución imperial de 1871 como, sobre todo, la Constitución de Weimar de 1919, se habían basado en una presunción competencial básica a favor de los *Länder*, si bien no llegaron nunca a formularla expresamente, como ahora se hace en el art. 30 GG. El proyecto constitucional del Lago Herrenchiem, inspirado claramente en el modelo de la Constitución de Weimar, aceptó como principio elemental de la estructura de reparto del poder público el tradicional sistema alemán de desdoblamiento y separación de competencias entre las de carácter legislativo y aquéllas otras de naturaleza administrativa. El mismo sirvió como propuesta indiscutida y tuvo una influencia decisiva en el trabajo de los diputados. Esta orientación de Weimar se vio fortalecida dada la procedencia de muchos de los miembros de la Comisión sobre distribución competencial de la Convención constitucional, antiguos funcionarios ministeriales del *Reich* y del Ministerio del Interior así como de la Administración interna bávara. Por ello, no es aventurado admitir que, dado el reconocimiento en la época de Weimar de la presencia de un principio no escrito de competencias enumeradas y, por ello, limitadas del *Reich* y, *a sensu contrario*, la presunción de la existencia de una competencia -residual- general de carácter formal de los *Länder*, el vigente art. 30 GG encuentra aquí sus antecedentes más inmediatos¹³⁸.

De acuerdo con este art. 30 GG, los *Länder* disponen de una competencia general de carácter residual, mientras que la Federación, por el contrario, únicamente puede ejercer aquellas facultades que tenga expresamente atribuidas en la propia Ley Fundamental o en virtud de ella (competencias tasadas)¹³⁹. Ello, sin embargo, no puede llamar a engaño pues, como veremos más adelante, al igual que sucedía ya en la República de Weimar, la mayor parte de las competencias en el ámbito de la legislación se encuentran atribuidas también ahora a la Federación, expresamente o por medio de cláusulas constitucionales abiertas que han sido interpretadas de manera muy generosa por los órganos centrales competentes, con la aquiescencia

¹³⁸ OETER, S.: *Integration...*, pp. 12 ss.; MÄRZ, W.: "Artikel 30 GG"..., pp. 807 ss.

¹³⁹ ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 81.

del Tribunal Constitucional Federal. Es ésta precisamente la nota más característica del proceso centralizador del federalismo alemán a que ya se hizo referencia en otro lugar. De ahí que no se pueda dar por buena la expresión con la que el máximo intérprete de la Constitución se refiere a este precepto cuando sienta que el mismo estatuye la “primacía de la competencia de los *Länder*” (“*Primat der Länderzuständigkeit*”)¹⁴⁰, pues ello podría conducir al juicio equivocado de que a éstos les corresponde la generalidad de las competencias o, al menos, las más significativas, cuando sucede, en realidad, lo contrario¹⁴¹.

Esa lectura errónea del art. 30 GG deriva en buena medida del hecho de que el mismo, en realidad, tan solo se limita a diseñar, de manera general, un reparto *formal* de las competencias (completado a título particular básicamente por los arts. 70 ss. GG en el campo de las facultades legislativas, los arts. 83 ss. GG en el de las ejecutivas y los arts. 92 ss. GG en el de las jurisdiccionales). Sin embargo, el reparto *material* de las tareas públicas reside en otro lugar, en concreto, en los catálogos competenciales relativos a cada una de las facultades públicas, por un lado, y en el resto de las normas competenciales individuales “desperdigadas” a lo largo de toda la Ley Fundamental, por el otro¹⁴². Son estas disposiciones, y no las normas formales atributivas de competencias, las que nos dan la pauta del alcance real del poder público de la Federación y de los *Länder*. Una observación detenida de las mismas conduce a la conclusión ya señalada: en el ámbito de las facultades legislativas, las determinantes cuando de poder político se habla, la Federación ostenta de manera creciente desde 1949 un claro sobrepeso en relación con los

¹⁴⁰ BVerfGE 26, 246 (254).

¹⁴¹ Como observa ISENSEE, J.: “Idee und Gestalt...”, p. 630, “[I]a cláusula general del art. 30 GG (...) no permite [extraer] ninguna conclusión acerca del peso de las competencias”.

¹⁴² PIETZCKER, J.: “Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat”, en Isensee, J. / Kirchhof, P. (Eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, tomo IV, 1990, pp. 696 ss.; MÄRZ, W.: “Artikel 30 GG”..., p. 816. De otra opinión: MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.: “Artikel 30 GG”..., p. 749, quienes caracterizan al art. 30 GG como norma de reparto material de competencias que adopta la forma de la técnica legislativa de una cláusula general competencial a favor de los *Länder*.

Länder, al que solo coyunturalmente se ha pretendido poner freno, no siempre con resultados muy efectivos.

Por otra parte, del art. 30 GG se deriva también directamente el deseo del Constituyente alemán de evitar la existencia o futura aparición de campos materiales libres de regulación. No hay lugar para las lagunas o los vacíos normativos en el seno del vigente ordenamiento jurídico germano¹⁴³. Una materia determinada, cualquiera que ésta sea, necesitada de regulación pública, o bien cae bajo el ámbito competencial de la Federación (si así está previsto o así cabe derivarlo de la Constitución federal) o bien bajo el de los *Länder*. Los poderes públicos de uno u otro nivel, por consiguiente, no pueden eximirse de su responsabilidad legislativa apelando a la inexistencia de título competencial. Si hubiesen de proceder a la regulación de un determinado asunto o materia porque así lo demandaran las circunstancias sociales, políticas, económicas, medio ambientales, etc., en todo momento, la Federación o los *Länder*, o ambos en la medida de su respectiva competencia, tendrán a su disposición un título de actuación o intervención que, de ser ejercitado válidamente, les otorgará cobertura jurídica frente a cualquier reproche proveniente de otras instancias. Lógicamente, la decisión de actuar o no en el ejercicio de la correspondiente competencia es una cuestión que, por regla general, queda a la discreción del órgano en cada caso competente, en tanto que las normas competenciales, por definición, no fundan ningún deber de actuación, al ser, en la terminología de Isensee, “normas de naturaleza hipotética”¹⁴⁴.

La separación competencial que establece el precepto objeto de estas reflexiones, por consiguiente, tiene, sobre todo, un significado técnico organizativo orientado a un fin último: el reparto *completo* del poder público entre la Federación y los *Länder*. La atribución indiscutida de una determinada competencia a uno de los dos niveles

¹⁴³ STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., pp. 670 ss.; ISENSEE, J.: “Idee und Gestalt...”, p. 624; BERG, W.: *Staatsrecht* (Grundriß des Staatsorganisationsrechts und der Grundrechte), Richard Boorberg Verlag, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden, 2.^a ed. 1997, p. 74; MÄRZ, W.: “Artikel 30 GG”..., p. 818; ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 81.

¹⁴⁴ ISENSEE, J.: “Der Bundesstaat...”, pp. 739 ss.

estatales asegura la responsabilidad del mismo frente a los demás al tiempo que facilita los controles jurídico-políticos. Es esta la intención que cabe derivar del art. 30 GG cuando atribuye “el ejercicio de las facultades estatales y el cumplimiento de las tareas públicas” a los *Länder*, a no ser que la propia Ley Fundamental “establezca o admita” alguna otra regulación. Un modelo de separación competencial de esta especie, además de garantizar un reparto claro de la responsabilidad entre los órganos centrales y los de los Estados miembros, contribuye asimismo a disciplinar la actuación estatal al racionalizar el empleo de los medios públicos, impidiendo su duplicación cuando se trata de cumplir una y la misma tarea¹⁴⁵. La competencia, por tanto, fija el marco de actuación jurídica de una unidad organizativa estatal frente a las otras, eventualmente también frente a los particulares; estructura, por otro lado, la actuación pública desde el punto de vista del contenido, de modo que se produzca una conjunción y optimización de lo jurídicamente permisible y de lo fácticamente posible por parte de todos los implicados¹⁴⁶. Al mismo tiempo, el orden competencial ha de aspirar a atribuir cada una de las diversas competencias a un solo titular de poder público, de manera que no haya lugar a contradicciones, siendo esto algo que, en el terreno material, en ocasiones, resulta sumamente complicado, dada la cercanía entre numerosos ámbitos materiales atribuidos constitucionalmente a la regulación de distintas instancias, pero que, en un plano estrictamente jurídico, ha de hacerse posible. Con todo, como veremos, a este respecto, no existe unanimidad entre la doctrina. De hecho, para algunos autores, tales solapamientos competenciales se producen, lo que, en su opinión, explicaría la presencia de un precepto, el art. 31 GG (prevalencia del derecho federal sobre el derecho de *Land*), que de otra forma estaría condenado prácticamente a la inaplicación, en tanto que cualquier conflicto competencial entre la Federación y los *Länder* encontraría su solución precisamente en la aplicación estricta de las normas constitucionales de reparto de competencias, tal y como sostiene otra parte de la doctrina, a la que, anticipo, me sumo.

¹⁴⁵ ISENSEE, J.: “Idee und Gestalt...”, pp. 623 ss.

¹⁴⁶ MÄRZ, W.: “Artikel 30 GG”..., p. 812.

Ese régimen básico de separación de las competencias federales y de los *Länder*, que constituye una de las claves de entendimiento del art. 30 GG, se traduce también en una limitación, bien es cierto que de difusa concreción, para los intentos de coordinación de los *Länder* entre sí (el conocido como “tercer nivel” en el Estado federal alemán)¹⁴⁷, así como para la cooperación entre éstos y la Federación (el “cuarto nivel”), al margen de las declaraciones jurídico-constitucionales expresas que a tal efecto puedan encontrarse¹⁴⁸. En efecto, sin negar la, más que posibilidad, necesidad de que en un Estado políticamente descentralizado, como lo es el alemán, los distintos niveles estatales desempeñen su actividad, sea de carácter legislativo o ejecutivo, de manera coordinada y en cooperación entre sí, lo cierto es que existe también un límite a tales técnicas jurídicas y prácticas políticas, el derivado de la existencia de un reparto de competencias que, en último término, no se puede desdibujar por completo, pues ello iría fundamentalmente en perjuicio del buen funcionamiento de las instituciones, al difuminarse también así su responsabilidad, lo que, y esto es lo fundamental, sería susceptible de acarrear serios perjuicios a los ciudadanos.

La tensión a que se ven sometidas en todo Estado federal las tendencias dualistas, favorecedoras de una separación estricta entre los ámbitos competenciales del Estado central y los de los Estados miembros, por un lado, y las cooperativas, que propugnan una actuación coordinada y, en tal sentido, interrelacionada, de todos ellos, ha de resolverse en la búsqueda de un frágil equilibrio entre ambas, pues solo así se podrá contribuir en mayor y mejor medida al desempeño efectivo de las numerosas e importantes tareas públicas que hoy en día corresponde asumir a los poderes públicos estatales. El art. 30 GG así lo demanda al establecer una división competencial clara y no impedir la cooperación y la coordinación entre las distintas instancias estatales.

¹⁴⁷ La Federación o el Estado central es considerado el “primer nivel” en el Estado federal alemán, mientras que los *Länder* o Estados miembros integran el llamado “segundo nivel”.

¹⁴⁸ MÄRZ, W.: “Artikel 30 GG”..., pp. 824 ss.

La mencionada separación y completud del reparto competencial que se deriva del art. 30 GG supone, por definición, una negación del carácter completo de la competencia de la Federación y de los *Länder* individualmente considerados. Ni aquélla ni éstos disponen de una competencia total como expresión de su cualidad de Estados. Antes al contrario, tanto la competencia de una como la de los otros es de carácter parcial. Pero esto no puede servir de argumento, como sostiene Isensee, para cuestionar la estatalidad de ninguno de ellos de acuerdo con una Teoría General del Estado en virtud de la cual se presume la virtual competencia total de este último. Más bien, la atribución constitucional de determinadas competencias de tipo legislativo, fundamentalmente, pero también administrativo y, en su caso, jurisdiccional, es lo que sirve a una determinada organización del poder público de base sólida, junto con otros elementos, para merecer el calificativo de estatal.

La República Federal de Alemania, en tanto que Federación o Estado global, es Estado, en sentido jurídico-público, básicamente porque constituye una organización de poder público que se ejerce sobre un determinado territorio y sobre la población que habita en él. Y el atributo esencial del "poder público", más allá de su significado político o filosófico, se traduce jurídicamente en la existencia de unas determinadas competencias que son las que le permiten a aquél actuar en la configuración de la *res publica*. Algo similar cabría decir respecto de los *Länder*, salvando las distancias no pequeñas derivadas del hecho de que el elenco competencial de la Federación, en el determinante campo de la legislación, es muy superior, tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo, al de aquéllos.

En definitiva, que la Federación (alemana, en este caso) o los *Länder* no dispongan de una competencia total, sino solamente de unas cuantas (pero significativas) competencias parciales no les hace desmerecer la calificación de Estados en toda regla. Porque, además, finalmente, como reconoce Isensee, esa *competencia total* se conformará mediante la adición de cada una de las competencias parciales que

corresponden a aquella y a éstos¹⁴⁹. Ahí radica precisamente la diferencia sustantiva entre un Estado unitario y otro políticamente descentralizado, pero igualmente Estado, en que en el primero la totalidad de las competencias le están conferidas al poder central (único), mientras que en el segundo tales competencias se encuentran repartidas, en su *totalidad* también, entre las instancias centrales y las llamadas periféricas.

Este art. 30 GG, cimienta de todas las demás normas constitucionales dedicadas a la división formal de competencias entre la Federación y los *Länder* en el campo de la legislación (arts. 70 ss. GG), de la ejecución (arts. 83 ss. GG) y de la jurisdicción (arts. 92 ss. GG), constituye ya de por sí una garantía esencial del poder de actuación autónomo y responsable tanto de la Federación como de los *Länder*. De este precepto se deriva ya inequívocamente que en sus respectivos ámbitos competenciales aquella y éstos disponen de plena libertad para desplegar su poder público sin que la otra parte pueda impedirlo (dentro del respeto, claro está, a la totalidad del ordenamiento jurídico, fundamentalmente, a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales mencionados en el art. 20 GG, y, como veremos más adelante, siempre que conduzcan su actuación de acuerdo con las exigencias -más o menos concretizables- derivadas del principio de la lealtad federal).

Esta función de protección de las normas competenciales “favorece especialmente a la parte política y financieramente más débil, a los *Länder*, por tanto”, como

¹⁴⁹ ISENSEE, J.: “Der Bundesstaat...”, pp. 737 ss., se refiere al orden competencial de la Ley Fundamental como el “núcleo jurídico duro” de la estatalidad de la Federación y de los *Länder*. Asimismo, en otro lugar, este mismo autor observa cómo el Estado federal de la Ley Fundamental se corresponde a su manera con la imagen clásica de una *res publica composita* al diferenciar la unidad del Estado global en pequeñas unidades autónomas que permanecen entre sí vinculadas unas con otras (vid. ISENSEE, J.: “Idee und Gestalt...”, p. 629). En un sentido similar, MÄRZ, W.: “Artikel 30 GG”..., pp. 812 ss., se refiere al orden competencial de la Ley Fundamental como una suma de todas las tareas (*Aufgaben*), competencias (*Zuständigkeiten*) y facultades (*Befugnisse*) de la Federación y de los *Länder*, reconociendo como función básica de aquél proteger tanto a una como a los otros de un mal uso del poder, en tanto que el mismo representa una “unidad que se constituye e integra en un orden global”.

acertadamente observa Isensee¹⁵⁰. Y es que, en efecto, las "naturales" tendencias expansionistas asociadas a todo poder central en un Estado políticamente descentralizado, en tanto que, por lo común, se encuentra mejor dotado tanto desde un punto de vista económico como jurídico-institucional que las partes que lo integran, precisa de un muro de contención de rango constitucional tras el cual puedan ampararse estas últimas. Así, en la República Federal de Alemania, los *Länder*, al tener garantizados en la Ley Fundamental determinados ámbitos competenciales, pueden desarrollar su actividad pública sin temor a una ingerencia por parte de la Federación, que en caso de producirse podrá ser repelida por los procedimientos jurisdiccionales (no siempre más efectivos que los políticos, se ha de reconocer) a tal efecto previstos.

Esta función de garantía del poder de actuación autónomo de la Federación y, sobre todo, de los *Länder* que cabe derivar del art. 30 GG viene directamente asociada a la idea de subsidiariedad, presente en la concepción última de todo el sistema constitucional de división de competencias. El hecho de que, entre otras cosas, el art. 30 GG parta de una presunción a favor de las competencias de los *Länder*, que el art. 72.2 GG acuda al criterio de la imprescindibilidad (antes de la reforma de 1994: necesidad) para determinar cuándo la Federación está facultada para actuar en el campo de la legislación concurrente, y que el art. 83 GG prevea una competencia general de los *Länder* para la ejecución de las leyes federales como asunto propio (en tanto la Ley Fundamental no disponga o permita otra cosa), es suficiente prueba de que el reparto constitucional de competencias ancla sus raíces en el principio de subsidiariedad. En términos generales, el Constituyente, aun sin hacer mención expresa de este principio en el texto constitucional, sí se habría "inspirado" en él a la hora de decidir qué competencias corresponde ejercer a la Federación y qué otras quedan en manos de los *Länder*. A tal efecto, podría sostenerse, aun con sumas reservas, que de conformidad con el orden constitucional de distribución de competencias a la Federación únicamente le estaría

¹⁵⁰ ISENSEE, J.: "Der Bundesstaat...", pp. 740 ss.

atribuido el desempeño de “aquellas facultades estatales y tareas públicas” que no pudiesen ser acometidas adecuadamente por los *Länder*. Ahora bien, ello no quiere decir, lógicamente, que una vez establecido el reparto competencial en la Constitución federal quepa aún acudir a aquel principio a fin de decidir a qué nivel estatal, si al de la Federación o al de los *Länder*, le corresponde ejercer la competencia en concreto. Esta es una cuestión que queda ya definitivamente cerrada en el texto constitucional. Es decir, cuando una competencia ha sido jurídico-constitucionalmente asignada, su observación no está sometida ya a ninguna obligación ulterior de justificación o de fundamentación, como, por ejemplo, la derivada del principio de subsidiariedad¹⁵¹.

El problema fundamental en relación con el principio de subsidiariedad y el reparto de competencias se plantea, sin embargo, en otro terreno: el de las competencias no escritas o tácitas. Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante a este respecto, cabe adelantar ahora que en este campo, que, en realidad, no es otro que el de la interpretación de las normas competenciales, sí parece que el principio de subsidiariedad está llamado a jugar un rol mayor. Así, cuando existan dudas, por ejemplo, sobre a qué nivel estatal le corresponde el ejercicio de una determinada competencia, aparte de acudir a los criterios de interpretación desarrollados por el Tribunal Constitucional Federal relativos a las competencias en virtud de la naturaleza de las cosas, a las competencias en virtud de la conexión material y a las competencias anexas, habrá que tener en cuenta que del art. 30 GG cabe derivar asimismo una pauta hermenéutica a favor de la competencia de *Land*¹⁵², que se

¹⁵¹ ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, pp. 187 ss., quien, sin embargo, parece hacer suyas las objeciones que a este respecto formuló STETTNER, R.: *Grundfragen einer Kompetenzlehre*, Duncker&Humblot, Berlin, 1983, pp. 299 ss., para quien entre las muchas funciones que cabe atribuir a las normas competenciales de la Constitución federal (función de constitución, integración, ordenación, prerrogativa, protección, legitimación o encomienda) no se encuentra la función de “realización” (“*Realisierung*”) del principio de subsidiariedad; más bien, al reparto constitucional de competencias, según Stettner, le correspondería preponderantemente la tarea de llevar a cabo una división carente de lagunas o vacíos de las facultades y tareas públicas que posibilite un efectivo funcionamiento del Estado federal.

¹⁵² Algo que, por cierto, ya sucedía en el ámbito de la Constitución imperial de 1871, como pone de manifiesto HUBER, E. R.: *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, tomo III (*Bismarck und das Reich*), W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 3.ª ed. revisada, 1988, p. 910.

sustentaría en el hecho de que la tarea pública en cuestión pudiera ser realizada mejor o más eficazmente por los *Länder* que por la Federación. Esto es, si una determinada materia, no atribuida expresamente a la competencia de la Federación por la Ley Fundamental, precisara en un momento dado de regulación pública, habría que decidir si la misma ha de provenir de las instancias federales o de las de los *Länder*. En este caso, parece pleno de sentido defender que, en base al modo de distribución de competencias del art. 30 GG y al principio de subsidiariedad derivable del mismo, se ha de preferir en todo momento al nivel estatal inferior sobre el inmediatamente superior, siempre y cuando aquél se encuentre en condiciones de acometer debidamente la regulación de la materia en cuestión¹⁵³.

No obstante el énfasis que se ha puesto en la separación competencial y en el carácter completo del reparto del poder público entre la Federación y los *Länder* en el seno de la Ley Fundamental, conviene no perder de vista que, más allá de esto, el derecho federal y el derecho de *Land* constituyen un ordenamiento jurídico común, fundándose precisamente tal unidad en el orden constitucional de las competencias. Ello implica, entre otras cosas, que existe una complementariedad entre las competencias de los dos niveles estatales¹⁵⁴.

¹⁵³ Vid. SCHNEIDER, H.-P.: “Die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern nach dem Grundgesetz – eine Ausprägung des Subsidiaritätsprinzip?”, en: Kramer, J. [Ed.], *Die Entwicklung des Staates der Autonomen in Spanien und der bundesstaatlichen Ordnung in der Bundesrepublik Deutschland - El desarrollo del Estado de las Autonomías en España y la evolución del Federalismo en la República Federal de Alemania* (Ein Spanisch-Deutsches Verfassungskolloquium – Coloquio constitucional hispano-alemán) [Deutsches Institut für Föderalismusforschung e.V., Hannover], Nomos-Verl.-Ges., Baden-Baden, 1996, pp. 41 ss., quien, en este sentido, sostiene que el art. 30 GG no se ha de entender solamente como un recurso técnico-jurídico formal, en el sentido de que todas las competencias se han de derivar de la Constitución como competencias escritas, sino que el mismo asigna también en cuanto al contenido el peso principal de la consumación de las tareas a los *Länder*, con la consecuencia de que todas aquellas facultades que puedan ser realizadas más eficazmente por los ayuntamientos o los *Länder* han de ser asignadas preferentemente a ellos sobre la Federación. Concluye su argumentación sosteniendo que en el ámbito de la Unión Europea se acude ya al llamado principio de subsidiariedad, de modo que lo que es cierto para Europa no puede ser falso para el orden federativo en la República Federal. En un sentido similar: ISENSEE, J.: “Der Bundesstaat...”, pp. 745 ss., para quien el principio de subsidiariedad, tal y como ha sido desarrollado en la Unión Europea, se puede aplicar analógicamente también como regla de ejercicio competencial en el ámbito nacional, algo que, de hecho, ya ha sido demandado por el propio Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGE 89, 155 (211 ss.)*)

¹⁵⁴ ISENSEE, J.: “Idee und Gestalt...”, p. 643.

Finalmente, en un Estado federal cualquier actuación de la Federación tendrá determinadas repercusiones para los Estados miembros y viceversa. De ahí la necesidad de que el principio de lealtad federal oriente la actividad pública de todos los órganos estatales. Sin embargo, esa necesidad de complementariedad no está reñida con el hecho de que en el marco de sus respectivas competencias cada *Land* pueda crear su propio derecho, potencialmente diferente en cuanto al contenido del que se pueda aprobar en otro *Land*, sin que el principio general de igualdad del art. 3.1 GG suponga tampoco un obstáculo insalvable a este respecto, dado que el mismo, como ha reconocido el Tribunal Constitucional Federal, vincula a cada *Land* individual solo en el marco de su propio orden competencial. Esto significa, entre otras cosas, que una ley de *Land* no será inconstitucional por el simple hecho de que se aparte materialmente de las correspondientes regulaciones de la Federación o de otros *Länder* o porque beneficie o perjudique comparativamente más a los ciudadanos propios que a los de otro *Land*¹⁵⁵.

En la Sentencia de 18 de julio de 1972 sobre el *numerus clausus* para estudios de medicina, el Tribunal, sin embargo, modifica ligeramente el acento de su anterior jurisprudencia y sostiene que dentro de su ámbito competencial el legislador de *Land* no está impedido de “adoptar regulaciones que se aparten de la legislación de otros *Länder* aun cuando los habitantes de su *Land* en la práctica puedan verse perjudicados o beneficiados” por tales medidas; el principio de igualdad, por tanto, en la estructura federalista no conmina a la uniformidad, dado que solo se está obligado a observar un tratamiento igualitario en el seno del ámbito de validez de la Constitución del respectivo *Land*; otra cosa es que la materia a regular por su naturaleza supere las fronteras del *Land* en cuestión y afecte, en esa medida, a la posición jurídica de otros ciudadanos de la República Federal; en tal caso, los favorecimientos unilaterales de los ciudadanos de un *Land* podrían ocasionar un

¹⁵⁵ Vid. también *BVerfGE* 10, 354 (371); 11, 299 (305); 12, 131 (143); 12, 319 (324); 16, 6 (24); 17, 319 (331); 32, 346 (359 ss.); 33, 224 (231); 42, 20 (27); 51, 43 (59); 79, 158. En relación con la coexistencia autónoma de los ámbitos competenciales de la Federación y los *Länder*, véase la más reciente *BVerfGE* 98, 145 (157).

tratamiento desigual y, en consecuencia, rechazable, de los ciudadanos de otros *Länder*. En conclusión, cuando se trate de la protección de un derecho fundamental de los ciudadanos, que, como tal, vincula en igual medida al legislador de la Federación como al de los *Länder*, tanto aquél como éstos han de someter la regulación de la materia a un tratamiento uniforme, significando ello, en el caso concreto de esta sentencia, la necesidad de que se establezca un sistema de admisión unitario a nivel federal para todos los estudiantes universitarios¹⁵⁶.

En definitiva, y pese a las matizaciones que introduce esta nueva jurisprudencia constitucional, el principio de igualdad no origina ninguna comunión de contenido de los ordenamientos jurídicos de los *Länder* más allá del estándar de homogeneidad del art. 28.1 GG (necesidad de correspondencia del orden constitucional de los *Länder* con los principios del Estado republicano, democrático y social de Derecho de la Ley Fundamental)¹⁵⁷.

Como se ha apuntado con anterioridad, el art. 30 GG constituye la regla general fundamental del reparto de competencias en la República Federal de Alemania. La misma encuentra su concreción, en el terreno de las facultades legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales en los arts. 70 ss., 83 ss. y 92 ss. GG, respectivamente, que son, en ese sentido, *leges speciales* en relación con aquél. A este respecto, cabe preguntarse con März si, más allá de su carácter declarativo, al art. 30 GG le queda aún algún margen autónomo de aplicación material. Dado que existen numerosas “facultades estatales y tareas públicas” de las que no se ocupan aquellos preceptos, sí cabe sostener que este art. 30 GG establece la calificación jurídico-competencial (a favor de los *Länder*) de ámbitos esenciales de la vida pública, entre los que merecen ser destacados los siguientes¹⁵⁸:

¹⁵⁶ BVerfGE 33, 303 (352 ss.)

¹⁵⁷ ISENSEE, J.: “Idee und Gestalt...”, p. 656; OETER, S.: *Integration...*, pp. 426 ss.

¹⁵⁸ MÄRZ, W.: “Artikel 30 GG”..., pp. 827 ss. Vid. también PIETZCKER, J.: “Zuständigkeitsordnung...”, p. 696, quien se refiere, en este sentido, al art. 30 GG como “cláusula de acogida que, en caso de lagunas de las atribuciones competenciales especiales, atribuye la competencia residual a los *Länder*”.

- la legislación constitucional de *Land*;
- la ejecución del derecho de *Land* así como la administración de *Land* en ausencia de ley, su organización y su procedimiento;
- la constitución y organización, así como la competencia y el procedimiento de la jurisdicción constitucional de *Land*;
- las formas y procedimientos de la cooperación de los *Länder* entre sí (si bien los contenidos quedan determinados ya por medio de los arts. 70 ss. GG).

De esta forma, de la combinación del art. 30 GG, por un lado, y de los arts. 70 ss., 83 ss. y 92 ss. GG, por el otro, cabe deducir en cada caso el número y alcance de las competencias que quedan a disposición de los Estados miembros, que, de acuerdo con las disposiciones de su propio derecho constitucional, y nuevamente dentro de los límites marcados por el respeto a los derechos fundamentales - federales- y a los principios constitucionales, decidirán autónomamente sobre el reparto interno de las mismas, atribuyéndoselas a unos u otros órganos¹⁵⁹.

G.1.b) ¿Norma de reparto material de competencias, relación de regla-excepción, presunción competencial o cláusula residual a favor de los Länder?

Aunque ya se ha hecho alguna referencia a esta cuestión con anterioridad no está de más dar cuenta aquí de una discusión que desde hace tiempo tiene lugar entre la doctrina científica alemana acerca de la calificación a dar a la regla contenida en el art. 30 GG.

Diferencias de matiz al margen, tanto para la mayoría de los autores consultados como para el Tribunal Constitucional Federal, el art. 30 GG contiene lo que se ha dado en llamar una “presunción refutable (*widerlegbare Vermutung*) a favor de la

¹⁵⁹ MÄRZ, W.: “Artikel 30 GG”..., p. 840.

competencia de los *Länder*”, que solo se podrá vencer cuando se pueda probar que la Constitución federal atribuye, expresa o implícitamente, la regulación de la materia de que en cada caso se trate a la competencia de la Federación¹⁶⁰.

No obstante, en contra de lo que pretende Šarčević¹⁶¹, esta no es una opinión unánimemente aceptada. Así, Pieroth, por ejemplo, califica incluso de malentendido tal caracterización, ya que las presunciones jurídicas afectan a la carga de la prueba de los hechos, mientras que aquí se trata fundamentalmente de una interpretación de carácter normativo¹⁶².

Bothe, por su parte, afirma que técnico-jurídicamente este art. 30 GG (así como las concreciones especiales del mismo: arts. 70 y 83 GG, para el ámbito de la legislación y de la administración, respectivamente) solo establece una *relación de regla-excepción* entre las competencias de la Federación y las de los *Länder*, y el hecho de que la doctrina mayoritaria derive de ahí una “presunción” a favor de la competencia de los *Länder* solo significa que para la misma este precepto representa una regla de interpretación de las normas competenciales federales o, mejor dicho, un postulado a favor de una interpretación amistosa con los *Länder*¹⁶³,

¹⁶⁰ BVerfGE 11, 6 (15); 42, 20 (28). Vid, entre otros, ERBGUTH, W.: “Bundesstaatliche Kompetenzverteilung...”, p. 319; SCHNEIDER, H.-P.: “Die Aufgabenverteilung...”, pp. 38 ss.; ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 156; SCHNEIDER, T.: *Die Rahmengesetzgebungskompetenz...*, p. 64; ISENSEE, J.: “Der Bundesstaat...”, p. 746, quien, sin embargo, en un trabajo anterior (ISENSEE, J.: “Idee und Gestalt...”, p. 582) rehusa expresamente que el art. 30 GG contenga una presunción jurídica general a favor de la competencia de los *Länder*, en tanto que entiende que la Constitución federal lleva a efecto una limitación y reparto definitivo de las competencias que niega, precisamente, la posibilidad misma de que tal presunción pueda darse.

¹⁶¹ ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 73, quien en su búsqueda de la sede positiva del principio federal, sostiene infundadamente, como veremos, la existencia de unanimidad acerca de que el art. 30 GG representa una cláusula general para el reparto de competencias entre la Federación y los *Länder*, al tiempo que contiene una presunción competencial a favor de estos últimos, concluyendo cómo este precepto establece, por tanto, una “relación regla-excepción” del reparto competencial.

¹⁶² PIEROTH, B.: Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*), en Jarass, H. D. / Pieroth, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Kommentar), C. H. Beck, München, 4.ª ed. 1997, p. 554.

¹⁶³ Así, por ejemplo, para ERBGUTH, W.: “Artikel 30 GG...”, p. 992, el art. 30 GG contiene una directriz interpretativa favorable a los *Länder* en aquellos casos en que pese a los métodos de interpretación al uso queden dudas acerca de la titularidad de la competencia.

lo que, de igual modo, ha de ser matizado a la luz de la jurisprudencia constitucional, que repetidamente ha venido considerando la cuestión de la hermenéutica de los arts. 30, 70 y 83 GG como una manifestación singular de los problemas generales de interpretación de las normas especiales, en virtud de la cual se ha partir de la regla “las normas especiales se han de interpretar estrictamente”¹⁶⁴. En opinión de Bothe, habría que plantearse más bien si este precepto lo que contiene, en realidad, no es una *cláusula residual* a favor de los *Länder*¹⁶⁵.

En un sentido similar, März califica el art. 30 GG como una “norma competencial residual a favor de los *Länder*” y descarta, por consiguiente, que se pueda hablar de una verdadera presunción competencial en sentido teórico-jurídico en el esquema de distribución de competencias de la Ley Fundamental; por el contrario, mantiene que el art. 30 GG se limita a establecer un reparto recíproco de competencias, siendo el problema, entonces, más bien de interpretación de las concretas normas competenciales materiales de la Federación¹⁶⁶.

Finalmente, Mangoldt y Klein, como ya se dijo, sostienen, en la línea de lo defendido por Maunz, que el art. 30 GG no solo contiene una “presunción de competencia” a favor de los *Länder*, sino también una norma de reparto competencial. Pese a ello, reconocen que carece, en buena medida, de objeto la discusión generada en torno a este tema. En su opinión, este precepto no es sino una *norma de reparto competencial material* que adopta la forma de la técnica legislativa de una cláusula general competencial a favor de los *Länder*¹⁶⁷.

¹⁶⁴ BVerfGE 12, 205 (228 ss.); 15, 1 (17); 42, 20; 61, 149 (174, 209); 75, 108 (150).

¹⁶⁵ BOTHE, M.: “Artikel 30 GG...”, p. 1761. También ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 81, se refiere al “carácter residual” de la cláusula del art. 30 GG, lo que no le impide más adelante concebir la atribución general de competencias a los *Länder*, derivada de ese mismo precepto, como una “verdadera presunción *iuris tantum* que solo se destruye por disposición constitucional y cuya carga de la prueba corresponde al *Bund*”.

¹⁶⁶ MÄRZ, W.: “Artikel 30 GG”..., p. 818. También PIETZCKER, J.: “Zuständigkeitsordnung...”, p. 696.

¹⁶⁷ MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.: “Artikel 30 GG”..., p. 749; MAUNZ, T.: “Artikel 30 GG (*Funktionen der Länder*)”, en Maunz / Dürig / Herzog / Scholz: *Grundgesetz Kommentar*, tomo III, C. H. Beck, entrega 20.^a, 1982, p. 3.

Pues bien, sin ánimo de terciar resueltamente en esta polémica, sí corresponde aquí señalar que no parece que la misma, al margen de su alcance teórico-conceptual, como apuntaron los últimos autores mencionados, tenga alguna relevancia mayor en la práctica. Es más, bien visto, no parece que sean contradictorias entre sí cada una de las visiones expuestas, pues todas ellas parecen apuntar en la misma dirección. Además, cada una encierra algo de verdad y algo no tan cierto. En efecto, el art. 30 GG puede ser considerado una norma de distribución competencial en tanto que determina de manera general qué competencias corresponden a la Federación y qué otras quedan en manos de los *Länder*. Ahora bien, precisamente por tratarse de una declaración general por sí solo es incapaz de resolver un caso concreto. Precisa, pues, de la concurrencia del resto de las disposiciones constitucionales para cobrar pleno sentido práctico.

También es posible referirse a él como manifestación de una relación de regla-excepción. La regla sería la competencia general de los *Länder* y la excepción la concreta atribución competencial a favor de la Federación. No obstante, una calificación de esta índole también presenta algunas dificultades, entre las que no ocupa un lugar menor el hecho de que la misma pueda desenfocar la realidad de la cuestión: que la excepción es regla (y, viceversa, la regla excepción), porque, como hemos visto ya, no se puede desconocer que, sobre todo cuando hablamos de facultades legislativas, la mayoría de las mismas se encuentran atribuidas, expresa o implícitamente, a la Federación (lo que se ha visto algo mitigado con la reforma constitucional de 2006, como veremos ulteriormente).

Calificar al art. 30 GG como presunción de competencia también tiene sus riesgos. En primer lugar, porque una calificación así parece ignorar que en la Ley Fundamental de Bonn pretende llevarse a efecto un reparto exhaustivo de los ámbitos competenciales entre la Federación y los *Länder*, con lo que poco (o ningún) espacio quedaría para una tal presunción. Por otra parte, hablar de presunción implica inexorablemente introducir en la necesaria labor interpretativa de las normas

constitucionales de distribución de competencias una "inclinación" favorable a la entidad estatal que goza de la tal presunción, los *Länder*, en este caso. Si bien, esto último, más que constituir un argumento en contra del empleo de esta denominación, vendría a fortalecer la misma, pues, como se ha apuntado más arriba, no resulta inapropiado, sino todo lo contrario, entender que del art. 30 GG se puede (debe) derivar una interpretación de las disposiciones constitucionales sobre distribución de competencias favorable a los *Länder*, siempre y cuando, se insiste, ello no fuerce en exceso, desvirtúe o, simplemente, contradiga el tenor literal de la concreta disposición constitucional atributiva de la competencia a la Federación.

Por último, entender que este artículo que nos ocupa constituye una cláusula residual a favor de los *Länder* tampoco deja de ser algo que encaja con dificultad en el tenor literal del mismo precepto, que más que a una cláusula de ese tipo parece querer referirse a una cláusula general (a favor de la competencia de los *Länder*). Además, por otro lado, esa caracterización en nada ayuda a resolver la concreta cuestión de a qué poder público, si al federal o al estatal (de los *Länder*), le corresponde ejercer una determinada competencia. Será preciso acudir aquí también al resto de las disposiciones constitucionales sobre reparto de competencias para poder resolver esta duda.

Así pues, y como suele ser común, lo determinante, en último caso, no será tanto cómo se defina el precepto en cuestión, sino la comprensión de lo que, en realidad, dispone o establece. Y eso parece estar fuera de toda duda: que mientras la Ley Fundamental, expresa o implícitamente, no establezca otra cosa, la competencia sobre la materia correspondiente estará atribuida a los *Länder*. Lógicamente, en muchos casos será una cuestión de interpretación determinar si la regulación de una concreta materia ha sido, expresa o implícitamente, atribuida por la Ley Fundamental a la Federación o no. En tal caso, junto a las reglas generales de la hermenéutica, habría que conceder un margen de juego a este art. 30 GG, que, ante la dificultad de encontrar punto de conexión con la competencia federal, contribuiría a inclinar la balanza a favor de la competencia de los *Länder*.

En conclusión, lo que bajo ningún pretexto se ha de perder de vista es que lo decisivo en orden a la determinación del reparto material de competencias no deriva de este precepto (ni del art. 70.1 GG, en el caso de la legislación), sino de las demás disposiciones constitucionales que atribuyen materialmente competencias a la Federación. Son ellas, pues, las que dan también la medida (por exclusión) de la cantidad y la calidad de las competencias de los *Länder*. Finalmente, la Federación estará en condiciones de ejercer aquellas facultades que la Ley Fundamental le haya atribuido, de manera expresa o tácita, en los correspondientes catálogos competenciales así como en las restantes normas igualmente competenciales que pueden encontrarse a lo largo de todo el texto de la Ley Fundamental, siendo estos otros preceptos constitucionales precisamente lo que otorgan pleno sentido al art. 30 GG.

G.1.c) Alcance del Artículo 30 GG

Antes de pretender dar una respuesta a la cuestión de si el ámbito de aplicación del art. 30 GG abarca solo parte o toda la actividad estatal, en sus diversas manifestaciones, algo que, por otra parte, ya ha sido apuntado con anterioridad, conviene primeramente hacer una breve reflexión acerca del significado de la terminología empleada por este precepto constitucional, en tanto que ello nos permitirá afrontar en mejores condiciones el mencionado interrogante.

Con la expresión “establezca” (“*trifft*”) se hace referencia a todas aquellas otras regulaciones de la Ley Fundamental en virtud de las cuales se reserva o se confiere expresamente a la Federación una determinada competencia, desbaratándose con ello la presunción competencial a favor de los *Länder*. Así sucede, por ejemplo, en el art. 73.1 n.º 3 GG, que confiere a la Federación la legislación exclusiva sobre “la libertad de circulación, el régimen de los pasaportes, el registro y la identificación de las personas, la inmigración y emigración así como la extradición”, sin que reste, por

tanto, ningún margen de actuación al legislador de *Land*. O en el (derogado) art. 75.1 n.º 3 GG, que autoriza a la Federación a aprobar disposiciones marco para la legislación de los *Länder*, bajo las condiciones del art. 72 GG, sobre “la caza, la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje”, limitando de esa forma la competencia de los *Länder* al desarrollo de la normativa federal (que, en ningún caso, so pena de nulidad, podrán contradecir). Pero también fuera de los arts. 70 ss. GG se encuentran numerosas normas competenciales que sustraen facultades normativas y organizativas a los *Länder* (sobre todo, mediante el uso de la fórmula “Se establecerán por medio de ley federal las normas de desarrollo” - “*Das Nähere regeln Bundesgesetze*”) y se las atribuyen exclusivamente a la Federación: arts. 4.3 (objeción de conciencia al servicio militar), 21.3 (régimen jurídico-constitucional de los partidos políticos), 38.3 (elección de los miembros de la Dieta Federal alemana), 59.2 (tratados internacionales; vid. también art. 32.1 GG), 120.1 (asunción de las cargas resultantes de la guerra), 143b.1 GG (correo federal), etc.

Más problemática resulta la interpretación del término “admita” (“*zulässt*”). Para la mayoría de la doctrina científica las regulaciones *admitidas* en el sentido del art. 30 GG están integradas, sobre todo, por las (controvertidas) competencias implícitas o no escritas de la Federación (*mitgeschriebene oder ungeschriebene Zuständigkeiten des Bundes*)¹⁶⁸. Sin embargo, una interpretación de este tenor, como observa Bothe, tiene el inconveniente de impedir el recurso a la categoría de tales “competencias implícitas o no escritas” en el campo de la legislación, en tanto que en el art. 70 GG no se menciona el término “permitir” sino solo “conferir”¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Así lo reconoce MÄRZ, W.: “Artikel 30 GG”..., pp. 837 ss. y 842, quien asimismo sostiene que con tal expresión también se está haciendo referencia a la eventual transferencia de tareas y facultades públicas no definidas con carácter previo a favor de “titulares competenciales ya existentes y ajenos al Estado federal alemán” (arts. 23 y 24 GG). Por su lado, ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 83, entiende que de la expresión del art. 30 GG “en tanto la GG no *disponga o permita* otra regulación” cabe derivar una “doble vía general de atribución de competencias al *Bund*”: o bien “explícitamente, a través de una norma constitucional expresa que le apodere de forma específica, o bien (...) implícitamente, sin título expreso o específico, deduciéndose la existencia de tal competencia federal a través de la interpretación constitucional”. Vid. también PIETZCKER, J.: “Zuständigkeitsordnung...”, pp. 697 ss.

¹⁶⁹ BOTHE, M.: “Artikel 30 GG...”, p. 1762.

Desde otra perspectiva, sugiere Bothe, se puede defender que la Ley Fundamental “admite” otra regulación cuando algún precepto de la misma contiene una habilitación o una delegación para ceder a través de un acto posterior una competencia a la Federación. Una interpretación de este tipo aclararía la diferencia entre el art. 70 GG, por un lado, que únicamente emplea el término “conferir” (“*verleihen*”), y los arts. 30 y 83 GG, por el otro, que además de referirse a “contener” o “determinar” (“*treffen*” o “*bestimmen*”, respectivamente), también hacen uso diferenciadamente de la expresión “permitir” (“*zulassen*”). De conformidad con esta interpretación, por tanto, mientras el reparto de las facultades legislativas solo se podría derivar inmediatamente de la Ley Fundamental, en el caso de las administrativas es imaginable e, incluso, está previsto que una competencia sea inmediatamente creada por medio de una ley federal. Así sucede, por ejemplo, cuando el art. 84.5 GG prevé la posibilidad de que al Gobierno federal le sea conferida por medio de ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal la facultad de ejecutar las leyes de la Federación y de dictar, en casos especiales, instrucciones singulares (*Einzelzuweisungen*), las cuales irán dirigidas, salvo que el Gobierno Federal considere que el caso es urgente, a las autoridades superiores del *Land*.

En cualquier caso, esta discusión es más doctrinal que práctica, pues los efectos para los *Länder* que se derivan de las regulaciones federales aprobadas en ejercicio de una competencia expresamente “establecida” o de las provenientes de una habilitación ulterior constitucionalmente “permitida” no se diferencian en nada¹⁷⁰. Tanto en un caso como en el otro la existencia de una competencia federal será indicativa de la incompetencia de los *Länder* a ese respecto.

Tras esta indagación sobre el significado dispar de los términos “establecer” y “admitir” del art. 30 GG, corresponde ahora enfrentarse con la cuestión que se

¹⁷⁰ MÄRZ, W.: “Artikel 30 GG”..., pp. 841 ss.

anunció al comienzo de este epígrafe: dada la formulación literal de este art. 30 GG, ¿se ha de entender que en el mismo queda comprendida únicamente una parte o toda la actividad estatal en sus múltiples dimensiones?

Aunque el Tribunal Constitucional no ha resuelto de manera clara y definitiva esta cuestión, en su Sentencia sobre la televisión anticipó ya que

“en todo caso, cae bajo esta competencia cualquier actuación del Estado que sirva al cumplimiento de las tareas públicas y, en concreto, sin tener en consideración si el medio utilizado es de derecho público o privado”¹⁷¹.

De acuerdo con este pronunciamiento, parece que el máximo intérprete de la Constitución entiende que en la amplia formulación del art. 30 GG, pese a no haber sido explicitado, cabe incluir *cualquier* actividad que corresponda ejercitar a los poderes públicos, sin que, en consecuencia, quede espacio alguno para lagunas competenciales. Más bien, la función esencial de este precepto se reduciría precisamente a rellenar los eventuales vacíos que pudiesen mostrar las normas constitucionales individuales atributivas de competencias. El reparto de las tareas públicas en la Ley Fundamental entre la Federación y los *Länder* es, por consiguiente, completo. Es más, incluso aquellas materias o asuntos atípicos o de nuevo cuño encontrarían acomodo en virtud, precisamente, de este art. 30 GG, en el sistema competencial de la Constitución federal, siendo ésta una opinión generalmente compartida por la doctrina científica¹⁷².

¹⁷¹ BVerfGE 12, 205 (244). Vid. también: BVerfGE 22, 180 ss.

¹⁷² De esta parecer: STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 674; ISENSEE, J.: “Idee und Gestalt...”, p. 624; MÄRZ, W.: “Artikel 30 GG”..., pp. 830 ss., quien expresamente sostiene que “[l]a regla de ordenación competencial abarca el **ejercicio del poder público en su totalidad**”; VOGEL, J. J.: “El régimen federal...”, p. 630; MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.: “Artikel 30 GG”..., p. 750; MAUNZ, T.: “Artikel 30 GG...”, p. 4; BOTHE, M.: “Artikel 30 GG...”, p. 1765; GUBELT, M.: “Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)”, en MÜNCH, I. von / KUNIG, P. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Tomo II (*Art. 21 bis Art. 69*), C. H. Beck, München, 3.ª ed., 1995., p. 382; BROCKMEYER, H. B.: “Artikel 30 GG (*Zuständigkeitsvermutung für die Länder*)”, en Schmidt-Bleibtreu, B. / Klein, F., *Kommentar zum Grundgesetz*, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.ª ed. 1999, p. 664; PIETZCKER, J.: “Zuständigkeitsordnung...”, p. 698.

El modo de proceder, en consecuencia, cuando se trate de averiguar si una determinada materia o tarea pública ha de ser ejercitada por la Federación o por los *Länder*, es el siguiente: en primer lugar, habrá que comprobar si la susodicha tarea pública se encuentra expresamente atribuida a la Federación en algún concreto precepto constitucional (catálogos competenciales de los arts. 70 ss., 83 ss. y 92 ss. GG y normas de atribución competencial dispersas a lo largo de toda la Ley Fundamental). Si no fuere posible encontrar conexión alguna, entonces habrá de entenderse que la tal materia o tarea pública queda sometida a la competencia de los *Länder* en virtud del art. 30 GG.

Lógicamente, la dificultad mayor se encuentra en el hecho de que no existe un elenco perfectamente definido y cerrado de tareas públicas y de facultades estatales en la Ley Fundamental sobre el que predicar la función de reparto competencial del art. 30 GG. Es esta una cuestión que corresponde a los propios poderes públicos decidir libre o discrecionalmente, en función de criterios extrajurídicos y temporalmente condicionados, tales como la necesidad pública, la voluntad política, los recursos públicos disponibles, etc., y siempre dentro de los límites que cabe derivar del respeto a los principio constitucionales (art. 20 GG) y a los derechos fundamentales (arts. 1 ss. GG), así como a las normas provenientes de instancia inter o supranacionales jurídicamente vinculantes (arts. 23, 24 y 25 GG, fundamentalmente).

En definitivas cuentas, cabe concluir que todas las tareas y facultades públicas, con independencia del orden funcional, caen bajo el ámbito de aplicación del art. 30 GG; no obstante, obsérvese bien, que se habla en todo momento de tareas *públicas*, dado que ni del orden constitucional de distribución de competencias ni del principio federal mismo cabe derivar una relación de la Federación y de los *Länder* con actividades no públicas, sobre las que eventualmente pudieran intervenir¹⁷³. Esto,

¹⁷³ MÄRZ, W.: "Artikel 30 GG"..., pp. 830 ss.

como se habrá adivinado ya, entronca con otro problema, el de la definición de "la actividad pública", del que aquí solo se puede repetir lo ya apuntado, que algo así queda sometido a la discrecionalidad de los poderes públicos, orientada en función de ciertos criterios extrajurídicos coyunturales y sujeta a determinadas condiciones, mandatos y finalidades jurídico-fundamentales.

La radicalidad de la afirmación precedente, que en la amplia formulación del art. 30 GG cabe incluir *cualquier* actividad pública imaginable que corresponda ejercitar a la Federación o a los *Länder*, a pesar de haber sido aceptada por la generalidad de la doctrina científica y, de manera más o menos velada, por el Tribunal Constitucional Federal, no ha quedado, sin embargo, exenta de críticas. Así, por ejemplo, Mangoldt y Klein sostienen que hubiera sido preferible que el art. 30 GG hubiese empleado una fórmula más abreviada, de modo que en vez de referirse "al ejercicio de las facultades estatales y al cumplimiento de las tareas públicas", podría haber establecido de manera más clara y directa: "El ejercicio del poder público es cosa de los *Länder* en tanto que...", dado que con ello ya quedaría comprendido el desempeño tanto de las facultades estatales (= derechos), como el de las tareas públicas (= derechos y obligaciones) legislativas, administrativas y jurisdiccionales, es decir, toda la actividad pública¹⁷⁴. Con todo, esta es una objeción que en absoluto desmerece la interpretación dada a este precepto.

G.1.d) Indisponibilidad del reparto constitucional de competencias por parte de la Federación y de los Länder

Este reparto competencial básico del art. 30 GG, así como el más concreto previsto también en la Constitución federal para cada una de las facultades estatales básicas (legislativas, ejecutivas y judiciales), está fijado de manera concluyente y definitiva;

¹⁷⁴ MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.: "Artikel 30 GG"..., p. 750. En sentido contrario, MAUNZ, T.: "Artikel 30 GG...", pp. 3 ss., defiende la oportunidad de distinguir en el art. 30 GG entre facultades (*Befugnisse*) y tareas (*Aufgabe*), si bien acaba también reconociendo que ambos conceptos comprenden la totalidad de la actividad estatal.

es, por consiguiente, inmodificable tanto de modo unilateral como por medio de acuerdo o convenio entre la Federación y los *Länder*¹⁷⁵. La Federación, en consecuencia, no puede ampliar o modificar los derechos de ingerencia sobre los *Länder* que le ha atribuido la Ley Fundamental, incluso aunque ello redunde en beneficio de estos últimos, a no ser que la Constitución federal misma le faculte para ello, como sucede, por ejemplo, en el ámbito de la legislación exclusiva federal en el art. 71 GG o en el de la legislación concurrente en el art. 72.1 y 3 GG. Tal y como estableció indubitadamente el Tribunal Constitucional Federal,

“[d]e conformidad con el principio federal solo es válida una intervención del poder federal en el orden constitucional de los *Länder* en la medida en que la Ley Fundamental así lo determine expresamente o lo permita”¹⁷⁶.

En oposición a esta idea de la invariabilidad del orden constitucional de distribución de competencias, Jerusalem, en su estudio sobre los elementos característicos del Estado federal (ideal), entiende que la comunidad estatal individual, de acuerdo con la autonomía que tiene reconocida como tal, puede, según su voluntad, “disponer de las facultades a ella reconocidas. En principio, no le está prohibido transferirlas a otra comunidad estatal, renunciando por sí misma a ellas”; el único límite a tal poder de disposición es el que se deriva de la alteración de la relación de fuerzas entre las diversas comunidades estatales que conduzca a una situación de sobrepeso de una de ellas, capaz de poner en peligro la existencia de la construcción estatal federalista, como sucedió, por ejemplo, con los tratados de transferencia de las

¹⁷⁵ BVerfGE 1, 14 (35); 1, 115 (139); 4, 115 (139); 26, 281 (296); 32, 145 (156); 36, 1 (39); 39, 96 (109); 41, 291 (311); 55, 274 (301); 63, 1 (39).

En este sentido se ha pronunciado también la mayoría de la doctrina. Vid. al respecto: ISENSEE, J.: “Der Bundesstaat...”, p. 722 y 741; ISENSEE, J.: “Idee und Gestalt...”, pp. 571 y 585; ROZEK, J.: “Artikel 70 GG”..., pp. 2184 y 2196; MÄRZ, W.: “Artikel 30 GG”..., pp. 822 ss.; ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, pp. 81 ss.; ; OETER, S.: *Integration...*, p. 189; RENGELING, H.-W.: “Gesetzgebungszuständigkeit” en Isensee, J. / Kirchhof, P. (Ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo IV, C. F. Müller, Heidelberg, 1990, p. 729.

¹⁷⁶ BVerfGE 88, 203 (332) con remisión a BVerfGE 11, 77 (88 ss.).

administraciones militares de los Estados alemanes a Prusia durante la vigencia de la Constitución bismarckiana de 1871, que deberían haber sido declarados nulos¹⁷⁷.

No se puede compartir, sin embargo, esta opinión de Jerusalem, por una razón fundamental: cuando la Constitución federal (la Ley Fundamental de Bonn, en este caso) establece un determinado reparto de facultades estatales y de tareas públicas, en realidad, con ello ya está decidiendo cuál es el equilibrio de poderes que quiere dentro del Estado federal que constituye. Cualquier alteración de esa relación de fuerzas entre el Estado global (la Federación) y los Estados miembros (los *Länder*) daría lugar, ya de por sí, a una situación de sobrepeso de una de las partes no deseada por la propia Constitución. De ahí que se haya de rechazar el argumento que aboga por la posibilidad de dejar a la libre disposición de cada una de las partes integrantes del Estado federal la concreción en cada caso del número y alcance de sus propias competencias. Lo contrario supondría dejar constantemente abierta la espita de la reclamación y determinación del *quantum* del poder público en el seno de la estructura federal, con lo que los peligros de desestabilización serían permanentes.

En definitiva, este principio general de indisponibilidad del reparto competencial a deducir de la Constitución federal es indicativo de cómo esa distribución de “facultades estatales y tareas públicas” a que se refiere el art. 30 GG (y concordantes) no solo establece los derechos y obligaciones de cada detentador de la competencia (la Federación y los *Länder*), sino que funda además un orden objetivo que queda fuera de su poder de disposición. Las normas competenciales son, pues, derecho obligatorio (*zwingendes Recht*)¹⁷⁸.

Sin poner en cuestión este principio de la inmodificabilidad del orden competencial de la Ley Fundamental, el propio Tribunal Constitucional Federal, no obstante,

¹⁷⁷ JERUSALEM, F. W.: “Die Staatsidee...”, p. 58

¹⁷⁸ PERNICE, I.: “Artikel 30 GG...”, p. 595; MÄRZ, W.: “Artikel 30 GG”..., p. 821; PIETZCKER, J.: “Zuständigkeitsordnung...”, p. 702.

reconoce que el mismo tampoco está reñido o no excluye la eventual aprobación de otro tipo de acuerdos entre la Federación y los *Länder* que tengan como finalidad primordial hacer más racional o dinámico el ejercicio de esas competencias¹⁷⁹.

En el terreno de la práctica institucional, lo expuesto hasta ahora viene a significar, entre otras cosas, que las transferencias y las delegaciones de competencias que no encuentren fundamento alguno en la Ley Fundamental son inválidas¹⁸⁰. A tal efecto, en el ámbito de la legislación, delegaciones de competencias solo están previstas en relación con la Federación como sujeto activo (véanse los arts. 71 y 72.1 y 3 GG arriba mencionados, si bien la previsión de este último precepto, que también sería extensible al ámbito de la –extinta- legislación marco del art. 75 GG, difícilmente se puede calificar de delegación en sentido estricto). En consecuencia, no caben en ningún caso, delegaciones o transferencias de facultades legislativas de los *Länder* por medio de ley a favor de la Federación¹⁸¹. Algo así sería contrario al art. 30 GG¹⁸².

Una cuestión estrechamente ligada a la anterior es la de las *remisiones* del legislador federal o de *Land* a normas legislativas del otro nivel estatal. A este respecto se ha de distinguir entre las llamadas remisiones estáticas y las remisiones dinámicas. Cuando el legislador se remite a un "punto exacto" de otra norma en una concreta redacción e incorpora, de ese modo, como propio parte de su contenido, nos encontramos ante las *remisiones estáticas*. Éstas no plantean grandes dificultades. Al fin y al cabo no se trata más que de una mera técnica de economía procesal, en tanto que el legislador correspondiente (federal o de *Land*) renuncia a reiterar en su propia ley el contenido de la norma ya existente a la que se remite, sin

¹⁷⁹ BVerfGE 4, 115 (139).

¹⁸⁰ BVerfGE 26, 281 (296); 32, 145 (156); 63, 1 (139).

¹⁸¹ BVerfGE 1, 14 (35); 4, 115 (139); 32, 145 (156); 55, 274 (301).

¹⁸² PESTALOZZA, Ch. von: "Artikel 70 GG", en Mangoldt, H. von / Klein, F. / Pestalozza, Ch. von, *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, tomo VIII (*Artikel 70 bis Artikel 75: Die Gesetzgebungskompetenzen*), Verlag Franz Vahlen, München, 3.ª ed. 1996, p. 30; MÄRZ, W.: "Artikel 30 GG"..., p. 822; BOTHE, M.: "Artikel 30 GG...", p. 1765.

que, a este respecto, se produzca transferencia de facultad legislativa alguna a un titular jurídico incompetente¹⁸³. Tal y como precisó el Tribunal Constitucional Federal, estas remisiones estáticas para ser válidas precisan tan solo ser suficientemente determinadas: el principio del Estado de derecho y la seguridad jurídica requieren que al ciudadano le sea perfectamente reconocible cuáles son en cada caso particular las disposiciones jurídicas a aplicar¹⁸⁴.

Por su parte, en virtud de las *remisiones dinámicas*, el legislador federal o de *Land* asumiría como parte del contenido de su propia norma lo que dispusiera una ley del otro nivel estatal, no solo en el momento actual de la remisión, sino también en un futuro, con lo que una reforma ulterior de la ley remitida supondría necesariamente también una modificación del contenido de la ley remitora, que ya no se basaría, por tanto, en una decisión actual de este legislador, sino en una pretérita. Por esta razón, no es posible admitir la constitucionalidad de tales remisiones dinámicas, ya que, en el fondo, ocultan una (posible) alteración del orden competencial no permitida por la Ley Fundamental¹⁸⁵. El Tribunal Constitucional Federal, aun con alguna reserva, así lo vio al señalar cómo a través de estas remisiones el legislador transfiere por medio de un poder en blanco a otro legislador facultades normativas encubiertas, abandona, por tanto, en contra del art. 30 GG, competencias propias, desplazándolas a favor de un legislador no previsto en la Constitución federal¹⁸⁶.

Como excepción a esta prohibición terminante de “delegaciones legislativas apócrifas”, como las denomina März, cabría pensar en aquellas remisiones dinámicas del legislador federal al derecho de *Land*. Podría defenderse que en estos supuestos, no muy frecuentes, por cierto, el legislador del Estado global, en realidad, lo que está haciendo, de manera implícita, es uso de las habilitaciones que tiene

¹⁸³ MÄRZ, W.: “Artikel 30 GG”..., p. 822;

¹⁸⁴ BVerfGE 26, 338; 47, 285 (311); 78, 32 (35).

¹⁸⁵ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 70 GG”..., p. 30; de manera más matizada: ROZEK, J.: “Artikel 70 GG”..., p. 2186.

¹⁸⁶ BVerfGE 26, 339 (367); 47, 285 (312); 60, 135 (161); 64, 208 (214); 67, 348 (363 ss.); 78, 32 (36).

constitucionalmente reconocidas en los arts. 71 y 72.1 y 3 GG, al abrir de nuevo en parte sus competencias a la regulación de los *Länder*¹⁸⁷.

G.1.e) La llamada Kompetenz-Kompetenz

A propósito de la posibilidad de alterar el orden competencial constitucionalmente establecido, una de las cuestiones que ha despertado mayor polémica entre la iuspublicística alemana, reflejo primero de la discusión referida más atrás acerca de la eventual superioridad jerárquica de la Federación sobre los Estados miembros, es la que se conoce con el descriptivo vocablo de *Kompetenz-Kompetenz* (competencia sobre la competencia)¹⁸⁸. Por tal se entiende la “potestad para determinar la propia competencia” y, más concretamente, dado que el orden competencial, como sabemos, viene fijado en la Constitución federal, la *Kompetenz-Kompetenz* no sería otra cosa que la capacidad jurídica para reformar esta última¹⁸⁹. Lejos de estar atribuida esa capacidad reformadora de la Constitución en exclusiva a la Federación en tanto que Dieta Federal, también los *Länder*, a través del Consejo Federal, juegan un papel decisivo. El art. 79.2 GG establece expresamente que la ley de reforma de la Constitución precisa del asentimiento de dos tercios de los miembros

¹⁸⁷ MÄRZ, W.: “Artikel 30 GG”..., pp. 823 ss.

¹⁸⁸ Desde una perspectiva ideal del Estado federal, ha habido autores que han considerado que la competencia sobre la competencia, en tanto que capacidad decisoria última sobre el orden competencial, corresponde a la Federación. Así, DOEHRING, K.: *Allgemeine Staatslehre...*, p. 73; NAWIASKY, H.: “Bundesstaat”..., pp. 277 ss., quien, sin embargo, matiza esta atribución a la Federación de la *Kompetenz-Kompetenz* apuntando la conveniencia de que en el legislativo federal exista una representación de los Estados miembros, a fin de preservar sus intereses. En contra: JERUSALEM, F. W.: “Die Staatsidee...”, pp. 39 y 55, para quien el principio de la competencia sobre la competencia es desconocido en la “estructura estatal de corte federalista” (“*föderalistische Staatsgefüge*”). También en relación con el concreto Estado federal que constituye la Ley Fundamental de Bonn se pueden encontrar voces que abogan por una superioridad de la Federación sobre los *Länder*, una de cuyas manifestaciones más evidentes sería, precisamente, la ostentación por parte de aquélla de la *Kompetenz-Kompetenz*. Vid. a este respecto ISENSEE, J.: “Der Bundesstaat...”, pp. 737 ss.; ISENSEE, J.: “Idee und Gestalt...”, p. 563; OETER, S.: *Integration...*, pp. 228 ss. y 390; ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 233; ZIPPELIUS, R.: *Allgemeine Staatslehre...*, pp. 60 ss. Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal parece defender asimismo este razonamiento: *BVerfGE 13, 54 (78 ss.)*.

¹⁸⁹ ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, pp. 171 ss.

de la Dieta Federal y de dos tercios de los votos del Consejo Federal. En consecuencia, una modificación de la Ley Fundamental, cuyo objetivo sea alterar el actual reparto de competencias, no podrá llevarse a efecto sin la imprescindible concurrencia de una mayoría determinada de los *Länder*. Claro está que ello no impedirá que la misma se realice con esa mayoría pese a la eventual oposición de alguno de éstos. Y es que la Ley Fundamental garantiza en su art. 79.3 GG el principio federativo y la división de la Federación en *Länder*, pero no la existencia individual de cada uno de ellos en tanto que Estados miembros individuales.

Sin ánimo de retomar de nuevo aquí el estado de la discusión acerca de si esa *Kompetenz-Kompetenz* representa una manifestación de la superioridad jerárquica de la Federación sobre los *Länder*, algo que, por cierto, ya fue descartado en base a argumentos de calado jurídico-político, sí interesa en este momento realizar una reflexión más centrada en el significado de esta figura para el entendimiento del reparto constitucional de competencias.

Nos encontramos con que, por un lado, como se expuso en el epígrafe precedente, la distribución de las facultades estatales y de las tareas públicas resulta inmodificable para la Federación y los *Länder*, tanto de manera unilateral como a través de convenio o acuerdo mutuo. Por el otro, sin embargo, se sostiene la viabilidad de una reestructuración de ese orden competencial por medio de una reforma de la Ley Fundamental. La aparente contradicción de esta dicotomía queda disuelta si se observa que, en realidad, la cuestión de origen, aunque aparentemente igual, en realidad, es muy diferente. En el primer caso, nos hallamos en el plano de la constitucionalidad vigente (*de constitutione lata*); en el segundo, en el del poder constituyente constituido (*de constitutione ferenda*).

En efecto, de acuerdo con el procedimiento a tal efecto previsto, en el que, se insiste, la participación de la Federación, en tanto que Dieta Federal, y de los *Länder*, por medio del Consejo Federal, resulta decisiva, es no solo imaginable sino perfectamente posible una reforma de la Ley Fundamental que se traduzca en una

modificación de la división de competencias hasta entonces existente. Ahora bien, fijado el nuevo orden competencial, y siempre y cuando no se haya introducido ahora en la Constitución ningún precepto que permita o bien a la Federación o bien a los *Länder* modificar por sí solos o de mutuo acuerdo esa nueva distribución competencial, la misma resultará tan intocable como lo es la actual para cada una de las partes interesadas, tanto individual como conjuntamente consideradas.

En resumen, la cuestión de la llamada *Kompetenz-Kompetenz* no se debe confundir con la del vigente orden competencial de la Ley Fundamental. Mientras aquélla se refiere al plano de la reforma constitucional, esta última opera en el nivel de la constitucionalidad vigente. Por otra parte, como hemos visto, resulta, cuando menos, impreciso sostener que dado que la modificación de la Constitución federal es cosa de la Federación es precisamente ésta la titular de la *Kompetenz-Kompetenz*, de modo que la misma estaría facultada por sí sola para determinar su propia competencia. Resulta impreciso defender esta postura porque aunque, en efecto, el Consejo Federal es un órgano constitucional federal, la composición del mismo no es irrelevante, y de la misma solo cabe deducir que para cualquier reforma de la Ley Fundamental se precisa la concurrencia de la voluntad de una mayoría de los *Länder*, lo que, en último término, significa una garantía constitucional de las competencias de los mismos (aun aceptando la -en la práctica, difícil- posibilidad de que un *Land* pueda verse afectado en su orden competencial en contra de su voluntad).

G.1.f) Núcleo irreductible de competencias (“Hausgut”) de los Länder derivado de la “garantía federal” del Artículo 79.3 GG (en relación con el Artículo 30 GG)

Según es bien conocido ya, la República Federal de Alemania, desde su misma fundación, se ha visto sometida a fuertes movimientos centralizadores en el marco del modelo imperante de federalismo cooperativo y, en particular, de su peor vertiente, la llamada imbricación política (*Politikverflechtung*). Entre las muchas

causas y consecuencias de este proceso, a los efectos que aquí interesan, merece ser destacada la significativa disminución que han experimentado, tanto en calidad como en número, las competencias de los *Länder*, particularmente en el campo de la legislación, reflejo directo del notable incremento de las facultades legislativas de la Federación¹⁹⁰.

Este panorama de fondo nos ofrece una nueva oportunidad para abordar desde otra perspectiva el significado del precepto que nos ocupa en este momento, el art. 30 GG. Aunque de una interpretación literal del mismo no se pueda derivar inmediatamente, el hecho de que formule de manera tan abierta y general que “[e]l ejercicio de las facultades estatales y el cumplimiento de las tareas públicas es cosa de los *Länder*”, parece querer indicar que éstos han de disponer de un elenco competencial mínimo suficientemente significativo (en otras palabras, un “núcleo duro competencial”), que les permita dotar de sentido a su propia cualidad de Estados, más allá de declaraciones puramente formales o retóricas.

Esta hermenéutica del art. 30 GG se vería reforzada por la que la jurisprudencia y la doctrina han realizado de la conocida como “garantía federal” del art. 79.3 GG¹⁹¹. En virtud de este último precepto, que supone una innovación de la Ley Fundamental, queda constitucionalmente garantizada “la división de la Federación en *Länder*” así como “la cooperación básica de los *Länder* en la legislación” (federal, se entiende). Es decir, a través del art. 79.3 GG el Constituyente quiso declarar irreformables determinados fundamentos materiales del orden constitucional y, en concreto, el hecho de que exista un territorio federal que no sea asimismo territorio de *Land*, sin que ello signifique, por otra parte, una garantía de la existencia de los *Länder* en

¹⁹⁰ Razón principal por la que se acometió la reforma constitucional de 2006 de la que se dará cuenta más adelante.

¹⁹¹ Expresamente, MÄRZ, W.: “Artikel 30 GG”..., p. 817, señala cómo “el art. 30 (en conexión con el art. 79.3) puede ser entendido (...) como una **norma que asegura la existencia y que limita la pérdida de dotación competencial** de los *Länder*”. ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, pp. 74 ss. y 198 ss., por su parte, descarta que en el mencionado art. 79.3 GG puedan encontrarse los fundamentos de la validez de un principio federal general; más bien, el mismo se limitaría a establecer un ámbito nuclear de la Constitución resistente a las modificaciones.

este momento existentes¹⁹². El territorio federal, por tanto, podría en un futuro verse ampliado, reducido o reestructurado o bien mediante una modificación de las fronteras de la República Federal de Alemania a través de la vía del art. 32.1 GG (tratados internacionales con uno o más Estados vecinos) o bien mediante una nueva organización del territorio federal (*Neugliederung des Bundesgebietes*) por la vía del art. 29 GG; lo que, sin embargo, en ningún caso podría suceder es que uno de esos (nuevos) territorios no constituyese al mismo tiempo un nuevo *Land* o no se integrase en otro u otros ya existentes.

Pero más allá de estas cuestiones atinentes a la composición y organización del territorio federal y de los *Länder*, de la “garantía federal” del art. 79.3 GG la doctrina y la jurisprudencia también han derivado otros contenidos. Particularmente, en lo que aquí más interesa, la distribución de competencias, y en relación con el mencionado socavamiento paulatino de los *Länder* en su cualidad de Estados, el Tribunal Constitucional Federal, de manera muy expresiva, sostuvo que aquél no puede llegar al extremo de que, “al final, solo permanezca una vaina (*Hülse*) vacía de estatalidad propia”¹⁹³.

En esta misma línea, el Tribunal, apelando al concepto de “ajuar” (*Hausgut*), ha defendido la necesidad de que a los *Länder*, en tanto que centros de decisión política de nivel estatal al lado de la Federación, les quede un núcleo de facultades propias inalienables que les permitan desarrollar su especificidad regional. Entre ellas han de encontrarse, en todo caso, la “libre determinación de su organización” y “la garantía constitucional de la asignación de una parte adecuada de la recaudación impositiva total del Estado federal”¹⁹⁴. Pero no solo esto. Para los *Länder* resulta esencial poder aprobar leyes que tengan importancia para la vida pública y social y que en el correspondiente territorio pongan de manifiesto su poder de configuración

¹⁹² BVerfGE 5, 34 (38). Vid. también BVerfGE 30, 1 (24 ss.); 84, 90 (121).

¹⁹³ BVerfGE 34, 9 (19).

¹⁹⁴ BVerfGE 34, 9 (19 ss.); vid. también BVerfGE 72, 330 (383); 86, 148 (213 ss.); 87, 181 (196).

política, que no se limiten, por tanto, a ser leyes infraordenadas o de relleno de lagunas de las federales¹⁹⁵.

A pesar de esas "necesidades" teóricas de la cualidad estatal de los *Länder*, garantizadas por el art. 79.3 GG (en conexión con el art. 30 GG), y que el mismo Tribunal Constitucional Federal no ha tenido reparo alguno en declarar explícitamente, si bien de manera un tanto vaga, lo cierto es que hasta la reforma constitucional de 2006, como resultado del proceso de vaciamiento competencial mencionado, los *Länder*, en el campo de la legislación, aparte del derecho constitucional propio y de la llamada "soberanía organizativa" de su complejo institucional¹⁹⁶, básicamente solo disponen de facultades legislativas relevantes en lo

¹⁹⁵ STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., pp. 667 ss., se refiere, en este sentido, a ese núcleo mínimo de competencias que ha de quedar en poder de los *Länder* como reflejo de su cualidad estatal con el término "esencia de la estatalidad" (*Essentialia der Staatlichkeit*). Con ello quiere significar que ese haz de competencias de decisión jurídica, ejecutiva, planificadora y financiera, así como las facultades de organización judicial, expresión de la estatalidad propia de los *Länder*, han de ser de carácter sustancial, esto es, los *Länder* no pueden limitarse al ejercicio de tareas que también las más altas corporaciones administrativas podrían ejercer. Preferentemente, las facultades legislativas, pero también las tareas genuinas de gobierno y la soberanía jurisdiccional, constituyen el contenido sustancial de la estatalidad.

Por su parte, OETER, S.: *Integration...*, pp. 407 y 568 ss., sostiene que el principio de subsidiariedad constituye -en armonía con el concepto de integración- el núcleo del principio federal proclamado irreformable por la Ley Fundamental en el art. 79.3 GG, considerando, en este sentido, que la fórmula de la jurisdicción constitucional del "ajuar" de competencias inalienables de los *Länder* encuentra finalmente en la idea de subsidiariedad su justificación interna más profunda; asimismo, concluye que, con seguridad, la soberanía organizativa de los *Länder* y una dotación financiera de los mismos adecuada a las tareas que tienen encomendadas no es lo único que se debe añadir a la cuenta de ese 'ajuar' reclamado para los *Länder* en tanto que núcleo de la estatalidad federal; más bien, al mismo habrá que agregar un número serio de facultades legislativas así como la autonomía básica de los *Länder* en el ámbito de la administración.

Vid. también ISENSEE, J.: "Der Bundesstaat...", pp. 737 y 748 ss.; ISENSEE, J.: "Idee und Gestalt...", p. 670; SOMMERMANN, K.-P.: "Artikel 20 GG"..., pp. 19 ss.; ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 232; KARPEN, U. / BECKER, S.: "Das Bundesstaatsprinzip in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Verfassungsgeschichte der Länder", JZ, 19, 2001, p. 968; ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, pp. 67 ss.; MÜLLER, M. D.: *Auswirkungen der Grundgesetzrevision von 1994 auf die Verteilung der Gesetzgebungs-kompetenzen zwischen Bund und Ländern*, Juristische Schriftenreihe, vol. 78, Lit Verlag, Münster, 1996, p. 18.

¹⁹⁶ El Tribunal Constitucional Federal ha confirmado que, en efecto, los *Länder* están facultados para regular por sí mismos su derecho constitucional y de organización, siempre y cuando se mantengan dentro del marco que la Ley Fundamental predetermina para sus correspondientes Constituciones: *BVerfGE 98, 145 (157)*.

referente al derecho de la cultura (en especial, el derecho sobre los medios de comunicación social), el derecho de policía y el derecho municipal.

Esta "debilidad" de las facultades legislativas de los *Länder* pretende equilibrarse con el mayor peso que corresponde a los mismos en el ámbito de la administración, sobre todo, en lo relativo a la ejecución del derecho federal, así como con su participación por medio del Consejo Federal en la formación de la voluntad política federal. Sin embargo, como ha denunciado parte de la doctrina¹⁹⁷, ni una cosa ni la otra pueden compensar, salvo de manera muy limitada, y, menos aún, justificar ese desapoderamiento competencial a que se han visto sometidos los *Länder* a lo largo de los años en su capacidad de actuación legislativa y, en definitiva, en el núcleo de su poder público en tanto que Estados, sobre todo, porque, como revela Oeter, también ese desplazamiento del protagonismo de la Federación en el campo de la legislación ha tenido repercusiones muy importantes en el terreno de las facultades administrativas, lo que, hasta el momento, ha pasado en buena medida desapercibido (incluso para los propios *Länder*). En efecto, la supresión de los márgenes de decisión y de actuación propios de la Administración por medio de una tupida red de prescripciones jurídicas ha llevado a que, en buena medida, sean tanto la Dieta Federal y el Gobierno Federal como los Tribunales administrativos (bajo la dirección del Tribunal Administrativo Federal) los que ocupen tendencialmente el lugar que, en un principio, estaba reservado a los Gobiernos de *Land* en tanto que centros de dirección de la actuación administrativa¹⁹⁸.

A la vista de todos estos hechos, cabe preguntarse, con Oeter, cuál es la razón que explica por qué los límites que la Ley Fundamental pretendió establecer al alcance de la legislación federal fueron ampliamente superados, pese a la protección básica que otorga el art. 79.3 GG a la existencia de un mínimo de facultades legislativas propias de los *Länder*¹⁹⁹. Aunque la respuesta no sea del todo satisfactoria, desde el

¹⁹⁷ Valga por todos: ISENSEE, J.: "Der Bundesstaat...", p. 749; MÄRZ, W.: "Artikel 30 GG"..., p. 818.

¹⁹⁸ OETER, S.: *Integration...*, p. 411.

¹⁹⁹ OETER, S.: *Integration...*, p. 410.

punto de vista del derecho positivo, se ha de reconocer que la indeterminación del art. 79.3 GG (en conexión con el art. 30 GG), junto a la vaguedad de la jurisprudencia constitucional en este punto, no permite deducir la existencia incuestionable de un número mínimo de competencias que deban tener a su disposición los *Länder* como “ajuar”²⁰⁰.

Ahora bien, ello no significa, ni mucho menos, que no existan en la Ley Fundamental, así como en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal, prescripciones y orientaciones suficientes que permitan concluir que el vaciamiento competencial a que ha conducido la práctica legislativa y jurisprudencial se encuentra en el límite de lo constitucionalmente admisible y que, *pro futuro*, inspiren un proceso de sentido contrario, cuya finalidad última sea devolver a los *Länder* la "dignidad" que merecen como entidades públicas de carácter estatal²⁰¹.

En lo relativo a la reordenación del sistema de distribución de competencias el principio de subsidiariedad deberá ser la guía que vaya marcando el camino a seguir, a cuyo término (por naturaleza, constantemente abierto a revisión) habremos de encontrarnos con unos *Länder* dotados de amplias facultades legislativas, de manera destacada en aquellos ámbitos materiales de su mayor interés (configuración de su propio orden constitucional, auto-organización institucional, gobierno local, cultura, educación, medios de comunicación, urbanismo, protección de los recursos naturales, etc.), pero también en otros que, en general, constituyan un reflejo fiel de su cualidad estatal (participación en la dirección de la política y de la economía nacional y formación de la opinión federal en el seno de las organizaciones de carácter supraestatal, de manera destacada en la Unión Europea, asistencia pública, sanidad, regulación del mercado laboral, etc.). En el campo de tensión formado por los polos del mencionado principio de subsidiariedad y de la

²⁰⁰ ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, pp. 233 ss.

²⁰¹ A tal fin sirvió la reforma constitucional de 2006, si bien, como veremos, no siempre con la eficacia que sería deseable.

necesidad de integración y cohesión se habrá de desenvolver el núcleo de la discusión²⁰².

G.1.g) Limitaciones de la Federación y de los Länder en el ejercicio de sus respectivas competencias: el principio de lealtad federal

Aunque en un Estado federal, particularmente en la República Federal de Alemania, las relaciones entre los diversos centros de poder público (Estado global o Federación y Estados miembros o *Länder*) se encuentran ya definidas, con mayor o menor precisión, en la Constitución federal, la necesidad o, al menos, conveniencia de un principio general que inspire, matice o module aquéllas no es algo superfluo, sino que, muy al contrario, puede servir de orientación o de horizonte en la labor interpretativa de esas concreciones jurídico-constitucionales. Este principio, en el Constitucionalismo alemán, recibe el nombre de “comportamiento federal amistoso” (*“bundesfreundliches Verhalten”*) o de “lealtad federal” (*“Bundestreue”*)²⁰³.

Caracterizado por buena parte de la doctrina científica como principio básico del orden estatal federal²⁰⁴, ha sido el Tribunal Constitucional Federal el que, con su

²⁰² En general, sobre esta cuestión, vid. la obra citada de OETER, S.: *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.

²⁰³ Quizás, tal y como apunta HERZOG, R.: “Artikel 20 GG...”, pp. 116 ss., más que de “principio” habría que hablar de “deber” u “obligación” de comportamiento amistoso tanto para la Federación como para los *Länder* en sus relaciones recíprocas.

²⁰⁴ Véase, en general, la obra de BAYER, H.-W.: *Die Bundestreue*, J. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1961, pp. 40 ss., quien en su intento de llevar a cabo un encaje dogmático de la lealtad federal en el derecho público vigente a la vista de la teoría de las fuentes del derecho caracteriza a este principio como “derecho constitucional consuetudinario” o como “principio general del derecho”. Vid. también ISENSEE, J.: “Der Bundesstaat...”, p. 742; ISENSEE, J.: “Idee und Gestalt...”, pp. 599 ss.; SOMMERMANN, K.-P.: “Artikel 20 GG”..., pp. 21 ss.

Por su parte, BAUER, H.: *Die Bundestreue (Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre)*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992, capítulo 4, pp. 218 ss., apartándose de esta corriente dominante, pretende encontrar los fundamentos de la lealtad federal, más que en principios constitucionales de notable abstracción, como el principio del Estado federal, en normas constitucionales escritas que establecen concretos deberes de comportamiento federal amistoso tanto para la Federación como para los *Länder*.

jurisprudencia constante, ha perfilado su régimen jurídico, extrayendo del mismo consecuencias jurídicas concretas, haciéndolo justiciable, juridificándolo, en definitiva²⁰⁵. Sin perjuicio de abordar enseguida los puntos clave de esa jurisprudencia, no está de más señalar ahora algunas de las principales críticas que la llamada “lealtad federal” ha recibido por parte de autores tan destacados como Konrad Hesse²⁰⁶, para quien es más que dudoso que este principio juegue un rol tan fundamental en el orden constitucional del Estado federal alemán como el que le ha sido atribuido.

En primer lugar, no se ha de olvidar –destaca Hesse– que el origen de la “lealtad federal” se remonta a la Constitución del *Reich* de 1871, cuyo basamento federal no era otro que el antiguo “principio aliancista” (“*bündnisches Prinzip*”), en tanto que expresión de una conformidad y colaboración jurídica otorgadas, sin que, por consiguiente, constituyese una norma susceptible de enjuiciamiento²⁰⁷. Hoy en día, resulta difícilmente discutible que la vigente Ley Fundamental de 1949 parte de unos fundamentos distintos a los de alianza o pacto²⁰⁸, en el sentido que a tal expresión se le otorgó en el último tercio del siglo XIX, que se manifiestan principalmente en la existencia de un reparto competencial cuya garantía se encomienda a la jurisdicción

²⁰⁵ En efecto, desde temprano el Tribunal Constitucional admitió que una solicitud por la vía del art. 93.1 n.º 3 GG (discrepancia de opiniones sobre los derechos y obligaciones de la Federación y de los *Länder*) se podía basar solamente en el principio no escrito de la lealtad federal (*BVerfGE* 6, 309 (328): “Si existen (...) obligaciones jurídico-constitucionales no escritas -y esto no puede ponerse en duda- también debe ser posible censurar la lesión de tales obligaciones en un conflicto jurídico-constitucional”).

²⁰⁶ HESSE, K.: *Grundzüge...*, pp. 116 ss.

²⁰⁷ Sobre la formación del principio de lealtad en las relaciones federales en la historia constitucional alemana y el protagonismo que a tal efecto tuvo la obra de *Rudolf Smend* (“*Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*”, en el Libro-Homenaje a Otto Mayer, 1916), véanse BAUER, H.: *Die Bundestreue...*, pp. 30 ss. y BAYER, H.-W.: *Die Bundestreue...*, pp. 3 ss. Vid. también ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, pp. 235 ss.

²⁰⁸ Algo que, sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal no lo ha querido ver así, al concebir el principio federal, en su *BVerfGE* 1, 299 (315), de manera insuficientemente justificada, precisamente como la obligación de todos los partícipes en el “pacto federal” jurídico-constitucional (*verfassungsrechtliches “Bündnis”*) de colaborar de acuerdo con la esencia de dicho pacto en su consolidación, contribuyendo así a la protección y salvaguarda de los intereses de cada una de las partes y, por ende, de la totalidad. Vid. también *BVerfGE* 1, 117; 3, 52; 6, 309 (361).

constitucional, encargada asimismo de resolver cualquier otro conflicto que surja entre la Federación y los *Länder*.

Además, en el Estado federal de la Ley Fundamental de Bonn –continúa Hesse- el principio de comportamiento federal amistoso sería también inadecuado como pauta de decisión porque, con frecuencia, las disputas entre la Federación y los *Länder* no son auténticamente federativas, sino que se trata más bien de conflictos entre diferentes orientaciones políticas en el seno del Estado global. Así las cosas, carece de sentido reclamar “lealtad” o “comportamiento amistoso” a la oposición parlamentaria, porque el orden democrático de la Ley Fundamental lo que presupone es precisamente lo contrario: la lucha o el enfrentamiento (pacífico) entre distintas opciones políticas.

De conformidad con todo lo anterior, este principio o deber de lealtad federal, con su “amplitud e indeterminación” (*“Weite und Unbestimmtheit”*), a lo sumo serviría –al parecer de este autor- como criterio limitadamente adecuado para resolver disputas de significado político²⁰⁹. Se ha de tener presente, por lo demás, que como mandato general de cooperación, de sintonía o de coordinación entre la Federación y los *Länder*, el principio de comportamiento federal amistoso formaría parte integrante ya del orden estatal federal de la Ley Fundamental como “norma constitucional inmanente”, de la que se derivaría que ese orden está erigido sobre la base de la complementación y de la cooperación recíproca entre la Federación y los *Länder*. Además, en la medida en que para la solución de un conflicto jurídico federal exista una disposición constitucional escrita o un principio jurídico certero, no solo es superfluo recurrir al principio de lealtad federal, sino también inválido. Finalmente - concluye Hesse- si a pesar de todo lo dicho fuese imprescindible acudir a este principio, se habrán de observar, en cualquier caso, los límites jurídico-funcionales

²⁰⁹ Es precisamente ese “alto grado de generalidad” de este principio lo que lleva a VOGEL, J. J.: “El régimen federal...”, p. 635, a “exigir extrema moderación en su utilización como parámetro de la decisión judicial”.

constitucionalmente establecidos, cuando las decisiones en sede política hayan de ser sustituidas por las decisiones de los tribunales.

Sin desconocer la importancia de estas críticas, lo cierto es que, según se ha apuntado, tanto el Tribunal Constitucional Federal como la mayoría de la doctrina científica consideran que el principio de comportamiento federal amistoso es parte relevante del orden estatal federal²¹⁰, derivando de él numerosas consecuencias jurídicas. La labor de juridificación y concreción de este principio o deber realizada por el Tribunal de Karlsruhe ha traído consigo una “despolitización” (“*Entpolitisierung*”) y una consecuente tendencia hacia la juridificación de las relaciones federativas, desconocida hasta entonces en el constitucionalismo germano, lo que no siempre genera consecuencias deseables, en tanto que limita los márgenes de la discusión y de la decisión política, premisa existencial de todo orden federativo, sometiendo simultáneamente a los tribunales la resolución de cuestiones de base jurídica muy débil²¹¹.

Así pues, y a pesar de que, como algún autor ha denunciado, los fundamentos y las consecuencias de este principio aún no han sido declarados en muchos aspectos, con lo que se carece de un sistema cohesionado que permita comprenderlo en todo su alcance y significación²¹², de los casos decididos por la jurisprudencia constitucional se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Se trata de un “principio constitucional no escrito” pero justiciable²¹³, de un “principio general a inferir de la Ley Fundamental”²¹⁴ o de una “norma

²¹⁰ Ya en la Sentencia de 21 de mayo de 1952 el Tribunal Constitucional Federal reconoció que “el principio del Estado federal se corresponde con (...) la obligación jurídico-constitucional de que los miembros de la Federación (...) entre sí (...) se guarden lealtad y se entiendan. El principio jurídico-constitucional del federalismo válido en el Estado federal incluye por eso el deber jurídico de la Federación y de todos sus miembros de un 'comportamiento federal amistoso'” (*BVerfGE 1, 299 (315)*).

²¹¹ STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 701; ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 258.

²¹² MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, p. 238.

²¹³ *BVerfGE 4, 115 (140); 6, 309 (361); 12, 205 (254); 34, 9 (44); 42, 103 (117); 43, 291 (348)*.

constitucional inmanente a la Ley Fundamental”²¹⁵, desarrollado “a partir de la esencia del Estado federal”²¹⁶, que “se corresponde con la relación básica característica del Estado global y de los Estados miembros en el Estado federal”²¹⁷ y que, en consecuencia, puede “solo ser correctamente entendido a partir de una visión general de todas las demás normas constitucionales que regulan esta relación”²¹⁸; en definitiva, su origen se encuentra en el “principio del Estado federal” del art. 20.1 GG²¹⁹.

• La función de este principio radica en “mantener dentro de ciertos límites los egoísmos de la Federación y de los *Länder*” (“*er hält die Egoismen des Bundes und der Länder in Grenzen*”)²²⁰, de modo que cuando se produzca una divergencia de intereses entre ambos no se permite que una parte sufra serios perjuicios por el mero hecho de que la otra adopte medidas que exclusivamente tengan en consideración sus propios intereses²²¹; el mismo rige la totalidad de las relaciones jurídico-constitucionales de la Federación y de los *Länder*, así como de éstos entre sí²²², y pretende vincular recíprocamente de manera fuerte a todos los niveles estatales sometiéndoles

²¹⁴ BVerfGE 4, 214 (218).

²¹⁵ BVerfGE 6, 309 (361).

²¹⁶ BVerfGE 8, 122 (138) con referencia a BVerfGE 1, 117 (131); 1, 299 (315 ss.).

²¹⁷ BVerfGE 31, 314 (354).

²¹⁸ BVerfGE 6, 309 (361).

²¹⁹ BVerfGE 8, 122 (131); 12, 205 (254); 34, 9 (20); 43, 291 (348); 55, 274 (318); 72, 330 (382 ss.); 81, 310 (337 ss.); 86, 148 (213 ss.); 92, 203 (230); 101, 158 (232 ss.). Crítico con esta pretensión del Tribunal Constitucional Federal, seguida ampliamente por la doctrina, de hacer derivar el principio de comportamiento federal amistoso a partir de la esencia o del principio del Estado federal, hasta el punto de casi identificarlos: ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, pp. 81 ss. y 157. Para este autor, la lealtad federal, como tuvo oportunidad de demostrar Hartmut Bauer, no se deriva del principio federal, sino de todas aquellas obligaciones especiales de lealtad que se encuentran fijadas por escrito a lo largo de toda la Ley Fundamental, evitándose de este modo abstracciones jurídicas extrañas al texto constitucional (vid. BAUER, H.: *Die Bundestreue...*, pp. 219 ss., 262 ss. y 325 ss.).

²²⁰ BVerfGE 43, 291 (348)

²²¹ BVerfGE 4, 115 (140); 34, 216 (232).

²²² BVerfGE 6, 309 (361); 8, 122 (138); 12, 205 (254); 73, 118 (197); 81, 310 (337).

al orden constitucional común, a fin de consolidar precisamente la integración en el seno del Estado federal²²³.

• Este principio tiene una naturaleza meramente accesoria, es decir, no da lugar a nuevas relaciones jurídicas autónomas, sino que genera, modifica o limita derechos o deberes en el marco de relaciones jurídicas ya existentes²²⁴, y solo se aplica de manera subsidiaria, esto es, únicamente cabe recurrir a él válidamente en la medida en que no existan ya concretas normas que solucionen el conflicto federal en cuestión²²⁵.

• La obligación subyacente a este deber jurídico no actúa de manera tan automática como la que cabe derivar del principio democrático de la mayoría, sin embargo, aquélla puede ser lo suficientemente fuerte como para dar lugar a las necesarias decisiones comunes; sobre todo, mediante la lealtad federal se consigue también establecer ciertos límites al predominio del Estado global en interés de los Estados miembros²²⁶.

• Entre las obligaciones jurídicas, formuladas de forma negativa, que cabe derivar de este principio se encuentran las siguientes:

- al contrario de lo que sucede en las relaciones de derecho internacional, en el seno del Estado federal ninguna parte puede

²²³ BVerfGE 8, 122 (140).

²²⁴ BVerfGE 13, 54 (75 ss.). Como señala OETER, S.: *Integration...*, pp. 226 ss., este pronunciamiento de 11 de julio de 1961, conocido como "Sentencia de Hessen", en tanto que el objeto del recurso giraba en torno a la nueva ordenación territorial de este *Bundesland*, en realidad, supone una fijación más restrictiva para los *Länder* de los límites de la lealtad federal que la que el mismo Tribunal estableció en su sentencia anterior sobre la televisión de 28 de febrero de 1961 (BVerfGE 12, 205). Ahora el Tribunal acentúa el hecho de que la lealtad federal "constituye o limita derechos u obligaciones en el seno de una relación jurídica existente entre la Federación y los *Länder*", pero no funda "una relación jurídica autónoma entre ellos". Vid. también BVerfGE 14, 197 (215); 21, 312 (326); 42, 103 (117); 81, 310 (337).

²²⁵ BVerfGE 39, 216 (232); 43, 345 (358 ss.).

²²⁶ BVerfGE 1, 299 (315).

distanciarse del cumplimiento de este deber de lealtad con la excusa de que también la(s) otra(s) lo ha(n) hecho (prohibición de la réplica “*tu quoque*”)²²⁷;

- la Federación ha de buscar constantemente el entendimiento con todos los *Länder*, de modo que no es admisible que pretenda aprovecharse de la eventual rivalidad entre ellos para alcanzar un determinado objetivo²²⁸, que practique la técnica *divide et impera* con el fin de lograr un acuerdo con unos *Länder* para imponérselo a los demás²²⁹, o que emprenda negociaciones directas con algún ayuntamiento dejando al margen al *Land* respectivo²³⁰;

- el legislador federal y los de los *Länder* han de evitar la aparición de grandes desequilibrios salariales en sus respectivos campos de regulación²³¹;

- la falta de acuerdo entre los *Länder* no puede conducir, si no se quiere lesionar este principio de comportamiento federal amistoso, a que la libertad de movimiento y de residencia, garantizada en el art. 11 GG para todo el territorio federal, se vea dificultada u obstaculizada²³²;

²²⁷ BVerfGE 8, 122 (140); 12, 205 (254).

²²⁸ BVerfGE 86, 148 (211 ss.).

²²⁹ BVerfGE 12, 205 (255).

²³⁰ BVerfGE 56, 298 (311).

²³¹ BVerfGE 3, 52 (57); 32, 198 (218).

²³² BVerfGE 34, 165 (194 ss.).

- en el marco de la legislación concurrente, los *Länder* tienen prohibido hacer uso de sus facultades “tan pronto como la Federación comience a hacer de esta materia objeto de un procedimiento legislativo”²³³.

• Este principio da lugar no solo a relaciones de abstención u omisión sino también a otras de actividad o comportamiento en la forma de obligaciones de ayuda y de cooperación²³⁴, por ejemplo, en lo relativo a:

- la igualación financiera de los *Länder*, prevista en el art. 107.2 GG, lo que motiva incluso el nacimiento de una obligación común de la Federación y de los *Länder* de prestar ayuda económica a aquel *Land* que se encuentre en situación de emergencia presupuestaria; asimismo, será preciso que cada *Land* tenga en consideración “las repercusiones financieras” de sus propias leyes “en relación con los *Länder* menos solventes”²³⁵;

- el entendimiento de todas las partes, lo que conlleva que en las relaciones de los *Länder* entre sí impere el principio del común acuerdo o unanimidad, impidiéndose así que un *Land* pueda quedar sometido a la decisión mayoritaria de algunos o de todos los restantes²³⁶;

- la toma en consideración de los intereses de las demás partes integrantes de la estructura estatal federativa; sobre todo, en aquellos

²³³ BVerfGE 34, 9 (29). En contra de esta jurisprudencia: MÜLLER, M. D.: *Auswirkungen...*, p. 159, para quien “la iniciativa legislativa no impide por sí sola ya la eficacia de una ley de *Land* sobre la misma materia. El efecto barrera comienza solo con la publicación, porque según el art. 82.1 GG la publicación concluye el acto de creación jurídica. Hasta la publicación el legislador de *Land* puede adoptar una regulación legal de *Land*. De la exigencia de comportamiento federal amistoso no se sigue ninguna anticipación del comienzo del efecto barrera porque ello contradiría el en esa medida diáfano tenor literal del art. 72.1 GG en su nueva redacción [a partir de 1994]”.

²³⁴ BVerfGE 8, 122 (138); 56, 296 (322).

²³⁵ BVerfGE 1, 117 (131); 4, 115 (149); 12, 205 (254); 32, 198 (218); 72, 330 (386 ss.); 86, 148 (260).

²³⁶ BVerfGE 1, 299 (315); 12, 205 (225); 41, 298 (308).

supuestos en los que la Federación y los *Länder* por sí solos no puedan atender debidamente las necesidades del bien común, la acción política conjunta de todos ellos se sustentará en la derivación, a partir de la lealtad federal, de deberes recíprocos de información, armonización, consideración y cooperación, tanto desde un punto de vista procedimental como material²³⁷; y

- la observancia por parte de los *Länder* de los tratados internacionales firmados por la Federación, correlato de la obligación de esta última de informar y de representar eficazmente los intereses de aquéllos frente a los Estados extranjeros y de defenderlos frente a eventuales ataques o invasiones²³⁸.

• Este principio encuentra su principal razón de ser en su función de límite al ejercicio de las competencias tanto federales como de los *Länder*²³⁹; aunque una determinada medida se encuentre cubierta por una norma competencial no se puede, no obstante, hacer un “uso torticero” o abusivo de la misma, sin consideración y respeto a los intereses mutuos, tanto del Estado global como de los *Länder*²⁴⁰. En ningún caso, con base en este principio se podrá alterar el reparto competencial constitucionalmente establecido. La lealtad federal no

²³⁷ BVerfGE 3, 52 (57); 4, 115 (140); 6, 309 (361); 12, 205 (254); 29, 203 (234 ss.); 31, 314 (355 ss.); 32, 199 (218, 238); 33, 303 (357); 34, 216 (231); 72, 330 (402); 79, 203 (230); 81, 310 (337).

²³⁸ BVerfGE 6, 309 (328, 361 ss.); 32, 199 (219). Lo mismo cabe decir respecto de la preparación y ejecución de los actos jurídicos comunitarios: BVerfGE 92, 203 (230 ss.).

²³⁹ BVerfGE 1, 117 (131); 1, 299 (315); 4, 115 (141 ss.); 8, 122 (138); 12, 205 (239); 13, 54 (75); 14, 197 (215); 32, 199 (218); 34, 9 (20); 43, 291 (348 ss.). En la literatura científica también es recalado con frecuencia el amplio significado de la lealtad federal, en concreto, para la legislación de la Federación (tanto para la exclusiva y la concurrente como para la –extinta- legislación marco y la legislación básica). Se considera, por regla general, que ese principio posibilita una modulación del ejercicio de las competencias constitucionales escritas. Valga por todos: BAUER, H.: *Die Bundestreue...*, pp. 328 ss.; ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 162.

²⁴⁰ BVerfGE 4, 115 (141 ss.); 6, 3 (66); 6, 309 (361 ss.); 12, 205 (239 ss.); 14, 197 (215); 32, 199 (238); 34, 9 (20 ss.); 34, 216 (232); 43, 291 (348); 81, 310 (337); 92, 203 (230)

constituye ninguna habilitación para actuar, no crea ninguna competencia o facultad, sino que, antes bien, presupone su existencia²⁴¹.

• “También el procedimiento y el estilo de las negociaciones que sean imprescindibles en la vida constitucional entre la Federación y los *Länder* o entre éstos entre sí se encuentran sometidos al mandato de comportamiento federal amistoso”, lo que quiere decir, entre otras cosas, que en la República Federal de Alemania los *Länder* tienen todos el mismo *status* jurídico-constitucional, es decir, son Estados que en su relación con la Federación tienen derecho a recibir igual tratamiento, con independencia de la orientación política de su gobierno²⁴².

• La constatación de la lesión del deber de comportamiento federal amistoso por parte del órgano jurisdiccional correspondiente tiene un carácter objetivo, esto es, no presupone la acreditación de una “infidelidad” o de una malicia; en absoluto implica algún reproche²⁴³.

Aunque de esta exposición enumerativa del contenido de los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal en relación con el principio de lealtad federal no se pueda deducir con facilidad, en tanto que no se ha atendido prioritariamente en su realización a un criterio cronológico, ciertamente la jurisprudencia constitucional ha mostrado a este respecto una notable evolución²⁴⁴. Así, en un primer momento, este principio fue concebido de manera muy favorecedora de la posición de los *Länder*, representando el punto álgido de esta línea jurisprudencial la Sentencia de la televisión de 28 de febrero de 1961 (*BVerfGE* 12, 205), en la que el Tribunal lleva a efecto una interpretación sumamente extensiva de la lealtad federal a favor de los *Länder*, lo que motiva una crítica generalizada que

²⁴¹ *BVerfGE* 34, 9 (44); 76, 1 (77)

²⁴² *BVerfGE* 12, 205 (255 ss.).

²⁴³ *BVerfGE* 8, 122 (140).

²⁴⁴ OETER, S.: *Integration...*, pp. 231, 240 ss. y 352 ss.

conduce a que el Tribunal en los años siguientes de esa década apenas si acuda a este principio como criterio fundamentador de sus pronunciamientos²⁴⁵.

Con la paulatina acentuación de los rasgos cooperativos en el federalismo alemán, la jurisprudencia constitucional sobre la lealtad federal comienza a experimentar un renacimiento a fines de los años sesenta²⁴⁶ que desemboca en la Sentencia de 26 de julio de 1972 (*BVerfGE 34, 9*), en la que el Tribunal, apelando al “ajuar” inalienable de los *Länder* como reflejo de su cualidad de Estados, readmite de nuevo el principio de la lealtad federal como argumento de fondo de su fundamentación. A partir de entonces se sucederán los pronunciamientos en los que, con mayor o menor intensidad, se acudirá a este principio para justificar el fondo de la decisión²⁴⁷, si bien habrá que esperar a la decisión de 24 de junio de 1986 (*BVerfGE 72, 330*), relativa al equilibrio financiero de los *Länder*, para que el principio de comportamiento federal amistoso recupere toda su importancia como criterio básico de la argumentación jurisprudencial²⁴⁸.

Un hito significativo de esta nueva etapa lo constituye la Sentencia de 22 de mayo de 1995 (*BVerfGE 92, 203*), en la que el Tribunal hace suyo un argumento largamente discutido en la literatura científica acerca de la necesidad de hacer efectivo el principio de lealtad federal también en los asuntos comunitarios.

En resumen, se puede concluir, con Oeter, que la jurisprudencia constitucional sobre la lealtad federal, en un principio concebida de manera más favorable a los *Länder*, en correspondencia con su originaria concepción "aliancista" debida a Rudolf

²⁴⁵ Entre las excepciones que cabe mencionar: *BVerfGE 13, 54 (75 ss.)*; *14, 197 (215)*; *21, 312 (326)*. Si bien, en estas sentencias el Tribunal solo acudió al principio de lealtad federal de manera complementaria (en *obiter dictum*), sin tomarlo en consideración a la hora de emitir el fallo.

²⁴⁶ *BVerfGE 26, 116 (137)*; *32, 199 (218)*.

²⁴⁷ *BVerfGE 34, 216*; *38, 231*; *39, 96 (119 ss.)*; *41, 291 (310)*; *42, 103 (117 ss.)*; *42, 345*; *43, 291 (348 ss.)*; *56, 298 (322)*; *61, 149 (205)*

²⁴⁸ Vid. también *BVerfGE 73, 118 (196 ss.)*; *81, 310 (337)*; *84, 25 (31 ss.)*.

Smend, con el transcurso del tiempo se acercó más a la concepción unitarista, ya ensayada en los últimos años de la República de Weimar.

Con todo, como ya se apuntó, lo más digno de destacar de esta jurisprudencia es que mediante la misma el Tribunal Constitucional Federal ha conseguido dotar a la generalidad y vaguedad del principio de comportamiento federal amistoso de un claro contenido jurídico, en forma de derechos y obligaciones tanto para la Federación como para los *Länder*, susceptibles de ser sometidos a control jurisdiccional y, en esa medida, de ser jurídicamente exigibles.

Asimismo, aunque ya ha quedado suficientemente constatado en esta sistematización jurisprudencial, se ha de tener una y otra vez presente que en la medida en que estén ya previstas normas jurídicas escritas que sean de aplicación al conflicto en cuestión, es a éstas a las que se ha de recurrir siempre y no al principio general no escrito de la lealtad federal, porque en esas normas jurídicas explícitas ya se encuentran incorporadas, con el alcance que el Constituyente o el legislador les quiso otorgar, las valoraciones y ponderaciones que de tal principio pretendieran derivarse²⁴⁹. A tal efecto, corresponde al Tribunal Constitucional Federal realizar una aplicación moderada y contenida de este principio de comportamiento federal amistoso, orientada en todo momento por el contenido de las decisiones expresas ya adoptadas por el Constituyente. Es precisamente aquí, en la interpretación de las normas constitucionales escritas, en donde este principio, en tanto que modulador de la totalidad de las relaciones federativas, podrá

²⁴⁹ Vid. MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, p. 239; ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, pp. 257 ss. De otra opinión, HENDLER, R.: "Unitarisierungstendenzen im Bereich der Gesetzgebung (*Zum Verhältnis von Landesgesetzgebungskompetenzen zur Bundesgesetzgebung*)", ZG, 3, 1987, pp. 214 ss., quien, en el terreno de la legislación concurrente, considera prescindible la apelación del Tribunal Constitucional Federal al art. 72.2 GG como norma jurídico-constitucional cuya eficacia se limita esencialmente a rechazar un ejercicio competencial abusivo de la Federación, en tanto que el mismo ya vendría prohibido por medio de la aplicación del principio de lealtad federal. Como se ha dicho, esta opinión resulta inaceptable, porque antepone una construcción jurisprudencial de contornos difusos a la aplicación de una norma jurídica expresa, de rango constitucional en este caso.

desplegar toda su eficacia²⁵⁰. En ausencia de tales normas escritas podrá dar lugar también a obligaciones y derechos concretos para una u otra parte, si bien esta es una cuestión que se habrá de estudiar detenidamente en cada supuesto.

Por otro lado, conviene dejar claro asimismo que tampoco se puede derivar de este principio un deber exclusivo tanto de la Federación como de los *Länder* de contribuir a la realización del interés común; más bien, ese interés común ha de servir de límite infranqueable tanto para aquélla como para éstos en la persecución legítima de su interés particular.

Además, la lealtad federal, como principio al servicio de un mejor funcionamiento de las relaciones federales, no puede emplearse para justificar una excesiva homogeneización o uniformidad entre la Federación y los *Länder* que, en último término, suponga la destrucción misma del significado del federalismo como aceptación y acomodo de la diversidad en la unidad²⁵¹.

Finalmente, en relación con el reparto competencial, el margen de maniobra del principio de comportamiento federal amistoso, como se ha encargado de precisar acertadamente el Tribunal Constitucional Federal en la jurisprudencia mencionada, se limita fundamentalmente al momento del ejercicio por parte de la Federación y/o de los *Länder* de sus respectivas competencias. Mediante la aplicación del mismo, por tanto, no puede bajo ninguna circunstancia verse alterada la titularidad de la competencia. Esta es una decisión reservada a la Ley Fundamental (art. 30 GG y concordantes). Tan solo el alcance del ejercicio de la misma puede encontrar alguna ponderación mediante la intervención de este principio, en tanto que la separación ideal de los ámbitos competenciales de la norma constitucional no encuentra

²⁵⁰ Como señala ISENSEE, J.: "Idee und Gestalt...", p. 605, la lealtad federal no es ninguna norma de subsunción ya acabada sino que, en tanto que cláusula general, está destinada a la concreción exegético-constitucional.

²⁵¹ ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 250.

siempre una correspondencia exactamente igual de pacífica en el momento crítico de su aplicación práctica²⁵².

En conclusión, al principio o deber de lealtad federal o de comportamiento federal amistoso le corresponde una tarea limitada como criterio de apoyo a la interpretación de las normas constitucionales relativas al reparto de competencias (arts. 30 y concordantes de la Ley Fundamental). En ningún caso, puede dar lugar al nacimiento de nuevas competencias o a la alteración de la titularidad de las existentes. Su campo de acción es el del ejercicio no el de la atribución competencial. Por otro lado, en tanto que principio general inmanente al Estado federal, habrá de inspirar el conjunto de las relaciones de la Federación y los *Länder* y de éstos entre sí. No obstante, también aquí, siempre que sea posible, habrá que buscar alguna conexión con disposiciones jurídico-constitucionales escritas que ofrezcan ya alguna "pista" sobre el *modus procedendi* en cada concreta relación jurídica entre las partes integrantes del Estado federal. En último término, toda estructura estatal políticamente descentralizada, como la República Federal de Alemania, precisa, como *conditio sine qua non* de su propia existencia y de su adecuado y eficaz funcionamiento, de unos modos de actuación por parte de todos los integrantes de la misma basados en la práctica de la lealtad, cualesquiera que sea el ámbito funcional en el que se desarrollen.

G.1.h) Interpretación y justiciabilidad de las normas constitucionales sobre reparto de competencias

La interpretación de las normas constitucionales de distribución de competencias, en principio, no tiene por qué diferenciarse sustancialmente de la de cualquier otro precepto integrante de la Ley Fundamental. Los métodos interpretativos clásicos

²⁵² Como observa ISENSEE, J.: "Der Bundesstaat...", p. 742, el principio de lealtad federal relaciona en cierta medida a nivel del ejercicio competencial lo que a nivel de la dotación competencial se encuentra separado.

(sistemático, literal o gramatical, histórico y teleológico, principalmente) también están llamados aquí a resolver las dudas que puedan surgir sobre el sentido o el alcance de una concreta disposición constitucional atributiva de competencias a la Federación o a los *Länder*. Sin embargo, es cierto que, por su singular importancia para el orden jurídico-político del Estado federal, el Tribunal Constitucional Federal, sobre todo, y la doctrina científica, han establecido algunas peculiaridades en relación con la hermenéutica de estas disposiciones.

En primer lugar, se ha de destacar que, a diferencia de lo que sucede en otros sistemas federales, en la República Federal de Alemania el Tribunal Constitucional Federal, una de cuyas funciones esenciales, como ya destacara Hans Kelsen²⁵³, consiste en dar respuesta a los conflictos de competencias entre las distintas partes integrantes del Estado global, sí ha desplegado una labor jurisprudencial netamente protectora de los ámbitos competenciales de los Estados miembros o *Länder*²⁵⁴. Es posible, así, encontrar numerosas sentencias en las que el Tribunal no ha tenido reparos en proclamar la inconstitucionalidad de alguna ley federal por vulneración del orden constitucional de reparto de competencias²⁵⁵. Esto, que de por sí no tiene nada de extraordinario, en tanto que desde un punto de vista teórico las disposiciones constitucionales sobre distribución de competencias vinculan en igual medida tanto a la Federación como a los *Länder*, desde otra perspectiva más práctica no deja de tener su importancia, pues es generalmente sabido que en los Estados federales sucede muchas veces que la Federación, dada su preeminencia política, económica o financiera, cuenta con una especie de "beneplácito" de la jurisdicción constitucional, que apelando a la generalidad y al carácter más bien político de esas disposiciones competenciales, no entra a conocer o tiene reticencias en declarar la invalidez de las leyes federales que las dan forma, pese a que en

²⁵³ KELSEN, H.: *Allgemeine Staatslehre...*, pp. 220 ss.

²⁵⁴ FROWEIN, J. A.: "Konkurrierende Zuständigkeit und Subsidiarität (Zur Kompetenzverteilung in bündischen Systemen)", en Badura, P. / Scholz, R. (Eds.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens* (Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag), München, 1993, p. 403.

²⁵⁵ BVerfGE 1, 14 (35); 3, 407; 15, 1; 22, 181 (210); 26, 281 (294, 297); 26, 338; 61, 149; 67, 256; 82, 159.

ocasiones su contenido exceda claramente los límites de la competencia que la Federación tiene atribuida por la Constitución federal, algo que, por otra parte, también ha sucedido en buena medida en la República Federal de Alemania, en donde conviven en un difícil equilibrio ambas líneas jurisprudenciales: protección de los ámbitos competenciales de los *Länder* frente a excesos normativos de la Federación, por un lado, y amplia o generosa interpretación de las normas competenciales federales, permitiendo la extensión de su campo de aplicación más allá de los (difusos) límites constitucionalmente establecidos, por el otro²⁵⁶.

Entre los criterios hermenéuticos a los que ha acudido el Tribunal Constitucional Federal alemán para controlar la validez de las leyes de la Federación o de los *Länder* dictadas en desarrollo de las atribuciones competenciales correspondientes, destaca, por la frecuencia de su invocación, el histórico²⁵⁷. Mediante el mismo, se pretende realizar un entendimiento de la competencia de conformidad con el sentido que la misma tenía en el momento de su formación. Dado que la mayoría de los vigentes títulos competenciales de la Federación fueron fijados ya, con pequeñas variaciones, en la Constitución de Weimar de 1919, resulta preciso establecer una conexión histórica con este texto constitucional y acudir así al sentido que aquéllos tenían durante el período de vigencia del mismo a fin de determinar su alcance o contenido actual, y no al sentido lingüístico que quepa derivar de la norma competencial objeto de análisis en el momento de su concreta aplicación²⁵⁸.

A través de este método interpretativo, el Tribunal, en realidad, lo que pretende es poner freno a las naturales tendencias expansivas de las competencias federales, congelando tendencialmente los títulos competenciales de la Federación en interés de la seguridad y de la previsión jurídicas²⁵⁹. Porque, en efecto, una interpretación de las competencias federales de acuerdo a su tenor literal y a la luz de las

²⁵⁶ Sobre esta "paradoja" de la jurisprudencia constitucional, vid. OETER, S.: *Integration...*, pp. 330 ss.

²⁵⁷ *BVerfGE* 7, 29 (44); 33, 52 (61); 33, 125 (152); 36, 193 (206); 43, 20 (29); 61, 149 (175).

²⁵⁸ ISENSEE, J.: "Der Bundesstaat...", p. 742; FROWEIN, J. A.: "Konkurrierende...", p. 403.

²⁵⁹ OETER, S.: *Integration...*, pp. 413 ss.

circunstancias concretas del momento de su aplicación, llevaría con toda probabilidad a un entendimiento sumamente amplio de las mismas, lo que, en último término, conduciría a una situación en la que la Federación podría siempre encontrar fundamento jurídico o legitimación para su actuación normativa.

Sin poner en cuestión aquí las "buenas intenciones" del Tribunal Constitucional Federal a la hora de optar por un método interpretativo de este tenor, cuyo fin último no es otro que dejar libre la mayor parte posible de los ámbitos materiales a la regulación de los *Länder* (ya de por sí seriamente disminuidos en la Constitución federal), tampoco se pueden ignorar los inconvenientes de esta opción. Al igual que sucedía en Austria con la llamada "teoría de la petrificación" ("*Versteinerungstheorie*")²⁶⁰, los riesgos de adoptar en Alemania el método histórico

²⁶⁰ Los criterios hermenéuticos empleados por el Tribunal Constitucional austríaco para resolver los posibles conflictos competenciales que pudieran surgir entre la Federación y los *Länder* han sido muy variados, si bien destaca por la frecuencia de su invocación la llamada "teoría de la petrificación" ("*Versteinerungstheorie*"), en virtud de la cual el Tribunal, haciendo uso del método interpretativo histórico-sistemático, ha pretendido "mantener el equilibrio competencial en el momento en que éste se estableció por primera vez", estudiando a tal efecto "qué es lo que contenía una determinada expresión cuando entró a formar parte de la Constitución". En este sentido, el "momento de la petrificación" ("*Versteinerungspunkt*"), por lo general, será el 1 de octubre de 1925, fecha en que entraron en vigor los preceptos atinentes a la división de competencias, si bien las numerosas reformas habidas con posterioridad permiten situar aquél en el momento de la entrada en vigor de las mismas: VfSlg 2721/1954; también VfSlg 1327/1939; 1994/1950; 2670/1954/ 3472/1958; 4204/1962; 5573/1967; 12165/1989. Vid. ERMACORA, F. / BAUMGARTNER, G. / STREJCEK, G.: *Österreichische Verfassungslehre*, Verlag Österreich, Wien, 1998, p. 260; WALTER, R. / MAYER, H.: *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlungen, Wien, 9.ª ed., 2000, p. 153; VERNET i LLOBET, J.: *El sistema federal austriaco* (Prólogo de Heinz Schäffer), Escola d'Administració Pública de Catalunya, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 161 ss.

La adopción de este método por parte del Tribunal Constitucional constituye una prueba de la importante capacidad de autocontención a que él mismo se somete. Consciente de que, en último término, solo es un intérprete más (aunque sea el superior) de la Constitución, el Tribunal se muestra escrupulosamente respetuoso con ella, no reconociéndose a sí mismo legitimidad alguna para modificar la distribución de competencias que la Norma fundamental establece como muestra del equilibrio de poder entre la Federación y los *Länder*, modificación que, en su caso, solo corresponde llevar a efecto en sede política o constitucional. Vid. SCHÄFFER, H.: *Prólogo* a la obra de Vernet i Llobet, J.: *El sistema federal austriaco...*, pp. 13 ss.

Aunque, como se ha destacado, la finalidad primordial de este criterio hermenéutico no es otra que respetar todo lo posible el reparto de competencias establecido en la Constitución federal y, a tal efecto, proteger a los *Länder*, lo que se consigue con la "petrificación" de las competencias expresas, de las que es titular, en su mayoría, la Federación, las desventajas que van asociadas al mismo no son de índole menor, en tanto que supone un serio obstáculo para una interpretación de las competencias de acuerdo con las nuevas necesidades derivadas del desarrollo económico, político,

como criterio predominante de interpretación apuntan básicamente en una dirección, en concreto, la grave dificultad que el mismo supone para proceder a una hermenéutica de las materias competenciales acorde a las nuevas demandas sociales o a las nuevas necesidades que vayan surgiendo con el paso del tiempo, como consecuencia de la constante evolución de los conocimientos científicos o tecnológicos, del desarrollo económico o de la situación política. De ahí que se haya de adoptar con todas las reservas y cautelas posibles este criterio histórico como método primordial de interpretación de las normas competenciales.

Se encuentra también muy extendida en la jurisprudencia constitucional, así como en parte de la doctrina científica, la opinión de que los títulos competenciales a favor de la Federación han de ser interpretados de manera estricta o, incluso, restrictiva²⁶¹. Dado que las competencias de la Federación, a nivel general en el art. 30 GG y en el concreto ámbito de la legislación en el art. 70.1 GG, al menos, están formuladas, al contrario que las de los *Länder*, de manera excepcional, la interpretación de los títulos competenciales federales ha de ser restrictiva. Toda norma de carácter excepcional demanda una interpretación de este tipo -se argumenta. A favor de esta alternativa juega también el hecho de que por medio de la misma se consigue superar, en cierto modo, el desequilibrio existente entre las atribuciones competenciales de la Federación y de los *Länder*, claramente favorable a la primera.

científico, técnico, etc. De ahí que este método interpretativo haya sido objeto constante de críticas por parte de la doctrina, que han llevado al Tribunal Constitucional a suavizar o matizar sus consecuencias por medio de la introducción de nuevos criterios hermenéuticos que suponen, en realidad, una evolución de aquél: “principio de desarrollo intrasistemático” (“*Prinzip der intrasystematischen Fortentwicklung*”); “competencias anexas” (“*Annexkompetenzen*”) o “principio de adhesión” (“*Adhäsionsprinzip*”): VfSlg 2425/1952; 2721/1954; 11777/1988; 11864/1988. Vid. ERMACORA, F. / BAUMGARTNER, G. / STREJCEK, G.: *Österreichische Verfassungslehre...*, p. 260; WALTER, R. / MAYER, H.: *Grundriß...*, pp. 134 ss.; VERNET i LLOBET, J.: *El sistema federal austriaco...*, pp. 162 ss.

²⁶¹ BVerfGE 12, 205 (228 ss.); 15, 1 (17); 26, 281 (297 ss.); 42, 20 (28); 61, 149 (174); 98, 265 (306 ss.). Entre la doctrina, valga por todos: SCHNEIDER, T.: *Die Rahmengesetzgebungskompetenz...*, p. 64.

Aunque los propósitos de esta argumentación han de ser valorados en su justa medida, lo cierto es que la misma, pese a todo, tampoco resulta fácil de aceptar por una razón fundamental: desde un punto de vista metodológico es dudosa una propuesta así porque el sentido y el alcance de las determinaciones competenciales, como los de cualquier otra norma jurídica, han de ser establecidos a través de la interpretación, mientras que con la solución mencionada se parte ya de un determinado resultado interpretativo orientado a un fin²⁶². Es decir, se parte de un *a priori* o de un determinado presupuesto sobre el sentido que se ha de dar a la interpretación del título competencial federal, lo que ya predetermina decisivamente el sentido y el alcance del mismo, dejando de esta forma, en buena medida, carente de razón de ser a la propia labor interpretativa, que, por definición, ha de desarrollarse sin ningún condicionamiento previo.

Además, el argumento de que las disposiciones excepcionales se han de interpretar restrictivamente tampoco resulta muy convincente por otras razones. En primer lugar, no deja de ser cuestión muy discutible decidir si, tal y como sostiene la opinión que aquí se discute, en efecto, las competencias de la Federación están fijadas de manera excepcional en el texto constitucional. Una observación detenida de la totalidad de los preceptos constitucionales atributivos de competencias (de manera destacada con anterioridad a la modificación constitucional de 2006) muestra, más bien, que, al menos en el terreno de la legislación, la Federación ostenta la mayor parte de los títulos competenciales, mientras que a los *Länder* únicamente les restan competencias de carácter residual. Los arts. 30 y 70.1 GG, más que establecer una relación del tipo regla-excepción, se limitan a efectuar un reparto de las competencias entre la Federación y los *Länder* de conformidad con una técnica determinada que en absoluto presupone el carácter general o excepcional de los correspondientes títulos competenciales de aquélla o de estos últimos.

²⁶² KENNTNER, M.: *Justitiabler Föderalismus...*, pp. 18 ss.

En todo caso, lo que sí cabe deducir de ese art. 30 GG (y concordantes) es que la distribución de competencias en la República Federal de Alemania es de carácter completo, es decir, no queda espacio alguno posible para los vacíos o las lagunas competenciales. Y esto sí que habrá de ser tenido en todo momento en cuenta por el Tribunal Constitucional Federal a la hora de proceder a la interpretación de las normas constitucionales atributivas de competencias. Pero es que aún aceptando el carácter excepcional de las competencias federales, tampoco se entiende bien por qué las mismas, por ese solo hecho, han de ser interpretadas restrictivamente; más correcto parece sostener que las disposiciones excepcionales, como cualquier otra norma jurídica, se han de interpretar de acuerdo a los hechos y a la función que tienen encomendada, de forma que, según el sentido y la finalidad de la norma competencial en cuestión, en algunas ocasiones será preciso realizar una interpretación estricta, mientras que en otras, por el contrario, habrá de primar una interpretación amplia de la misma²⁶³. Esta opinión, por cierto, no se aparta tanto de otra que alguna vez ha mantenido el propio Tribunal Constitucional Federal al referirse precisamente a la interpretación de las competencias federales, cuando establece que ésta habrá de ser individual, adecuada a la materia y adaptada a la función de las mismas²⁶⁴.

Aunque en sí mismos no constituyan métodos de interpretación *stricto sensu*, pese a su cercanía al criterio hermenéutico teleológico, el mantenimiento de la unidad del ordenamiento jurídico y la consecución del bien común, fines a perseguir tanto por la Federación como por los *Länder*, están también presentes en la jurisprudencia constitucional, si bien en ocasiones de manera contradictoria, a la hora de interpretar

²⁶³ Véase al respecto KENNTNER, M.: *Justitiabler Föderalismus...*, pp. 19 ss.; MERTEN, D.: "Landesgesetzgebungspflichten kraft Bundesrahmenrechts?", en Wilke D. (Ed.), *Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Walter der Gruyter, Berlín, New York, 1984, p. 447, sostiene que la tesis de que las disposiciones excepcionales se han de interpretar de manera restrictiva es inadecuada por indiferenciada; en su opinión, las disposiciones excepcionales no se han de interpretar ni de manera estricta ni de manera amplia, sino de manera correcta.

²⁶⁴ *BVerfGE 37, 363 (405)*.

la validez de determinadas leyes federales o de *Land* dictadas en desarrollo de la competencia respectiva que tengan constitucionalmente atribuida²⁶⁵.

Una norma competencial de la Federación o de los *Länder* que ponga en peligro la unidad jurídica en el seno del Estado federal alemán o que dificulte o impida un ejercicio abierto, comunicativo y cooperativo de las competencias de aquélla y de éstos, será susceptible de ser declarada inconstitucional y, por tanto, nula por el Tribunal Constitucional Federal. En una estructura estatal políticamente descentralizada en ningún caso se puede renunciar al mantenimiento de la unidad jurídica, condición imprescindible de la propia existencia del Estado global, sin que ello tenga por qué significar uniformidad u homogeneización de la totalidad de los ordenamientos jurídicos de la Federación y de los *Länder*. Más bien, tal unidad jurídica proviene del respeto a una serie de principios básicos o fundamentales fijados en la Constitución federal, así como a los modos de articulación de las normas emanadas de los distintos entes estatales y a las formas de relación competencial igualmente establecidas en aquélla.

Asimismo, todas las acciones de los poderes públicos, sean federales o de los *Länder*, han de estar orientadas a la consecución del bien común, entendido éste como el mayor beneficio posible (medido en términos de bienestar) para los ciudadanos del Estado global, con independencia de la zona del territorio federal en que se encuentren. Dado que ni la Federación ni los *Länder* disponen de la suficiente dotación competencial como para cumplir por sí solos las exigencias emanadas de esa finalidad del bien común, existe una obligación de todos ellos de ejercer sus competencias de manera coordinada y armónica. Como afirma *Isensee*, “[l]as competencias no proporcionan autarquía. Cortan conexiones vitales. Éstas no pueden ser reguladas ni adecuada ni eficazmente solo por una parte, cuando la misma únicamente ostenta competencias fragmentarias de regulación”²⁶⁶. De ahí la

²⁶⁵ *BVerfGE 45, 297 (342 ss.)*. En contra de considerar el punto de vista de la unidad jurídica como criterio decisorio en la interpretación de la competencia federal: *BVerfGE 61, 149*.

²⁶⁶ *ISENSEE, J.: “Idee und Gestalt...”, p. 569.*

necesidad anunciada de que la Federación y los *Länder* hayan de llevar a cabo un ejercicio cooperativo de sus respectivas competencias, de modo que cualquier disposición jurídica de rango legal de aquélla o de estos últimos que pusiera en peligro o impidiera el acercamiento hacia ese objetivo (más tendencial que definitivo) del bien común hubiera de ser declarada inválida por el Tribunal Constitucional Federal.

En relación todavía con esta finalidad del bien común cabe decir, asimismo, que el eventual conflicto competencial que pudiera surgir entre una ley federal y otra de *Land* que pusiera en peligro la consecución de aquél (o, mejor, el acercamiento hacia él) tampoco se deja resolver sin más apelando a la técnica de la ponderación. A pesar de que el Tribunal Administrativo Federal haya acudido en diversas ocasiones a la ponderación de los intereses administrativos con el fin de alcanzar el mejor equilibrio global de los mismos para el fin del bien común²⁶⁷, lo cierto es que esa técnica, a nivel legislativo, solo es aplicable a la resolución de disputas entre los contenidos divergentes de las leyes federales y las de *Land*, pero no en lo referente a los fundamentos jurídico-competenciales de las mismas²⁶⁸.

Por otra parte, la interpretación uniforme a nivel federal de los derechos fundamentales recogidos en la Ley Fundamental (arts. 1-19 GG), así como el objetivo de la igualdad social (materializado en la cláusula del Estado social del art. 20.1 GG y vinculante también para los *Länder* vía art. 28.1 GG) o de la equivalencia de las condiciones de vida en todo el territorio federal (expresamente previsto en el art. 72.2 GG para el ámbito de la legislación concurrente, pero extensible más allá de este concreto tipo legislativo), van asociados también indefectiblemente a una mayor homogeneización o nivelación federativa de las facultades legislativas²⁶⁹. En tanto que objetivos a perseguir marcan ya de antemano determinadas pautas interpretativas de las competencias federales y de los *Länder*. Incluso la igualdad

²⁶⁷ BVerwGE 29, 52 (58); 31, 263 (271); 44, 351 (358).

²⁶⁸ ISENSEE, J.: "Idee und Gestalt...", p. 575.

²⁶⁹ ISENSEE, J.: "Idee und Gestalt...", pp. 656 ss.

social o la finalidad de la equivalencia de las condiciones de vida, aunque en sí misma no constituye ninguna competencia autónoma, puede llegar a actuar como directiva para el correcto ejercicio competencial. Su ámbito de proyección, si bien no puede válidamente sobrepasar los límites territoriales de los *Länder* ni los límites competenciales de la Federación²⁷⁰, sí se encuentra en condiciones, sin embargo, de penetrarlos, favoreciendo así una interpretación "generosa" de los títulos competenciales de esta última, en tanto en cuanto la misma esté mejor capacitada, dada su, por lo general, superior dotación económica y financiera, para asegurar con mayores garantías ese objetivo de la igualdad social o de la equivalencia de las condiciones de vida.

A modo de conclusión provisional cabe decir que más allá de condiciones apriorísticas, de petrificaciones conceptuales o de ponderaciones de intereses que, como hemos visto, en poco ayudan a desentrañar el sentido y alcance de las normas competenciales, a lo que se ha de acudir es al empleo de determinados criterios hermenéuticos orientados a tal fin. Sin duda, entre ellos habrá de jugar un papel importante el método histórico, pero no necesariamente el preponderante o decisivo. Antes bien, en la interpretación de cualquier disposición jurídica aislada resulta concluyente la posición sistemática de la misma en el conjunto normativo. Los distintos preceptos que integran un cuerpo legislativo se encuentran en una relación insoslayable que es preciso descifrar para buscar el sentido y el alcance de cada uno de ellos. La libertad de configuración del legislador federal o de *Land*, como ha establecido el propio Tribunal Constitucional Federal, no depende

²⁷⁰ Algo que, sin embargo, en la práctica ha sucedido, gracias, sobre todo, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal que, como veremos más adelante, ha realizado una interpretación excesivamente amplia y permisiva de la cláusula del Estado social y del requisito de la "equivalencia de las condiciones de vida" del art. 72.2 GG, que ha permitido a la Federación desplegar una actividad legislativa carente prácticamente de control, pese a que, en muchas ocasiones, no existiese título competencial en que apoyarse. Como señala ISENSEE, J.: "Idee und Gestalt...", p. 657, al referirse a esta cuestión, "[l]a nivelación de las diferencias sociales lleva consigo la nivelación de las diferencias regionales". Lógicamente, una posición así, que no es la suya, sino más bien la que cabe deducir de la jurisprudencia constitucional aludida, ha de ser rechazada por desmedida, ya que de llevarse a sus últimas consecuencias podría conducir a un total desapoderamiento competencial de los *Länder*, algo que, como sabemos, no solo impide la propia Constitución federal, sino que además supone ignorar injustificadamente que el objetivo de la igualdad social obliga tanto a la Federación como a los *Länder*, no más, pero tampoco menos.

únicamente de su título competencial, sino también de la presencia de otras normas constitucionales, los derechos fundamentales, sobre todo, que suponen un límite para aquella²⁷¹. Además, la finalidad perseguida por el legislador correspondiente y plasmada formalmente en la disposición objeto de discusión constituye también un importante criterio hermenéutico que habrá que tener siempre en consideración. Por último, como observa oportunamente Rengeling, tampoco se puede ignorar que, en muchas ocasiones, la determinación de los límites de la facultad de regulación de la Federación o de los *Länder* deriva directamente de las competencias de financiación de los arts. 105 ss. GG²⁷² (objeto de modificación tanto en 2006 como en 2009, tal y como veremos más adelante).

G.1.i) El confuso empleo de los términos “competencia”, “facultad” y “tarea” en la Ley Fundamental de Bonn

Hasta el momento se han venido utilizando los términos “competencia” (“*Zuständigkeit*” o “*Kompetenz*”), “facultad” (“*Befugnis*”) y “tarea” (“*Aufgabe*”) de manera poco rigurosa, sin aclarar si entre ellos existe o no algún tipo de diferencia. Corresponde ahora, pues, realizar el intento de delimitación jurídico-constitucional de cada uno de estos conceptos. En concreto, convendría dar respuesta a la pregunta: ¿De qué se habla cuando se habla de “competencias”?

En el art. 30 GG se emplean simultáneamente los vocablos “facultades” y “tareas”. En opinión de Vogel, el Constituyente no ha querido en este precepto establecer “una distinción que fuera más allá del lenguaje ordinario”²⁷³. Maunz reconoce

²⁷¹ BVerfGE 6, 309 (354); 34, 165 (181); 59, 360 (377).

²⁷² RENGELING, H.-W.: “Gesetzgebungszuständigkeit”..., p. 728.

²⁷³ VOGEL, J. J.: “El régimen federal...”, p. 630; en el mismo sentido, GUBELT, M.: “Artikel 30 GG...”, p. 382; BROCKMEYER, H. B.: “Artikel 30 GG...”, p. 664, también reconoce que con el empleo simultáneo de los conceptos “facultades” y “tareas” en el tenor literal del art. 30 GG no se efectúa ninguna diferenciación, si bien entiende que con “facultades” se quiere significar las funciones públicas sobre las que se tiene derecho a intervenir (por ej., las tareas policiales, la recaudación de impuestos...), mientras que con “tareas” se hace referencia a la Administración prestacional y a los

asimismo que no son fáciles de identificar los signos que distinguirían a unas de otras. No obstante, bajo el término “facultades” se podrían incluir las autorizaciones para el ejercicio de actos legislativos, ejecutivos y judiciales, o también las funciones de cuya ejecución se encargan los órganos estatales, mientras que las “tareas” vendrían a ser todos los demás campos de actividad que el Estado toma para sí. Pese a su formulación, el art. 30 GG no se limitaría únicamente al ejercicio de las facultades estatales y al desempeño de las tareas públicas, sino que comprendería también tales facultades y tareas en sí mismas²⁷⁴. En todo caso, y como ya se tuvo ocasión de destacar en otro lugar, al margen de las facultades y tareas del art. 30 GG no cabe imaginar ninguna otra actividad pública.

Pestalozza, por su parte, destaca cómo el término “facultad” (“*Befugnis*”) se utiliza en el sentido de “competencia” en los arts. 70.2 y 72.1 GG y en el de “derecho” en el art. 72.2 GG, siendo ésta una muestra de la variedad de que gusta la Ley Fundamental²⁷⁵. Desde una posición cercana, Hill, con motivo de sus reflexiones acerca de la función de protección a favor de los ciudadanos que cabe reconocer al orden competencial de la Ley Fundamental, en tanto que el mismo significa también un aseguramiento de los derechos fundamentales, como el propio Tribunal Constitucional Federal ha reconocido en alguno de sus pronunciamientos²⁷⁶,

demás ámbitos de actividad pública. En conjunción, se refieren a todas las actividades estatales, pero dado que tanto unas como otras sirven finalmente al cumplimiento de las tareas públicas, pueden ser entendidas estas últimas como el concepto comprensivo al cual se refiere la presunción de competencia de este art. 30 GG.

²⁷⁴ MAUNZ, T.: “Artikel 30 GG...”, pp. 4 ss.

²⁷⁵ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 70 GG”..., p. 42; véanse también sus consideraciones a este respecto en esta misma obra: “Artikel 72 GG”..., pp. 164 ss. y 188, donde reconoce que las expresiones “facultad” (“*Befugnis*”) de los *Länder* para legislar del art. 71.1 GG y “derecho a la legislación” (“*Recht der Gesetzgebung*”) del art. 70.1 GG se refieren a la misma cosa: la competencia de los *Länder* para legislar; lo mismo cabría decir de la diferente terminología que se emplea en los arts. 70.1 (“facultades legislativas” – “*Gesetzgebungsbefugnisse*”), 72.1 (“competencia legislativa” – “*Gesetzgebungszuständigkeit*”) y 72.2 GG (“derecho a legislar” – “*Gesetzgebungsrecht*”). En el mismo sentido, ROZEK, J.: “Artikel 70 GG”..., p. 2187, entiende que el “derecho a legislar” a que se refiere el art. 70.1 GG es sinónimo de “competencia” en el art. 70.2 GG y de “facultad” en el art. 72.1 GG (aunque él, por error, cite el art. 72.2 GG, que, en realidad, menciona también expresamente el término “derecho a legislar”).

²⁷⁶ BVerfGE 6, 32 (41); 55, 274 (302); 56, 246 (262); 67, 256.

entiende que el concepto “competencia” (“*Kompetenz*”) implica no solo la “competencia” en el sentido de “*Zuständigkeit*”, sino también el “derecho a dictar una ley” (“*Recht der Gesetzgebung*”) para la regulación de un determinado campo material (art. 70.1 GG)²⁷⁷.

Pieroth discrepa de la opinión precedente y mantiene que mientras que el concepto “facultad” se refiere a determinados medios autorizados de intervención en la libertad y en la propiedad, con el concepto “tarea” se quieren significar ámbitos objetivos de la actividad pública. Finalmente, el término “competencia” actuaría como un “supraconcepto” (“*Oberbegriff*”) que comprendería a los dos anteriores²⁷⁸.

En medio de este “desorden conceptual” (“*Begriffswirrwarr*”) ²⁷⁹, Stettner pone de manifiesto cómo, en realidad, entre las normas constitucionales dedicadas al reparto de competencias precisamente el término “competencia” (“*Kompetenz*”), pese a ser el concepto básico de todo el derecho de organización, no aparece en ningún lugar. Así, el art. 30 GG se refiere a “*Befugnisse*” y a “*staatliche Aufgaben*”, el art. 70.1 GG a “*Recht zur Gesetzgebung*”, el art. 70.2 GG a “*Zuständigkeit*” y el art. 105.2a GG de nuevo a “*Befugnis*”. Ello hace que con no poca frecuencia el término “competencia” (“*Kompetenz*”) sea entendido como “supraconcepto” que comprende las “facultades públicas” (“*staatliche Befugnisse*”) y las “tareas” (“*Aufgaben*”) a ellas asociadas. En el concreto campo de la legislación, el concepto de “competencia” va unido, desde un punto de vista exclusivamente funcional, a la pregunta de qué actor, si la

²⁷⁷ HILL, H.: “Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern”, JuS, Lernbogen 2/9189, p. L9.

²⁷⁸ PIEROTH, B.: “Artikel 30 GG...”, p. 554. Este es el concepto de “competencia” (“*Kompetenz*”) que parece también emplear ERBGUTH, W.: “Bundesstaatliche Kompetenzverteilung...”, p. 317, cuando señala que el mismo “significa, desde un punto de vista jurídico, la atribución (...) del desempeño de las tareas a un detentador de poder público”.

²⁷⁹ Severamente criticado, entre otros, por BAUER, H.: *Die Bundestreue...*, pp. 269 ss., quien denuncia cómo esta falta de unidad terminológica dificulta un trabajo dogmático exacto.

Federación o los *Länder*, ostenta la misma. Se utiliza, pues, como sinónimo de facultad (*Synonym für Befugnis*)²⁸⁰.

Aun sin pretender aquí ofrecer una respuesta definitiva a esta ofuscada polémica conceptual, derivada en gran medida de la confusión terminológica con que estos conceptos son empleados en la Ley Fundamental, sí parece conveniente, al menos, esbozar una línea de interpretación que proporcione cierta seguridad en el uso, hasta el presente polisémico, de estos términos. A tal efecto, creo que la diferenciación principal a establecer aquí es la que se da entre los conceptos “facultad” (“*Befugnis*”), por un lado, y “competencia” (“*Zuständigkeit*” o “*Kompetenz*”), por el otro.

Si prescindimos de la función jurisdiccional, en tanto que la misma presenta unos caracteres propios muy peculiares, al ser el medio en el que se manifiesta una actividad pública que difícilmente se puede considerar, sin más, reflejo de la actuación de la Federación o de los *Länder*, las “facultades” que un poder público puede ejercer sobre una determinada “materia” son básicamente dos: legislativas (en sentido amplio, no circunscritas exclusivamente a la ley formal) y ejecutivas (entre las que se comprenderían las de mera gestión). Cuando la Federación o los *Länder*, en la República Federal de Alemania, actúan, con el fin de regular o de ejecutar una determinada materia, solo lo pueden hacer ejerciendo alguna de estas facultades a través de los órganos correspondientes.

Pues bien, esas “facultades” o “funciones” que sobre una concreta “materia” puede actuar un poder público (Federación o *Länder*) es precisamente lo que constituye la “competencia” (federal o de *Land*) de que en cada caso se trate. Dicho de manera

²⁸⁰ STETTNER, R.: “Artikel 70 GG...”, pp. 1311 ss. También KUNIG, P.: “Gesetzgebungsbefugnis von Bund und Ländern (*Allgemeine Fragen*)”, Jura, 5, 1996, pp. 254 ss., parece reconducir las “facultades legislativas” de la Federación y de los *Länder* a la cuestión de la competencia (“*Zuständigkeit*”). Por su parte, HEINTZEN, M.: “Artikel 71 GG”, en Mangoldt / Klein / Starck: *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II (*Artikel 20 bis 78*), Verlag Franz Vahlen, München, 4.ª ed. completamente revisada, 2000, pp. 2228 ss., considera igualmente que en el ámbito de la legislación se pueden emplear los conceptos “competencia”, “facultad” y “derecho” como sinónimos.

más sencilla: la Federación o los *Länder* son *competentes* para regular (*facultad* legislativa) o ejecutar (*facultad* ejecutiva) un concreto *ámbito material* cuando la Ley Fundamental así lo prevea. A falta de regulación expresa, en virtud del art. 30 GG, serán los *Länder* los que ostenten esa *competencia*.

¿Qué quedaría del término “tarea”? No demasiado. En realidad, cuando en el texto constitucional se dice que “el cumplimiento de las *tareas* públicas es cosa de los *Länder*” (art. 30 GG) no se está añadiendo mucho a lo ya dicho con anterioridad, que “el ejercicio de las *facultades* estatales es cosa de los *Länder*”, pues, como se ha apuntado ya, cualquier “tarea” que tenga que cumplir un poder público tendrá que llevarse a efecto por medio del ejercicio de una de las “*facultades*” consabidas (legislativas o ejecutivas). Es decir, la Federación o los *Länder* no cumplen tareas de carácter estatal al margen de su actividad legislativa o ejecutiva (entendidas ambas en sentido amplio).

Es justo reconocer que este intento de delimitación conceptual es más fruto de una reflexión teórica que de un seguimiento literal de los dictados constitucionales. Se podrá argumentar, con razón, que, por ejemplo, el art. 72.1 GG, primero se refiere a la “*facultad* de legislar” e inmediatamente después a la “*competencia* legislativa”, con lo que parece producirse una identificación entre los dos conceptos subrayados. Es cierto. Ahora bien, ello no desmiente el hecho de que, en ocasiones, el Constituyente emplea con poco rigor el lenguaje y que es tarea del intérprete hacer inteligible lo que no lo es tanto, siempre dentro del respeto más escrupuloso, sobra recordarlo, al así llamado “espíritu de la ley”. Eso es lo que se ha pretendido modestamente en las reflexiones que anteceden.

G.2.- Las facultades legislativas en la República Federal de Alemania: el Artículo 70.1 GG

G.2.a) Preeminencia de las facultades legislativas de la Federación: tendencias centralizadoras en el federalismo alemán

En la República Federal de Alemania la distribución de las facultades legislativas entre la Federación y los *Länder*, a la que le corresponde un significado central en el orden constitucional, dado que la configuración de la vida política en el moderno Estado de derecho proviene antes de nada de la legislación²⁸¹, se encuentra establecida de manera primordial en el Título VII de la Ley Fundamental de Bonn, relativo a "La legislación de la Federación" (arts. 70 ss. GG). No obstante, tampoco se puede olvidar que a lo largo de la propia Constitución federal se hallan esparcidos numerosos preceptos que atribuyen igualmente facultades legislativas a la Federación. El conjunto de todas estas disposiciones constitucionales (junto con las dedicadas a establecer el organigrama institucional) ofrece una imagen más o menos exacta de la "calidad" del poder político que corresponde ejercer a la Federación y, de manera refleja, a los *Länder*.

Sin perjuicio de lo que se dirá con posterioridad de cada uno de los tipos legislativos previstos en la Ley Fundamental, sí conviene anticipar aquí ya que, pese a lo que podría hacer creer, en un principio, la redacción del art. 70.1 GG, que reconoce con carácter general el derecho a legislar (*Recht zur Gesetzgebung*) de los *Länder* en la medida en que la propia Ley Fundamental no confiera facultades legislativas a la Federación, esta última ostenta una posición claramente ventajosa a este respecto, al estarle reservada la mayoría y los más significativos títulos competenciales, tanto desde el punto de vista del ejercicio del poder público interior como exterior²⁸². No

²⁸¹ KENNTNER, M.: *Justitiabler Föderalismus...*, pp. 119 ss.

²⁸² De absoluta primacía de la Federación en el campo de la legislación habla HERZOG, R.: "Mängel des deutschen Föderalismus", BayVBl., 17, 1991, p. 514. Por su parte, KUNIG, P.: "Artikel 70 GG (*Gesetzgebung des Bundes und der Länder*)", en Münch, I. von / Kunig, P. (Eds.), *Grundgesetz Kommentar*, tomo III (Art. 70 bis Art. 146), C. H. Beck, München, 3.^a ed., 1996, pp. 5 ss., señala

obstante, según se señaló en otro lugar, ese sobrepeso federal no llega a ser de tal envergadura como para poder afirmar con fundamento que los *Länder* carecen de cualidad estatal al no gozar de facultades legislativas suficientes que doten de contenido a la misma²⁸³. Al contrario, los *Länder* tienen atribuidas por sus propias Constituciones diversas competencias en el ámbito de la legislación que les permiten desarrollar programas políticos propios en numerosos campos de especial relevancia para ellos (significativamente en el terreno de la cultura, de la organización propia y municipal, del derecho de policía, etc.), aun cuando en múltiples aspectos deban mantenerse dentro del marco general que en ejercicio de sus propias competencias haya podido establecer la Federación.

Esa preeminencia de las facultades legislativas federales sobre las de los *Länder* arranca de antiguo. En realidad, las tendencias centralizadoras en el seno del Estado federal alemán traen origen desde su misma fundación, con la Constitución

incluso cómo la existencia de numerosas facultades legislativas federales en la Ley Fundamental, incrementadas como consecuencia del proceso de unificación que en seguida se verá, ha hecho que la regla del art. 70.1 GG se haya convertido *de facto* en excepción, de modo que solo quedan restos para las facultades legislativas exclusivas de los *Länder* (competencia residual). Vid. también ISENSEE, J.: "Der Bundesstaat...", p. 737; KUNIG, P.: "Gesetzgebungsbefugnis...", p. 256; BERG, W.: *Staatsrecht...*, pp. 110 ss.; ROZEK, J.: "Artikel 70 GG"..., p. 2177; ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, pp. 86 ss.; HENDLER, R.: "Unitarisierungstendenzen...", p. 211; DITTMANN, A.: "Föderalismus in Gesamtdeutschland", en Isensee, J. / Kirchof, P. (Eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo IX, C. F. Müller, Heidelberg, 1997, pp. 243 ss.

²⁸³ De otra opinión SPANNER, H.: "Über Finanzreform und Bundesstaat. Ab- oder Umbau des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der Gemeinschaftsaufgaben", en *Festgabe für Theodor Maunz zum 70. Geburtstag*, München, 1971, pp. 387 ss., para quien las sucesivas ampliaciones competenciales de la Federación han llevado a una situación tal en la que ya no es posible hablar de la estatalidad de los *Länder*, al haberse convertido éstos por su competencia y función en meras "altas corporaciones administrativas". En un sentido parejo, vid. SCHNEIDER, H.-P.: "Die Aufgabenverteilung...", p. 42.

Más matizadamente, MÄRZ, W.: "Artikel 30 GG"..., p. 818, si bien reconoce que la estatalidad de los *Länder* está ampliamente mermada a causa de las pocas parcelas de ejercicio de poder público que quedan bajo su control, sostiene finalmente que, en todo caso, tal cualidad estatal puede ser salvada y estabilizada por medio del modelo de interconexión política del federalismo de ejecución, así como de la compensación competencial que se lleva a efecto en los arts. 50 (colaboración de los *Länder* a través del Consejo Federal en la legislación y administración federal así como en los asuntos de la Unión Europea), 77 (intervención del Consejo Federal en la aprobación de las leyes federales) y 83 ss. GG (ejecución de las leyes federales por parte de los *Länder*), razonamiento que habrá de ser revisado, en todo caso, a partir de la reforma constitucional de 2006, por lo que se refiere, particularmente, al art. 84 GG, que veremos más adelante.

imperial de 1871²⁸⁴, que ya otorgaba amplias facultades legislativas exclusivas al *Reich*, lo que se vio agravado por el uso intensivo que este mismo hizo con el paso del tiempo de la llamada legislación concurrente, denominación esta que pese a no ser utilizada expresamente en el texto constitucional fue empleada por la ciencia jurídica para referirse a los títulos competenciales sobre las materias previstas en el art. 4 de la Constitución²⁸⁵. Todo ello no es sino fiel reflejo de la hegemonía prusiana que este texto constitucional de fuerte impronta bismarckiana consagró formalmente. Más tarde, con la Constitución imperial de Weimar de 1919, así como con la reforma financiera del *Reich* llevada a efecto por *Erzberger* (1919-1920) se limitaron igualmente las facultades legislativas de los *Länder*, lo que en cierto modo se vio compensado por la participación de los mismos en los procesos de decisión federal a través del *Reichsrat*²⁸⁶.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, y con la derrota de la dictadura nacional-socialista, que, como es sabido, había instaurado un régimen de gobierno fuertemente unitario, la nueva Constitución federal de 1949 no pudo obviar, pese al empeño de los gobernadores militares de las potencias de ocupación²⁸⁷, la tradición marcadamente centralista del federalismo alemán, insistentemente defendida por la mayoría de los actores políticos del momento con representación en el Consejo Parlamentario, decididos a concentrar en el futuro Estado central las más

²⁸⁴ E, incluso, antes, pues ya la Constitución de la *Paulskirche* de 1848 contenía un extenso catálogo de facultades legislativas a favor del *Reich* y reconocía un amplio poder de supervisión de éste sobre la actividad administrativa de los *Länder*. Un sucinto pero clarificador repaso de la historia constitucional alemana, que muestra cómo en este lugar el poder central ha ostentado siempre la primacía sobre los Estados miembros en el concreto terreno de la legislación, puede encontrarse en STEHR, M.: *Gesetzgebungskompetenzen...*, pp. 16 ss. Vid. también GÓMEZ ORFANEL, Germán / ARROYO GIL, Antonio: "El reparto territorial de facultades legislativas y el Bundesrat en el federalismo alemán (1871-2006)", CDP, 26, 2005, pp. 217 ss.

²⁸⁵ LEHMBRUCH, G.: "Föderalismus als entwicklungsgeschichtlich geronnene Verteilungsentscheidungen ("*History matter*")", en Wehling, H.-G. [Ed.], *Die deutschen Länder (Geschichte - Politik - Wirtschaft)*, Leske+Budrich, Opladen, 2.ª ed., 2002, pp. 322 ss.

²⁸⁶ MÜNCH, U.: "Entwicklung...", pp. 3 ss.

²⁸⁷ En la Orden aliada del Documento de Frankfurt n.º 1, de 1 de julio de 1948, se instaba a que en la futura Carta Magna quedase garantizado un amplio margen a los *Länder* para la creación y desarrollo de su propia actividad legislativa. Concretamente, se demandaba la instauración de un "Gobierno democrático federalista", poniendo tanto énfasis en el primer como en el segundo adjetivo.

significativas facultades legislativas, a fin de hacer frente en mejores condiciones a la situación de crisis social y a la necesidad imperante de reconstrucción de la economía alemana.

En consecuencia, como permiten adivinar estas sucintas notas históricas, el proceso de unificación mencionado no es del todo novedoso, constituyendo un ejemplo significativo de ello el hecho de que la expresión que en 1962 empleara Konrad Hesse para referirse al Estado federal alemán y que tanto se popularizó después, “Estado federal unitario” (*„unitarischer Bundesstaat“*), suponga solo una reiteración de la que ya en 1917 fue empleada por el profesor de Derecho Público Erich Kaufmann para referirse al reparto competencial diseñado por la Constitución imperial de 1871. No obstante, lo que sí se puede considerar "original" es la rapidez y envergadura de ese proceso centralizador del sistema federal alemán, singularmente a partir de finales de los años sesenta, en que, ante el afán por parte de los responsables políticos de alcanzar en lo posible una solución equilibrada a los problemas que aquejaban, sobre todo, a las finanzas de los *Länder* y que tan perniciosas consecuencias acarrearían para la consecución del objetivo de la igualdad de condiciones de vida en todo el territorio federal, se opta abiertamente por llevar a efecto una unificación de las regulaciones materiales, constitucionalizando a tal efecto algunos de esos elementos de fuerte carácter homogeneizador.

Merecen ser destacadas a este respecto las importantes reformas constitucionales presupuestaria y financiera, que aumentaron considerablemente la dependencia de los *Länder* frente a la Federación²⁸⁸, la creación de las llamadas “tareas comunes”

²⁸⁸ Sobre la importancia de la Constitución financiera de la Ley Fundamental, tal y como se ha desarrollado en el curso de los últimos decenios en la praxis jurídico-pública, en tanto que impedimento de singular importancia para la desconcentración (*Entflechtung*) y descentralización (*Dezentralisierung*) de la división funcional jurídico-constitucional, véase OETER, S.: *Integration...*, pp. 507 ss. Según este autor, en el hecho de que el principio de conexidad (relación directa entre el reparto de los gastos y el de los ingresos) por su naturaleza sea muy abierto y, en esa medida, necesitado de concreción legislativa, se encuentra una de las claves que explica la amplia influencia de la Federación, a través de sus desproporcionadas reservas financieras, sobre la política económica de los *Länder*, dado que aquélla, al ser la llamada a la concreción del tal principio de

de los arts. 91a y 91b GG, que significaron, en realidad, el “primer anclaje jurídico-constitucional de una forma de manifestación de la coordinación estatal moderna”²⁸⁹, así como la atribución a la Federación de toda una serie de facultades legislativas mediante añadidos a los catálogos competenciales de los arts. 74²⁹⁰ y 75²⁹¹ GG, todo ello vía Leyes vigésimo, vigésimo primera y vigésimo segunda, respectivamente, de modificación de la Ley Fundamental de 12 de mayo de 1969²⁹².

En relación con las tareas comunes, interesa precisar aquí que, pese a ser recibidas por parte de las fuerzas políticas y de la doctrina científica en un primer momento de manera favorable, poco tiempo después de su introducción aparecieron las primeras voces de alarma solicitando su supresión, al considerar que mediante las mismas el llamado federalismo cooperativo se estaba convirtiendo en una suerte de federalismo centralmente dirigido, que conducía a una administración y financiación mixtas irracionales, en las que la responsabilidad de las tareas y de la financiación de la Federación y de los *Länder* se mezclaba, generando un bloqueo sistemático del equilibrio financiero federativo, lo que, además, suponía, aparte de una complejización innecesaria de la administración, un creciente desapoderamiento de las Dietas de *Land*, que quedaban ampliamente vinculadas a la planificación

conexidad, se ha preocupado siempre de que en sus presupuestos se encontraran masas importantes de medios financieros a su disposición con los que poder ganar en cualquier momento de su interés influencia sobre los *Länder*.

²⁸⁹ TIEMANN, B.: “Die neuen Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91.a, b GG) im System des Grundgesetzes”, DÖV, 1970, pp. 163 ss.

²⁹⁰ Modificado en la reforma constitucional de 2006 de manera sustancial.

²⁹¹ Derogado en la reforma constitucional de 2006.

²⁹² Una exposición sistemática de las diversas razones que condujeron en la República Federal de Alemania al rápido avance e implantación de estas tendencias homogeneizadoras puede verse en HENDLER, R.: “Unitarisierungstendenzen...”, pp. 212 ss., que distingue entre la unificación por medio de la reforma constitucional, de la interpretación constitucional y de la técnica legislativa. Vid. también MÜLLER, M. D.: *Auswirkungen...*, pp. 18 ss., para quien en el concreto ámbito de las facultades legislativas se pueden reconducir a cuatro los motivos de ese desarrollo unificador: las modificaciones constitucionales en virtud de las cuales la Federación aumenta sus facultades legislativas tanto concurrentes como marco; el uso creciente que la Federación ha hecho de su facultad legislativa concurrente; la inclinación de la Federación a hacer un uso tan amplio como sea posible de su competencia marco; y el proceso de integración europea.

gubernamental, sin que participasen suficientemente en el proceso de diseño de la misma²⁹³.

Poco tiempo después, en los años 1971 y 1972, mediante cuatro modificaciones constitucionales sucesivas, se efectuaron nuevos desplazamientos competenciales a favor de la Federación. Así, por medio de la Ley vigésimo octava de modificación de la Ley Fundamental de 18 de marzo de 1971 fue introducido el art. 74a GG, que atribuye a la Federación la facultad legislativa concurrente en relación con las cuestiones sobre la remuneración y seguro social de los funcionarios²⁹⁴. De igual modo, mediante la Ley vigésimo novena de modificación de la Ley Fundamental, de misma fecha que la precedente, se creó una facultad legislativa concurrente de la Federación para la protección de los animales (art. 74 n°. 20 GG)²⁹⁵. Meses más tarde, a través de la Ley trigésimo primera de modificación de la Ley Fundamental de 28 de julio 1972, se amplió la facultad legislativa exclusiva federal del art. 73 n°. 10 GG, relativa a la cooperación de la Federación y los *Länder* en el caso de resistencia frente a las actividades delictivas y al terrorismo, y se introdujo una nueva facultad legislativa concurrente sobre la nueva materia del art. 74 n°. 4a GG, referente al derecho armamentístico²⁹⁶, así como una facultad administrativa de la Federación para la lucha contra el terrorismo en el art. 87.1 GG. Con todo, lo más significativo fue el desplazamiento de determinadas materias en relación con la protección del medio ambiente a favor de la Federación a través del recién creado art. 74 n°. 24 GG²⁹⁷, por medio de la Ley trigésima de modificación de la Ley Fundamental de 12 de abril 1972, en tanto que un ámbito material de tan vastos y difusos contornos abre a la Federación amplias posibilidades de intervención legislativa.

²⁹³ OETER, S.: *Integration...*, pp. 293 ss. y 456 ss.

²⁹⁴ Derogado en la reforma constitucional de 2006.

²⁹⁵ Modificado en la reforma constitucional de 2006.

²⁹⁶ Derogado en la reforma constitucional de 2006.

²⁹⁷ Modificado en la reforma constitucional de 2006.

A estas reformas constitucionales²⁹⁸ (y los consiguientes desplazamientos competenciales señalados que las acompañan) se ha de añadir el hecho de que en el ámbito de sus facultades legislativas exclusivas la Federación apenas ha hecho uso de la posibilidad prevista en el art. 71 GG de habilitar a los *Länder* a dictar sus propias regulaciones. Por otra parte, en el campo de la legislación concurrente la Federación ha actuado de manera amplia, cediendo solo excepcionalmente al legislador de *Land* la legislación de desarrollo; lo mismo cabe decir en relación con la (derogada) legislación marco, en donde solo en muy pocas ocasiones la Federación ha dejado a los *Länder* un margen de configuración significativo para su legislación de detalle²⁹⁹.

Otros factores que contribuyeron notablemente a consolidar estas tendencias unitarias tienen que ver con el carácter vinculante de los derechos fundamentales de la Constitución federal, que, entre otras cosas, prejuzgan decisivamente el alcance de las decisiones de la administración, del legislador y del constituyente de *Land*; con la jurisprudencia constitucional sobre la necesidad de que la ejecución

²⁹⁸ Que, aun siendo las fundamentales, no se reducen a las citadas, pues tal y como tuvieron oportunidad de exponer BAUER, A. / JESTAEDT, M. (Eds.): *Das Grundgesetz im Wortlaut (Änderungsgesetze, Synopse, Textstufen und Vokabular zum Grundgesetz)*, Müller, Heidelberg, 1997, p. 34, de las cuarenta y tres reformas constitucionales que han tenido lugar hasta 1997, al menos treinta y cinco afectan de manera directa a la estructura federal (sin que las siete posteriores leyes de modificación de la Ley Fundamental de los años 1998, 2000, 2001 y 2002 supongan variación sustancial a este respecto). Tal y como observa Isensee a la luz de estos datos, el objetivo jurídico-constitucional primero de estas reformas no es otro que realizar un nuevo reparto de competencias, que se caracteriza con anterioridad a 1990 por el desplazamiento constante de los poderes a favor de la Federación, siendo a partir de esa fecha contraria la orientación de ese movimiento (ISENSEE, J.: "Der Bundesstaat...", p. 720).

²⁹⁹ HERZOG, R.: *Staat und Recht im Wandel (Einreden zur Verfassung und ihrer Wirklichkeit)*, Keip Verlag, Goldbach, 1993, pp. 173 ss., se refiere a esa "frenética" actividad legislativa de la Federación en términos catastrofistas: "inundación (o avalancha) normativa" ("*Normenflut*"); considera que esa legislación federal excesiva conduce, en realidad, a lo contrario de lo deseado, en concreto, a una creciente inseguridad jurídica, que entorpece la labor de la administración y de los tribunales y estrangula tendencialmente en muchos ámbitos de manera progresiva las posibilidades de ejercicio práctico de los derechos fundamentales. Vid. también a este respecto OETER, S.: *Integration...*, p. 409, para quien esa "sobrecarga" legislativa de la Federación tiende a provocar un entorpecimiento de la actuación política en el seno de los *Länder*, así como una "disminución de la aceptación jurídica" y un socavamiento de la obediencia jurídica, que finalmente se puede traducir en una ruptura jurídica calculada por parte de aquéllos; véase, asimismo, ERICHSEN, H.-U.: "Die Verteilung...", p. 388.

administrativa de las leyes federales por parte de los *Länder* sea uniforme³⁰⁰; así como con la creciente inclinación de los tribunales administrativos federales a aumentar permanentemente la intensidad de su control jurídico sobre la actuación de la administración no solo federal sino también de los *Länder*³⁰¹. A todo ello habría que sumar la teoría sobre las llamadas competencias federales no escritas, que, como veremos en su momento, también han servido para extender el alcance de los poderes federales. Finalmente, la generalidad de estos factores ha de ser observada a la luz del creciente proceso de integración europea, que desde hace tiempo viene generando una erosión por arriba del Estado federal, de manera muy especial en lo que se refiere a las competencias de los *Länder*, al no tener aplicación en la relación entre éstos y la Federación el criterio que rige las relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros: el principio de subsidiariedad³⁰².

De este modo, se llega paulatinamente a una situación en la que al nivel federal, más allá de las formas institucionalizadas de cooperación, le corresponde la responsabilidad sobre la mayor parte de las facultades legislativas³⁰³, mientras que las ejecutivas quedan predominantemente en poder de los *Länder*³⁰⁴, a salvo las

³⁰⁰ BVerfGE 11, 6 (17).

³⁰¹ OETER, S.: *Integration...*, p. 437, destaca, en este sentido, cómo apenas existe un Estado federal en el que los controles de los tribunales federales sobre la actuación administrativa de los Estados miembros esté tan fuertemente marcada como en Alemania. Vid. también BULLINGER, M.: "Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung", JZ, 1984, pp. 1001 ss.

³⁰² SOMMERMANN, K.-P.: "Artikel 20 GG"..., p. 19; CALLIESS, Ch.: "Die Justitiabilität...", p. 890. Con todo, esta conclusión ha de ser revisada a la luz de la reforma constitucional de 2006 que después analizaremos.

³⁰³ Acerca de la superación de las formas cooperativas y su "degeneración" en tendencias centralistas muy acentuadas, véase HESSE, K.: "Aspekte des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik", en Ritterspach, T. / Geiger, W. (Eds.), *Festschrift für Gebhard Müller*, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, pp. 151 ss.

³⁰⁴ Lo que permite a MÜNCH, I. von: "Zuständigkeiten im Bereich...", p. 153, sostener que "[I]a República Federal de Alemania es un Estado legislativo central, pero un Estado administrativo federal". No obstante, conviene aclarar que en opinión de este autor la posición que ocupan los *Länder* en relación con las facultades legislativas tampoco es tan débil como se suele creer, dado que existen numerosos mecanismos políticos que permiten a aquéllos tener una gran influencia a nivel federal, lo que finalmente se traducirá en el contenido de la legislación de éste. Así, por ejemplo, el hecho de que los partidos políticos estén organizados de abajo hacia arriba permite a las federaciones individuales de cada *Land* jugar un papel importante en la estructura del partido global. Asimismo, la forma de elección de los diputados de la Dieta Federal, o bien directamente a través de

matizaciones que a este respecto merezcan ser hechas, en tanto que también desde hace décadas se puede constatar una creciente influencia de la Federación en la administración de *Land*, lo que permite resaltar aún con mayor agudeza la tendencia unificadora mencionada³⁰⁵. Es esto lo que se conoce con el nombre de *Federalismo de ejecución (Vollzugsföderalismus)*³⁰⁶, denominación que, pese a la parte de verdad que encierra, ha de ser tomada con sumas precauciones, pues la misma no nos puede llevar a creer que en la República Federal de Alemania a la Federación le corresponde el ejercicio *exclusivo* de las facultades legislativas, quedando únicamente las de carácter ejecutivo reservadas a los Estados miembros.

Que la Federación ocupe un lugar "privilegiado" en el ámbito de la legislación es muy distinto a mantener su exclusividad a ese respecto. Como se ha repetido ya sobradamente, también los *Länder* ostentan determinadas facultades legislativas que les permiten llevar a cabo una actividad de configuración política autónoma nada despreciable, siendo ello lo que sirve de argumento central para defender justificadamente su cualidad de Estados. Además, tampoco se puede ignorar la relevancia que los Estados miembros han ido progresivamente adquiriendo en la configuración de la voluntad federal por medio del Consejo Federal, en donde se encuentran representados sus Gobiernos, hasta el punto de que hoy en día, y desde hace ya algún tiempo, éste ha de prestar de modo obligatorio su asentimiento para

la elección en las circunscripciones electorales de cada uno de los *Länder* o bien por medio de las llamadas listas de *Land* de los partidos, otorga igualmente un poder de intervención no despreciable a los *Länder* en la política federal (*ibidem*, pp. 149 ss.).

³⁰⁵ Algo que tempranamente ya advirtió HESSE, K.: *Der unitarische Bundesstaat...*, p. 18. Más tarde MÜNCH, U.: "Entwicklung...", pp. 4 ss.; OETER, S.: *Integration...*, pp. 580 ss., incluso alerta sobre la gravedad que esa supresión de los márgenes de actuación de la administración de *Land* puede tener sobre la concepción misma del elemento federativo del Estado, dado que el eje central de la dotación competencial de los *Länder* yace hoy precisamente en el ámbito de la administración, de modo que si se suprimen los márgenes de actuación de los *Länder* en este terreno se elimina, en último término, una parte sustancial de la responsabilidad propia de éstos en tanto que unidades estatales autónomas que cumplen con procesos de construcción democrática.

³⁰⁶ SOMMERMANN, K.-P.: "Artikel 20 GG"..., p. 18.

la aprobación de la mayoría de las leyes federales (las llamadas *Zustimmungsgesetze*)³⁰⁷.

Este fenómeno tiene también su propio nombre. Se le conoce como *Federalismo de participación (Beteiligungsföderalismus)* y su comprensión resulta de especial importancia en estos momentos si se quiere aprehender en toda su *esencia* y *complejidad* el funcionamiento del actual Estado federal alemán, en el que el protagonismo principal por parte de los *Länder* corresponde más a sus Gobiernos (o a sus altas burocracias ministeriales) que a sus Asambleas legislativas (Dietas de *Land*), que, en realidad, se pueden considerar las verdaderas perdedoras de todo este proceso, al no haberse podido beneficiar de la "compensación competencial" que se logra a través de la intervención del Consejo Federal en la formación de la voluntad federal³⁰⁸, con el consiguiente perjuicio que ello acarrea para el juego del principio democrático³⁰⁹.

³⁰⁷ HESSE, K.: *Der unitarische Bundesstaat...*, pp. 22 ss., para quien este aumento del peso del Consejo Federal ha tenido incluso como efecto no una debilitación sino un robustecimiento del federalismo. En general, sobre la posición de este órgano constitucional vid. POSSER, D.: „Significado del *Bundesrat*“, en: Benda / Maihofer / Vogel / Hesse / Heyde... (Ed.), *Manual de Derecho Constitucional* (Edición, *Prolegomena* y Traducción de A. López Pina) IVAP, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 682 ss.

De otra opinión, HENDLER, R.: "Unitarisierungstendenzen...", p. 221, quien, al contrario que K. Hesse, entiende que el Consejo Federal ha sufrido un debilitamiento de su posición en el desarrollo del proceso legislativo, derivado de la jurisprudencia constitucional que permite que la Federación pueda modificar unilateralmente aquellas disposiciones de una ley no necesitadas de consentimiento (*BVerfGE 37, 363 (379 ss.)*), lo que conlleva una minoración de la influencia política de los Estados miembros en la legislación estatal central. En esta misma línea, ISENSEE, J.: "Idee und Gestalt...", p. 634, va más allá y considera que el aumento de la influencia del Consejo Federal en la legislación federal no compensa la pérdida de poder político de los *Länder* y, en concreto, de sus parlamentos, pues aquél es un órgano federal, no de *Land*.

³⁰⁸ BERLIT, U.: "Verfassungsrechtliche...", pp. 68 ss.

³⁰⁹ SCHNEIDER, H.-P.: "Die Aufgabenverteilung...", pp. 41 ss., a este respecto, no tiene reparo alguno en reconocer que este proceso de centralización y de debilitamiento del principio democrático, ha conducido de facto a una desnaturalización de los *Länder* en tanto que instancias de carácter estatal y, en definitiva, a una grave crisis del Estado federal, que está camino de convertirse en un Estado unitario descentralizado. De otra opinión, LERCHE, P.: "Pluralismo territorial y uniformidad de las condiciones de vida", en VV.AA., *Pluralismo territorial en la República Federal de Alemania* (trad. de Manuel Cancio Meliá), MAP/INAP, Madrid, 1989, pp. 62 ss., para quien "el concepto general de Estado federal es lo suficientemente amplio y flexible como para dar cabida a configuraciones de tendencia más unitaria. Desde este punto de vista, la República Federal no solo es un Estado Federal aparente y formal, sino real.". Además, Lerche sostiene incluso que la idea federal y la exigencia de alcanzar condiciones de vida uniformes (o equivalentes) no solo no están contrapuestas, sino que, en

Pues bien, este proceso de unificación del Estado federal alemán a partir de 1949 arriba esbozado, que tan bien describiera Konrad Hesse en su obra de 1962, y que tuvo su manifestación principal en la concentración creciente de tareas públicas en manos de la Federación, pudo llevarse a cabo, sobre todo, por la existencia, tanto en la ciencia jurídica constitucional como, fundamentalmente, en las fuerzas políticas, no solo federales sino también de los *Länder*, de una creencia generalizada en el *telos* del mismo. Para la mayoría de los agentes políticos la unidad jurídica constituía (constituye) un bien en sí mismo que hay que perseguir y preservar frente a la disparidad disgregadora. Solo un Estado en el que esté garantizada la uniformidad de las condiciones de vida de todos sus ciudadanos tiene posibilidades de prosperar en paz. Evidentemente, ello supondrá restricciones para el principio federal, que, en esa medida, habrá de circunscribir su ámbito de eficacia a cuestiones "menores" que no pongan en peligro tal homogeneidad. Postura esta que además se corresponde con el pensamiento político de la inmensa mayoría de la opinión pública alemana, que manifiesta una muy estrecha tolerancia frente a la variedad regulativa y la ausencia de uniformidad a ella aparejada³¹⁰. A todo ello se han de añadir razones de otro calibre, entre las que no ocupa un lugar menor el hecho de que, con la excepción de la Unión Cristiano-Social (CSU) de Baviera, todos los grandes partidos políticos alemanes tengan una dimensión federal que no pueden evitar proyectar sobre el contenido de sus actividades y objetivos³¹¹.

realidad, se complementan, apareciendo ese fin último como "legitimación" del actual Estado federal alemán.

³¹⁰ OETER, S.: *Integration...*, pp. 414 ss. y 422; SCHNEIDER, H.-P.: "Die Aufgabenverteilung...", pp. 39 ss.; OSSENBÜHL, F.: "Pluralismo territorial y sistema normativo", en VV.AA., *Pluralismo territorial en la República Federal de Alemania* (trad. de Manuel Cancio Meliá), MAP/INAP, Madrid, 1989, pp. 37 ss.

³¹¹ HESSE, K.: "Bundesstaat", *EvStL.*, 3.^a ed., 1987, pp. 323 ss., clasifica del siguiente modo las razones que explican este proceso homogeneizador: la propia unificación nacional en 1871 dominada por el sobrepeso que ocupaba Prusia, que comprendía aproximadamente el 65% de la superficie y el 60% de la población; el hecho de que los *Länder* constituidos tras 1945 solo en una pequeña parte (Baviera y las dos ciudades hanseáticas) se correspondieran con sus fronteras históricas, con las consecuencias que ello acarrea para la definición de la identidad nacional-estatal; la diferencia originaria y la individualidad de los Estados individuales en el período posterior a 1871 que ha sido encubierta y suprimida en razón de los movimientos de refugiados posteriores a 1945 así como por la alta movilidad de la población; el imparable peso de la técnica, de la economía y de las

A la vista de estos datos se ha de relativizar mucho, por tanto, la responsabilidad que tradicionalmente se ha atribuido al Tribunal Constitucional Federal en todo este proceso de centralización. Es cierto que el mismo ha consentido un uso extensivo de la legislación concurrente por parte de la Federación, al considerar solo en muy contadas ocasiones inconstitucional una ley federal por no haberse ajustado a las condiciones habilitadoras previstas en el art. 72.2 GG, que más adelante veremos en detalle. Lógicamente, ello ha motivado que los *Länder*, y de manera muy particular sus Parlamentos, hayan quedado prácticamente desplazados de estos ámbitos materiales, que, no se olvide, son los más numerosos. De ahí la necesidad, demandada por la mayoría de la doctrina científica, de corregir esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal y de acometer una reforma constitucional que devuelva competencias sustantivas a los *Länder* en este terreno de la legislación³¹². Asimismo, en el campo de la legislación marco³¹³ también se mostraron tendencias claras hacia una regulación completa de las materias objeto de la misma por parte de la Federación, lo que también obtuvo el beneplácito del Tribunal Constitucional Federal³¹⁴.

comunicaciones sobre la estructura social y estatal; los cada vez mayores entrelazamientos e interdependencias de la vida económica y social; las crecientes tareas de planificación, dirección y reparto; y, no por último, la necesidad de luchar contra las consecuencias de la catástrofe de 1945. No obstante, en otro lugar reconoce asimismo que existe también una tendencia en sentido contrario a la hasta ahora descrita: “la creciente abundancia y complejidad de las tareas del Estado hace inevitable una descentralización de su desempeño, provocando así un reforzamiento de los centros de decisión política con sede en órganos de los *Länder*” (HESSE, K.: “Constitución y Derecho Constitucional”, en Benda / Maihofer / Vogel / Hesse / Heyde..., *Manual de Derecho Constitucional* (Edición, *Prolegomena* y Traducción de A. López Pina), IVAP, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 13).

³¹² SCHMIDT-JORTZIG, E.: “Herausforderungen...”, pp. 747 ss.; SCHMEHL, A.: “Die erneuerte Erforderlichkeitsklausel in Art. 72 Abs. 2 GG”, DÖV, 1996, p. 724; STEHR, M.: *Gesetzgebungskompetenzen...*, p. 12; SCHNEIDER, T.: *Die Rahmengesetzgebungskompetenz...*, pp. 47 ss.; OETER, S.: *Integration...*, p. 420.

³¹³ Derogada en la reforma constitucional de 2006.

³¹⁴ Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial no debería distraer del hecho de que el propio Tribunal Constitucional Federal, en general, ha contribuido también seriamente a garantizar la dotación competencial de los *Länder* en el ámbito de la legislación. Como expresivo botón de muestra valga la sentencia de 19 de octubre de 1982 sobre la Ley de responsabilidad estatal (*BVerfGE 61, 149*; vid. también la *BVerfGE 56, 249*). En esta línea, OETER, S.: *Integration...*, p. 361, entiende que a la vista de la ambivalencia de la jurisprudencia constitucional se puede concluir que a ésta no le es imputable una clara tendencia consciente hacia la unificación y, en definitiva, una preferencia básica por la Federación, pese a que a continuación añade que la inclinación inmanente del Tribunal hacia una

Sin embargo, aun sin negar la importancia de esta jurisprudencia, no parece que a la misma le sea achacable ni exclusiva ni primordialmente la presencia de unas tendencias homogeneizadoras que solo pueden encontrar una razón de ser adecuada en el plano de desenvolvimiento de las relaciones políticas al máximo nivel, como lo pone claramente de manifiesto el hecho de que la mayoría de los *Länder*, a través de sus representantes gubernamentales en el Consejo Federal, haya prestado su consentimiento (necesario, según el art. 79.2 GG) a tales reformas constitucionales, destinadas en gran medida a limitar y reducir sus ámbitos competenciales. Además, por otro lado, el propio Tribunal también ha reconocido la existencia de unas fronteras claras frente a tales tendencias unificadoras. Así, en su sentencia de 10 de mayo de 1960 sostuvo de manera categórica que “[c]on carácter general, la Constitución federal respeta los órdenes constitucionales de los *Länder*; una intervención del poder federal en el orden constitucional de los *Länder* solo es válida en la medida en que la Ley Fundamental expresamente lo determine o lo permita”³¹⁵. Por consiguiente, sin negar la parte importante de responsabilidad que le corresponde al Alto Tribunal en la consolidación de este proceso homogeneizador, tampoco es justo centrar en él todas las críticas, como en ocasiones se ha hecho.

Pues bien, como consecuencia de todo este proceso unificador descrito, a los pocos años de andadura de la República Federal de Alemania el alcance de la legislación de *Land*, más allá de los ámbitos materiales que tenía tradicionalmente reservados (cultura, policía, derecho municipal, administración interna, etc.), se había visto seriamente reducido a la regulación de los detalles que el legislador federal había dejado libres así como a la ejecución de las leyes federales³¹⁶. Por si ello fuera poco, en los campos en los que los *Länder* mantenían teóricamente la posibilidad de

cada vez mayor juridificación ('*Verrechtlichung*') de la estructura del Estado federal constituya un importante factor de 'erosión del federalismo'.

³¹⁵ BVerfGE 11, 77 (85 ss.). En un sentido similar: BVerfGE 27, 44 (56). Vid. también KIMMINICH, O.: "Der Bundesstaat"..., pp. 1144 ss.

³¹⁶ HESSE, K.: *Der unitarische Bundesstaat*..., pp. 14 ss.; OETER, S.: *Integration*..., p. 260.

realizar una configuración política propia se mostró una pronunciada inclinación a la coordinación voluntaria entre la Federación y los *Länder* así como, sobre todo, una autocoordinación de estos últimos entre sí, a fin de conseguir una determinada homogeneidad jurídica, a través de instrumentos variados, entre los que merecen ser destacados las Conferencias a diferente nivel (Conferencia de Ministros-Presidentes, Conferencia de Ministros de Cultura, Conferencia de Ministros de ramo, etc.), así como la celebración de tratados internacionales y de acuerdos administrativos³¹⁷, lo que acrecentó aún más las mencionadas tendencias unificadoras.

Esta situación se hizo cada vez más insostenible y en el pensamiento político poco a poco fue calando la idea de la necesidad acuciante de acabar o, al menos, modular las fuertes tendencias unitarias que estaban erosionando gravemente el principio federal³¹⁸. La reunificación alemana, aunque es cierto que, por una parte, se tradujo en un renacimiento de la idea de considerar la “uniformidad de las condiciones de vida” en todo el territorio federal una exigencia constitucional a perseguir por todos los medios³¹⁹, por otro lado, dio un fuerte impulso a las demandas de los *Länder* de acometer una sustantiva reforma del Estado federal alemán que se centrase, sobre todo, en la cuestión competencial, y de modo muy especial en el fortalecimiento de

³¹⁷ Sobre ello, véanse las referencias que más arriba se han hecho al federalismo cooperativo y a la imbricación política así como la bibliografía allí citada. En general, acerca de todo este proceso de centralización y de concentración de competencias en manos de la Federación, véase en castellano ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, pp. 359 ss.

³¹⁸ HERZOG, R.: “Mängel...”, p. 515, considera incluso que la salida de este estado precario en que se encuentra la legislación de los *Länder* debería pasar o bien por renunciar a la diferenciación entre los tres tipos de facultades legislativas de los arts. 73-75 GG o bien por circunscribir las mismas a unos campos materiales más limitados, de modo que aquellas materias cuya regulación unitaria federal en absoluto fuera necesaria o aquellas otras para las que bastara con que la Federación fijase las grandes líneas de actuación, fueran entregadas a la regulación completa o de desarrollo (en sentido estricto) de los *Länder*. Ello supondría la renuncia a “campos materiales tan monstruosos” (*monströse Sachmaterie*) como el derecho de la economía (art. 74.1.11 GG), la prevención del abuso de poder económico (art. 74.1.16 GG) o el fomento de la producción agraria y forestal, el abastecimiento de alimentos, etc. (art. 74.1.17 GG).

³¹⁹ OETER, S.: *Integration...*, pp. 532 ss.

las facultades legislativas de los *Länder*, así como en el impedimento de nuevos trasvases de competencias a la Federación o a las Comunidades Europeas³²⁰.

A tal efecto, y previa la creación a principios de 1991 por parte del Consejo Federal de una “Comisión de reforma constitucional”, que el 14 de mayo de 1992 emitió un dictamen significativamente titulado “Fortalecimiento del Federalismo en Alemania y en Europa, así como otras propuestas para la modificación de la Ley Fundamental”, en otoño de 1991 se constituyó una “Comisión constitucional conjunta” integrada paritariamente por miembros de la Dieta Federal y del Consejo Federal, que en 1993 emitió un Dictamen con diversas recomendaciones para proceder a una reforma constitucional, reforma que se llevó definitivamente a cabo por medio de la Ley cuadragésimo segunda de modificación de la Ley Fundamental de 27 de octubre de 1994 y que, pese a las expectativas que generó, acabó resultando más anecdótica que otra cosa, pues las modificaciones que introdujo fueron de mínimo calado, manifestándose así una vez más el hondo enraizamiento de las ideas unitarias en el pensamiento político-constitucional alemán³²¹.

Aunque más adelante se procederá a realizar un estudio detallado de los diversos tipos legislativos en la Ley Fundamental vigentes en ese momento y, en esa medida, del alcance de esta reforma constitucional de 1994 en relación con cada uno de ellos, interesa ahora señalar, a fin de ejemplificar la debilidad denunciada de la

³²⁰ Frente a esa ampliamente demandada reforma de la Ley Fundamental, BERLIT, U.: “Verfassungsrechtliche...”, p. 85, sostiene que uno de los medios más viables, no necesitado de modificación constitucional, consistiría en un “*federal self-restraint*” del legislador federal, camino este que acabaría *de facto* -aunque no jurídicamente- en una traslación parcial de determinados campos materiales de la legislación concurrente a la legislación marco o básica, con el consiguiente incremento que ello supondría de la capacidad de intervención legislativa de los *Länder*.

³²¹ Como destaca OETER, S.: *Integration...*, p. 370, incluso las más pequeñas modificaciones a favor de los *Länder* provocaron la aparición de miedos profundos y soterrados que giraron en torno a tópicos tales como 'particularismo', 'haz de Estados' (*Staatenbündelei*) o, incluso, 'desmoronamiento de la unidad estatal'. Muy crítico también con esta reforma constitucional de 1994 se muestra DITTMANN, A.: “Föderalismus...”, pp. 242 ss., que dudaba mucho de que con la misma se hubiera conseguido, tal y como se pretendía, el equilibrio justo que requiere una relación razonable entre la Federación y los *Länder* en el seno del ordenamiento federal. Vid. en este mismo sentido ISENSEE, J.: “Der Bundesstaat...”, p. 725; SOMMERMANN, K.-P.: “Die Stärkung der Gesetzgebungskompetenzen der Länder durch die Grundgesetzreform von 1994”, Jura, 1995, pp. 394 ss.

misma, cómo precisamente una de las innovaciones introducidas en esa Ley de modificación constitucional mencionada apenas si ha tenido repercusión alguna favorecedora de la posición de los *Länder*, pese a que el motivo aparente de su incorporación a la Ley Fundamental fuera el contrario. En concreto, me refiero a la introducción del apartado 4 en el art. 80 GG, a cuyo tenor

“En la medida en que mediante ley federal o en virtud de leyes federales sean habilitados los Gobiernos de *Land* a aprobar reglamentos jurídicos, los *Länder* también se encuentran facultados para establecer una regulación por medio de ley.”³²²

El justificado escepticismo que ha mostrado la doctrina sobre la posibilidad de que con este precepto se pueda llevar a cabo un fortalecimiento de los Parlamentos de los *Länder*, encuentra su explicación en el hecho de que éstos, en realidad, a tenor de las consecuencias que se derivan del apartado 1 del art. 80 GG en relación con el apartado 4 del mismo, pasan prácticamente a convertirse en meros órganos ejecutivos del legislador federal, en tanto en cuanto en la ley federal que establece la habilitación reglamentaria a favor de los Gobiernos de *Land* ha de constar el contenido, la finalidad y el alcance de la autorización otorgada, lo que usualmente es aprovechado por el legislador federal para establecer una regulación exhaustiva que condiciona de antemano la que pueda establecer el legislador de *Land*. De ese modo se pretende esconder la pérdida real de la facultad legislativa de *Land* bajo la ilusión de una sustitución adecuada³²³.

³²² Art. 80.4 GG: “Soweit durch Bundesgesetz oder auf Grund von Bundesgesetzen Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen, sind die Länder zu einer Regelung auch durch Gesetz befugt.”

³²³ Vid. STEHR, M.: *Gesetzgebungskompetenzen...*, pp. 88 ss., que en su valoración global de la Ley cuadragésimo segunda de modificación de la Ley Fundamental de 27 de octubre de 1994 sostiene que la misma ha tenido pocas consecuencias en lo relativo al reparto de facultades legislativas entre la Federación y los *Länder*, en tanto que los Parlamentos de estos últimos apenas si han mejorado sus competencias, con lo que la tendencia centralizadora en el terreno de la legislación no se ha visto frenada.

En conclusión, a la vista de estos hechos parecía claro que había que esperar a otro momento, a otra reforma de la Ley Fundamental, para celebrar la recuperación por parte de los *Länder* alemanes de determinados títulos competenciales en el campo de la legislación que les permitan ostentar un mayor protagonismo en la configuración de la vida política, económica, financiera, etc. de la comunidad, así como un mayor peso específico en el desenvolvimiento de sus relaciones jurídico-políticas con la Federación. Reforma que, como veremos ulteriormente, se produjo, en una primera etapa, en 2006 y, en una segunda, en lo relativo a las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, en 2009, y que, sin embargo, pese a su alcance, tampoco parece haber sido la solución idónea para todos los problemas aquí planteados.

G.2.b) Artículo 70.1 GG: ¿Regla fundamental de la Constitución federal?

G.2.b) aa) Antecedentes

En medio de este paisaje de fondo, caracterizado por las fuertes tendencias unificadoras referidas, adquiere especial relevancia, en relación con el reparto de las facultades legislativas entre la Federación y los *Länder*, el art. 70.1 GG, en virtud del cual

“Los *Länder* tienen derecho a legislar en la medida en que esta Ley Fundamental no confiera facultades legislativas a la Federación.”³²⁴

El reparto formal expreso de las facultades legislativas que lleva a efecto este precepto carece de antecedentes inmediatos en la historia del constitucionalismo alemán³²⁵. No obstante, sí es posible encontrar en los textos constitucionales

³²⁴ Art. 70.1 GG: “*Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit diese Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.*”

³²⁵ MÜLLER, M. D.: *Auswirkungen...*, p. 17

precedentes algunas huellas que permiten entender con mejor fundamento el porqué de la introducción de este precepto en la Ley Fundamental. Así, en la conocida como Constitución de la *Paulskirche* de 1849, que aunque nunca llegara a entrar en vigor sí tuvo notable influencia en los ulteriores trabajos constituyentes, se reconoce en el § 62 al poder del *Reich* el derecho a legislar en la medida en que ello sea imprescindible para la regulación de las materias a él transferidas en la Constitución, así como para la protección de las instituciones dejadas a su cargo. Si bien este precepto no contiene una cláusula general sobre el reparto de las facultades legislativas entre el *Reich* y los *Länder* del estilo de la recogida en el art. 70.1 GG, se ha querido derivar de él, por medio de una interpretación sistemática en la que se conectaría con todas aquellas amplias facultades legislativas concretas atribuidas al *Reich* a lo largo de todo el texto constitucional, que a los *Länder* les debe corresponder el derecho a legislar en la medida en que no exista en la Constitución una competencia escrita del *Reich* o a éste no le esté encomendada la conservación de algún establecimiento o institución jurídica. Lógicamente, dado el extenso catálogo de competencias reservadas al *Reich* por la Constitución en el campo de la legislación, a los *Länder* no les quedaría mucho margen de maniobra, aunque ello se viera compensado en parte por medio de la necesidad de asentimiento de la Cámara de los Estados (*Staatenhaus*) a todas las leyes del *Reich* (§ 100)³²⁶.

Tampoco en la Constitución imperial de 1871 es posible encontrar un precepto similar al art. 70.1 GG que pueda considerarse su precedente. Aquí el ejercicio de las facultades estatales, como en cualquier Estado federal, se encuentra también repartido entre el Estado central y los Estados miembros. El art. 4 expresamente determina los objetos que han de quedar sometidos a la “vigilancia y legislación del *Reich*” (“*Beaufsichtigung seitens des Reichs und der Gesetzgebung desselben*”), muchos de los cuales se refieren a materias que en la Ley Fundamental de Bonn pasaron a integrar la facultad legislativa de la Federación de acuerdo con los arts. 73 y 74 GG, si bien en 1871 no se hacía ninguna diferenciación entre legislación

³²⁶ STEHR, M.: *Gesetzgebungskompetenzen...*, pp. 16 ss.

exclusiva y concurrente. A ese catálogo del art. 4 se ha de añadir otro gran número de competencias individuales que se encuentran reguladas en otras determinaciones constitucionales (por ejemplo, la competencia del *Reich* para el derecho electoral -art. 20.2-, para el derecho presupuestario -art. 69- o para las modificaciones constitucionales -art. 78-)³²⁷.

Aunque no estuviese expresamente declarado, en la Constitución imperial de 1871 había que distinguir entre facultades legislativas exclusivas y facultativas del *Reich* y facultades legislativas exclusivas de los *Länder* (arts. 2, 4 y 35). Las facultades legislativas exclusivas del *Reich* se encontraban esparcidas a lo largo de todo el texto constitucional (arts. 4 n.º 1, 20, 33, 48, 53, 56, 61, 69, 70, 73 y 78); a ellas había que sumar las competencias no escritas. La mayoría de las materias recogidas en el art. 4, aunque no se señalase explícitamente, pertenecían al ámbito de la legislación facultativa, que es comparable a la legislación concurrente de la Ley Fundamental, en tanto que los *Länder* solo podían hacer uso de su facultad legislativa en la medida en que el legislador del *Reich* no actuara. Pero, por regla general, la mayoría de los principales campos jurídicos podían ser reguladas por el *Reich*, lo que tenía como consecuencia una amplia legislación unitaria. Por el contrario, el desarrollo de las leyes del *Reich* estaba reservado básicamente a los *Länder*. Con todo, estos últimos, a pesar de esas extensas facultades legislativas del Estado central, ostentaban una favorable posición de partida al poder colaborar ampliamente en las decisiones del *Reich* por medio del Consejo Federal (*Bundesrat*), órgano constitucional superior integrado por representantes de los *Länder* (art. 6), que, sin embargo, con el paso del tiempo fue significativamente debilitada a través de las modificaciones constitucionales y de la praxis política³²⁸.

³²⁷ FROTSCHER, W. / PIEROTH, B.: *Verfassungsgeschichte*, Verlag C. H. Beck, München, 2.ª ed. revisada y ampliada, 2002, pp. 212 ss. Vid. GÓMEZ ORFANEL, Germán / ARROYO GIL, Antonio: “El reparto territorial...”, pp. 220 ss.

³²⁸ STEHR, M.: *Gesetzgebungskompetenzen...*, pp. 19 ss.

Así pues, de esta sucinta exposición del orden competencial en la Constitución imperial de 1871 puede deducirse que, pese a la ausencia en la misma de un precepto equivalente al art. 70.1 GG, los *Länder* disponían de la facultad de legislar sobre todas aquellas materias que no habían sido expresamente atribuidas por la Constitución a la Federación, con lo que, en último término, y salvando las diferencias, no es posible apreciar una disparidad sustancial entre las técnicas de reparto competencial en los dos órdenes constitucionales.

Lo mismo cabría decir en relación con la Constitución de Weimar de 1919. También aquí el *Reich* tiene atribuidas expresamente facultades legislativas exclusivas y concurrentes en los catálogos de los arts. 6 y 7, respectivamente, a los que hay que añadir otros preceptos constitucionales que reconocen igualmente competencias a favor del *Reich* en el campo de la legislación. Así, el art. 9, relativo al régimen de previsión social y a la seguridad y al orden públicos, que establece igualmente una facultad legislativa concurrente, o el catálogo del art. 10 en relación con la llamada legislación marco, que se amplía en el art. 11 a las bases sobre el derecho impositivo de *Land*. Una observación detenida de la Constitución de Weimar conduce a la conclusión, pues, de que el sobrepeso del *Reich* en el campo de la legislación es muy superior al que le correspondía de acuerdo con la Constitución de 1871. Ello se ve acentuado por el hecho de que los *Länder* disponen ahora comparativamente de menos posibilidades de colaboración en los asuntos del *Reich* (arts. 60 ss.)³²⁹. Finalmente, también aquí, aun no existiendo una norma expresa como el art. 70.1 GG, cabe entender que todas aquellas materias que no caigan bajo la facultad legislativa del *Reich* quedan sometidas a la regulación legal de los *Länder*.

A tenor de estos datos, solo cabe concluir ya afirmando que, aunque en efecto, el art. 70.1 GG supone una novedad en la historia del constitucionalismo germano, el

³²⁹ FROTSCHER, W. / PIEROTH, B.: *Verfassungsgeschichte...*, pp. 266 ss.; STEHR, M.: *Gesetzgebungskompetenzen...*, pp. 22 ss.; GÓMEZ ORFANEL, Germán / ARROYO GIL, Antonio: "El reparto territorial...", pp. 226 ss.

modo de distribución de facultades legislativas que instaura no es, sin embargo, tan innovador. No es otro que el que ya cabía derivar incipientemente de la Constitución de la *Paulskirche* de 1849 y que encontró su continuación y perfeccionamiento en las Constituciones imperiales de 1871 y 1919. En definitiva, no es más que uno de los tres posibles e imaginables (con sus pequeñas variaciones) en un Estado políticamente descentralizado: enumeración expresa de las competencias federales y cláusula general residual a favor de los Estados miembros, enumeración expresa de las competencias de los Estados miembros y cláusula general residual a favor de la Federación o enumeración expresa tanto de las competencias federales como de las de los Estados miembros.

G.2.b) bb) Relación del art. 30 GG con el art. 70.1 GG

El art. 70.1 GG constituye, como ya se ha adelantado con anterioridad, una concreción en el terreno de la legislación de lo que con carácter general dispone el art. 30 GG para todas las facultades estatales (legislativas, administrativas y judiciales). De este modo, lo que ya era válido con carácter general, la competencia de los *Länder* para el “ejercicio de las facultades estatales y el cumplimiento de las tareas públicas”, encuentra ahora su concreción en el campo de la legislación en el art. 70.1 GG. Este paralelismo entre ambas disposiciones ha llevado a una parte de la doctrina, desde una posición muy crítica con el Constituyente, a considerar que el art. 70.1 GG, en realidad, es una determinación superflua, dado que solo aclara lo que ya de todos modos se deriva del art. 30 GG, que en tanto la Ley Fundamental no disponga lo contrario, los *Länder* son los únicos facultados para regular legislativamente la materia de que en cada caso se trate³³⁰. Sin embargo, no es esta la opinión que ha obtenido mayor predicamento en el seno del Tribunal Constitucional Federal, sino más bien todo lo contrario, pues para este último el art.

³³⁰ Valga por todos BOTHE, M.: “Artikel 30 GG...”, p. 422.

70.1 GG constituye, nada más y nada menos, que la “regla fundamental de nuestra Constitución federal”³³¹.

Sin perjuicio de proceder a continuación a realizar un análisis autónomo del contenido de este precepto constitucional, sí conviene adelantar ahora que la mayor parte de lo dicho en relación con el art. 30 GG en el apartado 1 del presente epígrafe es igualmente predicable del art. 70.1 GG, salvando el hecho mencionado de que mientras aquél tiene un alcance general éste, por el contrario, se circunscribe al concreto ámbito de la legislación. En efecto, tanto en el art. 30 GG como en el art. 70.1 GG el Constituyente configura una competencia general de carácter residual a favor de los *Länder*, lo que, en otras palabras, significa que la Federación dispone únicamente de competencias, en general, o de facultades legislativas, en particular, tasadas, en concreto aquéllas que tenga expresamente reconocidas en el texto constitucional (si prescindimos ahora de la problemática de las competencias no escritas, a las que se hará mención más tarde). Ello, sin embargo, no debe camuflar el hecho indudable de que en este terreno de la legislación es el poder central el que ostenta la mayor parte de las competencias, dadas las numerosísimas atribuciones que a este respecto dispone la Constitución federal³³², sin que ello tenga por qué constituir, como se ha pretendido, una muestra evidente de la supraordenación de la Federación sobre los *Länder*³³³.

³³¹ *BVerfGE 16, 64 (79)*. Vid. también, en esta misma línea, KUNIG, P.: “Artikel 70 GG...”, p. 5; DEGENHART, Ch.: “Artikel 70 GG (*Gesetzgebung des Bundes und der Länder*)”, en Sachs, M. (Ed.), *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2.^a ed., 1999, p. 1370; ROZEK, J.: “Artikel 70 GG”..., p. 2182.

³³² Valga por todos, ROZEK, J.: “Artikel 70 GG”..., p. 2177, quien, a este respecto, reconoce que a pesar de lo que pudiera derivarse del tenor literal del art. 70.1 GG, “el **centro de gravedad de la legislación**, ya desde el momento mismo de aprobación de la Ley Fundamental, de acuerdo con el número y el peso de los ámbitos materiales atribuidos, recae en la Federación, no en los *Länder*”, a lo que se ha de añadir la progresiva superación de este orden competencial constitucional por medio de la integración europea. A tal efecto, concluye *Rozek* que la competencia de los *Länder* en este ámbito únicamente se puede concebir como una “competencia residual” (“*Restkompetenz*”).

³³³ Como señala ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, pp. 246 ss., en el orden competencial de la Ley Fundamental relativo a la legislación no se puede encontrar ni una sola disposición que hable a favor o en contra de una relación de jerarquía entre la Federación y los *Länder*.

Asimismo, al igual que el art. 30 GG, el art. 70.1 GG tan solo establece un reparto formal de las facultades legislativas entre la Federación y los *Länder*, habiéndose de derivar de los correspondientes catálogos competenciales (así como de las demás normas constitucionales que establecen el derecho a legislar de la Federación), el número y alcance concreto de las facultades legislativas federales (y, *a sensu contrario*, de las de los *Länder*). Ambos preceptos impiden, cada uno dentro de su respectivo ámbito de aplicación, la existencia o aparición de campos materiales libres de regulación, con lo que quedan desterradas, de esta manera, las lagunas jurídicas del ordenamiento constitucional alemán. El reparto del poder público y, en concreto, el de las facultades legislativas es, por consiguiente, de acuerdo con estos preceptos, completo. Separación y completud competencial son las dos notas características del orden constitucional federativo en la República Federal de Alemania. Ello significa, entre otras cosas, que el legislador federal o, en su caso, el de los *Länder* no pueden evadir su responsabilidad de regulación apelando a la inexistencia de título competencial que les ampare, lo que, en último término, constituye una garantía de actuación del poder público para los ciudadanos.

Por otra parte, como sucedía con el art. 30 GG, en el terreno del art. 70.1 GG se plantea también la cuestión de si el mismo constituye una norma de reparto competencial, la expresión de una relación regla-excepción, una presunción de competencias o una cláusula residual a favor de los *Länder*. Y al igual que ocurría en aquel lugar también aquí es posible encontrar opiniones para todos los gustos.

Así, el Tribunal Constitucional Federal, en línea con su jurisprudencia sobre el art. 30 GG, entiende, al igual que la doctrina dominante, que el art. 70.1 GG contiene una presunción a favor de la competencia de los *Länder*, presunción que solo desaparecerá cuando sea posible probar la existencia de una facultad legislativa de la Federación constitucionalmente atribuida³³⁴. En sentido similar, Maunz recuerda

³³⁴ BVerfGE 10, 89 (101); 12, 205 (228); 26, 281 (297); 42, 20 (28). Vid. en este mismo sentido IPSEN, J.: *Staatsrecht I...*, 11.ª ed., 1999, p. 135; HILL, H.: "Verteilung...", p. L9; MÜLLER, M. D.: *Auswirkungen...*, p. 15; ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, pp. 86 ss.

que esta presunción competencial favorable a los Estados miembros viene acompañada de un mandato de interpretación que favorece igualmente a estos últimos en caso de duda sobre la titularidad de la competencia y de una regulación de la carga probatoria que ha de soportar la Federación, al ser ella la que en cada caso haya de demostrar la existencia de un título competencial en la Constitución federal que la habilite para establecer legislativamente la regulación de la materia en cuestión³³⁵.

Desde una propuesta de interpretación sistemática muy crítica con esta visión, Kenntner sostiene que la idea de presunción no se conjuga con la técnica regulativa del reparto competencial previsto en la cláusula general del art. 70.1 GG para el campo de la legislación. De acuerdo con este precepto los ámbitos competenciales quedan distribuidos de acuerdo con criterios fácticos, de modo que la enumeración de las competencias federales, por un lado, y la competencia general subsidiaria de los *Länder*, por el otro, tiene como consecuencia una asignación completa de las tareas públicas, carente de lagunas, lo que hace ya de por sí innecesaria la aceptación de una presunción competencial. En la medida en que a la Federación no le esté atribuida ninguna facultad legislativa, corresponde a los *Länder* el derecho a legislar, sin que se precise a tal efecto la ayuda de ninguna presunción. Que fuera del ámbito competencial de la Federación están facultados los *Länder* para legislar no es una presunción, sino que se trata de algo determinado “de manera clara e irrefutable” en la propia Ley Fundamental. Como reconoce Kenntner, en la línea de lo ya apuntado por Maunz, esta forma de distribución competencial se corresponde, más que con una presunción, con un reparto de la carga de la prueba. La competencia subsidiaria libera a los *Länder* de la carga probatoria. Por el contrario, ésta recae únicamente sobre la Federación, tal y como se deriva de la presencia en

³³⁵ MAUNZ, T.: “Artikel 70 GG (*Gesetzgebung des Bundes und der Länder*)”, en Maunz / Dürig / Herzog / Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, tomo IV, C. H. Beck, Lfg. 20, 1982, p. 14.

el texto constitucional del principio enumerativo en la determinación de sus competencias³³⁶.

Tampoco Merten considera correcto inferir del art. 70.1 GG una presunción competencial a favor de los *Länder*, pues “[l]as presunciones se refieren siempre a hechos o están conectadas con ellos. También en el caso de las llamadas presunciones jurídicas la base de la presunción es un determinado hecho (...). Las competencias legislativas, sin embargo, no parten de hechos. Para ellas no se pueden presentar ni pruebas a favor ni en contra. No precisan tampoco de ninguna presunción porque es posible la certeza. La "presunción" es, por eso, más bien un indicio que facilita la interpretación y la fundamentación [de las concretas normas competenciales]. Porque no se aplica solo [la regla] *iura novit curia*, sino también *constitutionem novit curia*". Como consecuencia de todo ello, Merten es partidario de considerar ese reparto formal de facultades legislativas del art. 70.1 GG no una presunción competencial, sino expresión de una relación regla-excepción³³⁷. Postura que, por cierto, también sería posible derivar de la propia jurisprudencia constitucional, pues cuando el Tribunal Constitucional Federal se refiere a la existencia de un “fundamento” (“*Grundsatz*”) o “principio” (“*Prinzip*”) a favor de la competencia de los *Länder*, no parece sino querer indicar con ello que las facultades

³³⁶ KENNTNER, M.: *Justitiabler Föderalismus...*, pp. 21 ss., recuerda que esta disputa reproduce, en realidad, una que ya se dio en 1948 en la Comisión del Consejo Parlamentario para la distribución competencial. Allí fue considerado el art. 32.2 del Proyecto del Lago Herrenchiem (que se correspondía en cuanto al contenido con el art. 70.1 GG), en primer término, como una presunción competencial. Ya entonces Laforet manifestó al respecto que la regulación de ese precepto es “no solo eso que se llama una presunción, sino un pronunciamiento claro de que todos los campos materiales que no estén atribuidos al *Reich* corresponden, de acuerdo con la Constitución, a los *Länder*”. Vid. FÜBLEIN, R. W. / MATZ, W.: “Zur Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes”, AöR, 1949, p. 348; también, la documentación recogida en *Der Parlamentarische Rat 1948-1949* (Akte und Protokolle), tomo III, p. 19.

³³⁷ MERTEN, D.: “Landesgesetzgebungspflichten...”, pp. 445 ss. Desde una posición muy cercana, ERBGUTH, W.: “Bundesstaatliche Kompetenzverteilung...”, p. 319, mantiene que las "presunciones" se refieren a hechos o se vinculan a ellos; dado que las facultades legislativas no parten de hechos no precisan de ninguna presunción; se trata más bien de la determinación del contenido jurídico-constitucional en forma de una relación regla-excepción. Vid. también PIEROTH, B.: “Artikel 70 GG (*Gesetzgebungskompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)”, en Jarass, H. D. / Pieroth, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Kommentar), C. H. Beck, München, 4.^a ed., 1994, p. 699; ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, pp. 190 ss.; HENDLER, R.: “Unitarisierungstendenzen...”, p. 211; ROZEK, J.: “Artikel 70 GG”..., p. 2176; SCHNEIDER, T.: *Die Rahmengesetzgebungskompetenz...*, pp. 24 ss.; OSSENBUHL, F.: “Pluralismo territorial...”, p. 42.

legislativas de la Federación, de acuerdo con la norma general de reparto competencial en el ámbito de la legislación, el art. 70.1 GG, tienen un carácter excepcional³³⁸.

Desde una posición un tanto más matizada, aunque discutible en su argumentación, Münch entiende que esa presunción a favor de la facultad legislativa de los *Länder* que defiende el Tribunal Constitucional Federal apenas tiene significado práctico y, en concreto, por dos motivos fundamentales: por un lado, porque esta presunción solo puede intervenir cuando la cuestión del reparto competencial no esté claramente decidida por la Constitución federal (lo que, según este autor, solo en pocos casos sucederá; a mi parecer, en ninguno, pues como ya se ha dejado dicho, la Ley Fundamental establece un reparto completo de las competencias entre la Federación y los *Länder*³³⁹; otra cosa es que, en ocasiones, sea difícil para el intérprete de la Constitución determinar a qué nivel estatal le está atribuida la competencia en cuestión); por el otro, porque en la jurisprudencia de los Tribunales y en la literatura científico-jurídica existe amplio (pero no unánime) consenso acerca de la posibilidad de aceptar que la Federación también puede estar facultada para legislar en determinados casos, aun cuando en la Ley Fundamental no exista una atribución competencial expresa o escrita (competencias federales no escritas, que, según veremos, están en íntima conexión con el problema de la interpretación de los títulos constitucionales atributivos de competencias)³⁴⁰.

Degenhart, por su parte, que no está en contra de la posibilidad de derivar una presunción de competencia a favor de los *Länder* del art. 30 GG, mantiene, sin embargo, que en el caso del art. 70.1 GG tal cosa no es posible, dado que este último precepto funda un orden competencial completo para el ámbito de la

³³⁸ Vid. *BVerfGE* 10, 89 (101); 12, 205 (228); 42, 20 (28).

³³⁹ Posición ésta que parece ser la del Tribunal Constitucional Federal cuando establece que la distribución y el contenido de las facultades legislativas son determinados “exclusivamente” por medio de las normas competenciales de la Ley Fundamental: *BVerfGE* 45, 297 (341); 68, 319 (327 ss.).

³⁴⁰ MÜNCH, I. von: “Zuständigkeiten im Bereich...”, p. 144.

legislación; en realidad, según este autor, en este precepto no hay margen alguno para una presunción semejante porque si falta el título competencial expreso a favor de la Federación por imperativo constitucional entra en juego la competencia de los *Länder*; y tampoco está a favor de considerar que esta disposición constitucional contenga necesariamente una relación regla-excepción porque de los arts. 70 ss. GG desde siempre se ha derivado una supremacía de la Federación en lo relativo a la función pública legislativa; de ahí que prefiera hablar de una competencia residual de los *Länder*³⁴¹.

Frente a tanta disparidad de opiniones, solo cabe repetir aquí lo que ya se dijo en relación con el art. 30 GG. No parece que entre las distintas calificaciones dadas a la regla del art. 70.1 GG exista una incompatibilidad de principio. Más bien, todas ellas parecen apuntar hacia una realidad común, que es la que, por encima de tal diversidad conceptual, verdaderamente merece ser conocida. Con el art. 70.1 GG (y concordantes) el Constituyente ha optado por seguir el procedimiento de la enumeración de las materias a legislar que caen bajo la competencia de la Federación, quedando los ámbitos materiales no incluidos en aquella bajo la competencia de los *Länder*; con ello se evita tener que establecer, junto al catálogo federal de competencias, otro catálogo con las competencias de los *Länder* que, por otra parte, tampoco podría ser exhaustivo, dado que la complejidad y variedad de los aspectos vitales (sociales, económicos, políticos, medioambientales, etc.) se escapa de descripciones completas y acabadas³⁴². En consecuencia, por regla general, las facultades legislativas federales solo pueden fundarse sobre la base de una atribución constitucional expresa (dejando aquí de lado la problemática de las competencias no escritas que veremos más adelante), de modo que en caso de duda sobre la existencia de la competencia federal no existe ninguna presunción a favor de la misma, sino más bien todo lo contrario, si es que se acepta, lo que no está del todo claro, como se señalará posteriormente, que la sistemática de la Ley

³⁴¹ DEGENHART, Ch.: "Artikel 70 GG...", pp. 1369 ss. Opinión que también comparte parcialmente PIEROTH, B.: "Artikel 70 GG...", p. 699.

³⁴² PESTALOZZA, Ch. von: "Artikel 70 GG"..., p. 45.

Fundamental demanda una interpretación estricta de los arts. 70 ss. GG, tal y como el Tribunal Constitucional Federal y parte de la doctrina científica han tenido a bien apreciar³⁴³. Así pues, esta técnica de la enumeración pormenorizada de las facultades legislativas federales que utilizan los arts. 70 ss., así como otros preceptos de la Constitución federal (en parte como atribuciones constitucionales expresas -arts. 104 ss. GG-, en parte como reserva de ley federal, de manera típica a través de la fórmula: “Se establecerán por medio de ley federal las normas de desarrollo” -arts.4.3, 21.3, 23.3, 41.3, 45b GG, etc.) da lugar a una distribución competencial en el campo de la legislación relativamente clara y evita la existencia de márgenes de interpretación excesivamente amplios³⁴⁴.

De esta forma, al igual que sucedía en el caso del art. 30 GG, la cuestión central de la determinación del legislador competente para la regulación de una concreta materia depende no tanto de la declaración formal del art. 70.1 GG como del resto de preceptos constitucionales que atribuyen concretas facultades legislativas a la Federación. De acuerdo con ese artículo, en realidad, lo único que sabemos es que cuando una materia determinada no esté atribuida a la Federación por la Constitución federal, corresponde a los *Länder* su regulación por medio de ley, sin que este fundamental interrogante, el de cuándo existe una atribución constitucional de una facultad legislativa a la Federación, encuentre respuesta satisfactoria con ninguna de las caracterizaciones empleadas para definir el contenido del art. 70.1 GG. En definitiva, importa poco que a este precepto se le considere una norma de reparto formal de las facultades legislativas, una presunción competencial, expresión de una relación regla-excepción o una cláusula general residual a favor de los *Länder*, porque, más allá de esas calificaciones, a lo que habrá que acudir en cada caso concreto es al conjunto de las normas constitucionales sobre reparto de facultades legislativas, ya que solo éstas nos permitirán saber si la Federación se

³⁴³ BVerfGE 12, 205 (228); 15, 1 (17); 26, 281 (297 ss.); 42, 20 (28); 61, 149 (174); 98, 265 (306 ss.). Entre los autores, véase ERBGUTH, W.: “Bundesstaatliche Kompetenzverteilung...”, pp. 318 ss.; ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 86.

³⁴⁴ VOGEL, J. J.: “El régimen federal...”, p. 638.

encuentra o no habilitada para establecer una regulación legal sobre el ámbito material de que en cada caso se trate. De no ser posible encontrar tal conexión, entonces corresponderá a los *Länder* la normación del mismo, según cabe derivarlo, esta vez sí, del art. 70.1 GG y, con anterioridad, del propio art. 30 GG.

En conclusión, a la vista de todos estos datos resulta preciso cuestionarse de nuevo en este lugar si, tal y como fue denunciado por parte de la doctrina, este art. 70.1 GG, en realidad, no es una norma constitucional "superflua" en tanto que nada añade a lo ya establecido en el art. 30 GG, de modo que si se prescindiese de él el reparto constitucional de las facultades legislativas entre la Federación y los *Länder* en nada se vería modificado. En el fondo de esta crítica subyace la idea de que el art. 70.1 GG, en realidad, no es *lex specialis* en relación con el art. 30 GG³⁴⁵, sino únicamente una reproducción del mismo, casi idéntica en cuanto al contenido, aunque más circunscrita por su alcance, al referirse solo a las facultades legislativas.

Pues bien, aunque, en efecto, el art. 70.1 GG se pueda considerar una concreción fiel al contenido del art. 30 GG, no se ha de olvidar que, tal y como vimos con anterioridad, ambos preceptos presentan en su tenor literal alguna diferencia que puede tener sus consecuencias. Así, mientras este último emplea los términos "establecer" ("*treffen*") y "permitir" o "admitir" ("*zulassen*"), el primero únicamente hace uso de la expresión "conferir" ("*verleihen*"). Tal y como se dijo más arriba, esta disparidad, puesta en relación con las facultades administrativas a que se refiere el art. 83 GG, que utiliza no solo el concepto "determinar" ("*bestimmen*"), sino también "permitir" ("*zulassen*"), puede significar que mientras el reparto de las facultades legislativas solo es posible derivarlo inmediatamente de la Ley Fundamental, en el supuesto de las administrativas es perfectamente imaginable e, incluso, así está previsto (art. 84.5 GG, por ejemplo), que una competencia sea creada directamente por medio de una ley federal.

³⁴⁵ Para ROZEK, J.: "Artikel 70 GG"..., p. 2179, no hay duda de que el art. 70 GG en el campo de la legislación es *lex specialis* en relación con el art. 30 GG, de igual modo que lo es el art. 83 GG en el terreno de la administración.

Para otros autores, por el contrario, esa divergencia terminológica entre los arts. 30 y 70.1 GG, se ha de conectar con la cuestión de las competencias federales no escritas, lo que no deja de resultar problemático, pues una interpretación sistemática de los arts. 30, 70.1 y 83 GG llevaría a la conclusión de que aquéllas solamente son posibles en el campo de las facultades administrativas, pero no en el de las legislativas, en tanto que el art. 70.1 GG, a diferencia del art. 83 GG, no emplea el término “admitir”, punto de conexión, según los autores que defienden esta interpretación, con las tales competencias federales no escritas.

Sea como fuere, lo cierto es que a la luz de lo dicho no parece que el art. 70.1 GG sea tan superfluo y prescindible como algún autor ha denunciado. Ahora bien, de ahí a considerarlo la regla básica de la Constitución federal, como ha hecho el Tribunal Constitucional Federal, va un buen trecho. Y es que, se insiste, el contenido de este precepto se corresponde en su esencia, al margen de los matices apuntados, con lo ya establecido en el art. 30 GG, que, en esa medida, sí merece ser considerado el precepto básico o fundamental del orden federativo en la República Federal de Alemania, al disponer un principio de distribución competencial de carácter formal y alcance general, en virtud del cual queda constitucionalmente decidido que todas aquellas facultades (legislativas, administrativa o judiciales) que no hayan sido atribuidas por la Ley Fundamental a la Federación caen bajo el ámbito de responsabilidad de los *Länder*.

G.2.c) Análisis de la terminología del art. 70.1 GG

G.2.c) aa) “Los Länder...” (“Die Länder...”)

Bajo este concepto se ha de entender que el art. 70.1 GG se refiere a los Estados miembros que en cada momento histórico integren con sus respectivos límites

territoriales la República Federal de Alemania³⁴⁶. Tras la reunificación alemana (formalizada en el conocido como “Tratado dos más cuatro”, de 12 de septiembre de 1990) son dieciséis y vienen enumerados alfabéticamente en el Preámbulo de la Ley Fundamental: Baden-Württemberg, Baviera, Berlín, Brandemburgo, Bremen, Hamburgo, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheiland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein y Thüringen.

No obstante, está constitucionalmente prevista en el art. 29 GG la posibilidad de que este número de *Länder* se pueda ver alterado (ampliado o reducido) por medio de una reordenación del territorio federal (*Neugliederung des Bundesgebietes*); si algo así sucediera, los nuevos *Länder* que surjan como consecuencia de este proceso serán los que habrán de tenerse en consideración a efectos del art. 70.1 GG.

Una cuestión que queda abierta en el art. 70.1 GG es la que afecta a la determinación de qué órgano(s) de los *Länder* es (son) el (los) encargado(s) de aprobar la legislación correspondiente. El silencio de este precepto está plenamente justificado, pues este interrogante habrá de encontrar respuesta en el orden constitucional de cada uno de los *Länder* y, en concreto, en el reparto competencial orgánico que el mismo establezca. Al margen de la aceptación en numerosos *Länder* de la iniciativa legislativa popular (*Volksbegehren*) y del plebiscito o referéndum (*Volksentscheid*) para la aprobación de determinadas leyes, por regla general, ese órgano legislador no será otro que el Parlamento, que en todos los *Länder*, a excepción de Berlín, Bremen y Hamburgo³⁴⁷, recibe el nombre de Dieta de *Land* (*Landtag*)³⁴⁸.

³⁴⁶ ROZEK, J.: “Artikel 70 GG”..., pp. 2186 ss.

³⁴⁷ En Berlín se denomina *Abgeordnetenhaus* (Cámara de los Diputados) (arts. 38 ss. y 59 ss. de su Constitución) y en Bremen y Hamburgo *Bürgerschaft* (Dieta de *Land* y Parlamento de *Land*, respectivamente) (arts. 75 ss. y 122 ss. de la Constitución de la Ciudad libre hanseática Bremen y 6 ss. y 48 ss. de la Constitución de la Ciudad hanseática de Hamburgo).

³⁴⁸ Vid. los siguientes artículos de las respectivas Constituciones de cada *Land*: Baden-Württemberg (arts. 27 ss. y 58 ss.), Bayern (arts. 13 ss. y 70 ss.), Brandenburg (arts. 55 ss. y 75 ss.), Mecklenburg-Vorpommern (arts. 20 ss. y 55 ss.), Niedersachsen (arts. 7 ss. y 41 ss.), Nordrhein-Westfalen (arts. 30

G.2.c) bb) “...*tienen derecho a legislar...*” (“...haben das Recht der Gesetzgebung,...”)

Aunque la Ley Fundamental no emplea un concepto unitario de ley, en el art. 70.1 GG, de acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal, por “legislación” se ha de entender leyes en sentido formal, es decir, no solo, aunque sí principalmente, las leyes parlamentarias (disposiciones jurídico-públicas dictadas por el órgano competente del *Land*, de acuerdo con el procedimiento previsto a tal efecto)³⁴⁹, sino también aquellas normas jurídicas que sean dictadas con motivo de la legislación popular, cuando y en la medida en que el derecho (constitucional) de *Land* así lo prevea³⁵⁰. Entre tales leyes formales se han de incluir también las propias Constituciones de *Land*, así como las leyes de reforma constitucional, en tanto que también son formalmente normas de rango legal³⁵¹; lo mismo cabe decir en relación con las leyes de caso único y con las leyes de aprobación de convenios o tratados entre los *Länder*.

No quedan, por tanto, comprendidos en este concepto de leyes formales los reglamentos, las disposiciones administrativas y los estatutos (*Satzungen*), en tanto que normas todas ellas de carácter infralegal, así como tampoco las declaraciones generales vinculantes de los convenios colectivos³⁵², el derecho consuetudinario (que se agrega al ámbito competencial correspondiente de la Federación o de los *Länder*, actualizándose mediante su ejercicio)³⁵³, los principios generales del derecho administrativo (que son, en parte, derecho consuetudinario y, en parte,

ss. y 65 ss.), Rheinland-Pfalz (arts. 79 ss. y 107 ss.), Saarland (arts. 65 ss. y 100 ss.), Sachsen (arts. 39 ss. y 70 ss.), Sachsen-Anhalt (arts. 41 ss. y 77 ss.), Schleswig-Holstein (arts. 10 ss. y 37 ss.) y Thüringen (arts. 48 ss. y 81 ss.).

³⁴⁹ BVerfGE 55, 7 (21).

³⁵⁰ ROZEK, J.: “Artikel 70 GG” ..., pp. 2190 ss.

³⁵¹ BVerfGE 36, 342 (360 ss.).

³⁵² BVerfGE 55, 7 (21).

³⁵³ BVerfGE 61, 149 (203).

derivados de principios jurídico-constitucionales), y el derecho judicial (que, aunque con motivo de su función básica de concreción y complementación de las leyes³⁵⁴ tenga un efecto similar al de éstas, sin embargo, no es igual, tratándose además, por su origen, de una obra no proveniente del legislador, sino de la judicatura)³⁵⁵.

Con la expresión “derecho a legislar” el Constituyente quiso reconocer la existencia de una facultad a favor de los *Länder*, que éstos pueden o no ejercer. Se trata, por tanto, de una autorización o habilitación constitucional, que, en consecuencia, no trae consigo ningún deber jurídico de actuar. Los *Länder* disponen de plena discrecionalidad, de acuerdo con el art. 70.1 GG, para decidir si aprueban o no, en qué momento y con qué contenido, una norma de rango legal en el campo de sus propias competencias. Otra cosa es que de otros preceptos (competenciales o no) de la Ley Fundamental, de sus respectivas Constituciones o, en su caso, de las circunstancias económicas, sociales, medio-ambientales, etc., quepa derivar un tal deber de actuación. Así sucede, por ejemplo, en el campo de la (extinta) legislación marco, en donde cumplidas las condiciones del art. 75.3 GG los *Länder* pueden estar obligados a dictar leyes de desarrollo de las leyes marco federales; o en el terreno de sus competencias exclusivas, en donde los *Länder* están también obligados a dictar aquellas leyes que sean necesarias para la transposición de las directrices de la Unión Europea.

En definitiva, exceptuando estos supuestos, cada *Land* dispone en este ámbito de una facultad legislativa autónoma de la que puede hacer uso, en principio, con independencia de las decisiones que adopten a este respecto el resto de los *Bundesländer*, respetando siempre, eso sí, las concretas obligaciones que quepa derivar del principio de comportamiento federal amistoso³⁵⁶. Así pues, solo cabe ratificar aquí lo que ya se apuntó más arriba, que las normas competenciales son -en

³⁵⁴ BVerfGE 34, 269 (288).

³⁵⁵ ROZEK, J.: “Artikel 70 GG”..., pp. 2193 ss.

³⁵⁶ ROZEK, J.: “Artikel 70 GG”..., pp. 2187

la terminología de Isensee- “normas de naturaleza hipotética”³⁵⁷, en tanto que no dan lugar a ningún deber de actuación.

G.2.c) cc) “...en la medida en que esta Ley Fundamental no confiera facultades legislativas a la Federación.” (“...soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.”)

Las facultades legislativas de la Federación, aunque el art. 70.1 GG no lo establezca explícitamente, solo pueden fundarse sobre la base de una atribución constitucional expresa. Es opinión generalmente aceptada, también por el Tribunal Constitucional Federal, que con el término “confiera” (“*verleiht*”) del art. 70.1 GG el Constituyente quiso significar “expresamente confiera”³⁵⁸. De esta manera, solo cuando la Federación tenga reconocida una facultad legislativa expresamente en alguno de los preceptos de la Ley Fundamental les estará vedado a los *Länder* la regulación de la materia en cuestión. Esto entronca directamente con la problemática de las llamadas competencias federales no escritas que veremos más adelante. Por el momento, baste con señalar que el eventual reconocimiento de tales competencias, también conocidas como implícitas, no contradice el hecho de que deba existir una atribución expresa de la facultad legislativa a favor de la Federación; en todo caso, lo que habrá de haber es un punto de apoyo o una conexión jurídico-constitucional entre aquélla, la competencia federal no escrita, y ésta, la facultad legislativa expresamente atribuida a la Federación.

Las mencionadas atribuciones competenciales vienen recogidas no solo en el Capítulo VII de la Ley Fundamental (arts. 70-82), sino también en otros muchos preceptos dispersos a lo largo de toda ella, de manera destacada, en el ámbito del

³⁵⁷ ISENSEE, J.: “Der Bundesstaat...”, pp. 739 ss.

³⁵⁸ *BVerfGE* 3, 407 (411); 12, 205 (228); 15, 1 (17); 26, 281 (297 ss.); 42, 20 (28); 68, 319 (328). Entre la doctrina, valga por todos PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 70 GG”..., p. 43; ROZEK, J.: “Artikel 70 GG”..., pp. 2196 ss.

régimen financiero en los arts. 104 ss. GG. En ocasiones, sin embargo, no es sencillo adivinar si una determinada competencia se encuentra atribuida a la Federación, a los *Länder* o a ambos conjuntamente. Cuando en el texto de la Ley Fundamental aparece la expresión “ley federal” no hay duda de que se trata de una facultad de la Federación. Lo mismo cabe decir cuando sin emplearse esos términos la competencia de la Federación se encuentra establecida de modo claro por medio de otra expresión como, por ejemplo, cuando en el art. 24.1 GG se dispone que “[l]a Federación puede *a través de ley* transferir derechos soberanos a organizaciones internacionales”. Mucho menos evidentes son, sin embargo, las apelaciones a la ley (sin especificar de qué tipo) cuando de la regulación de un derecho fundamental se trata (por ejemplo, en los arts. 8.2 o 12.1 GG)³⁵⁹. No obstante, como principio cabe sostener que las reservas legales para la regulación de los derechos fundamentales que no se dirijan expresamente al legislador federal no pueden ser consideradas títulos competenciales a favor de éste, así como tampoco aquéllas conectadas a una determinación estatal de carácter finalista (*Staatszielbestimmungen*)³⁶⁰.

Lo anterior nos pone sobre la pista de uno de los aspectos más controvertidos en todo Estado federal en lo relativo al reparto de competencias, en concreto, el que responde a la cuestión de a quién le está atribuida la titularidad de la facultad legislativa, si a la Federación o Estado global, a los *Länder* o Estados miembros o a ambos conjuntamente. En efecto, como hemos visto, la República Federal de Alemania no constituye una excepción a este respecto. Tanto es así, que un autor tan destacado como Klaus Stern ha llegado a sostener que la determinación de quién puede legislar en el Estado federal alemán ha dejado muy atrás a la problemática del tipo de normas y del alcance e intensidad con que se puede normar³⁶¹.

³⁵⁹ MAUNZ, T.: “Artikel 70 GG...”, pp. 7 ss.

³⁶⁰ ROZEK, J.: “Artikel 70 GG”..., p. 2197.

³⁶¹ STERN, K.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo II (*Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung*), C. H. Beck, München, 1980, pp. 589 ss.

Aunque desde una perspectiva meramente teórica, no parece ser ésta una cuestión difícilmente soluble, en tanto que, al menos en la República Federal de Alemania, solo la Ley Fundamental de Bonn ofrece respuesta al interrogante de la delimitación y contenido de las competencias federales (y, negativamente, de las de los *Länder*), tal y como el propio Tribunal Constitucional Federal ha tenido oportunidad de reconocer en diversas ocasiones³⁶², lo cierto es que en la praxis es todo mucho más complejo, requiriéndose de una cuidadosa labor de interpretación no solo de los títulos competenciales, en tanto que normas de carácter formal, sino también, y fundamentalmente, de cada una de las materias sobre los que aquéllos se predicán. Mejor dicho, la dificultad mayor se encuentra no tanto en decidir si la Federación o los *Länder* disponen de facultades legislativas sobre un concreto ámbito material, algo que viene decidido ya, como sabemos, en la Ley Fundamental (arts. 70 ss. GG, básicamente), sino más bien en determinar los perfiles de éste, dada la proximidad existente entre muchos de ellos.

La consideración de un concreto asunto como parte integrante de un ámbito material atribuido a la Federación o dejado en manos de los *Länder* acaba, por consiguiente, siendo decisiva a la hora de decidir si aquélla, éstos o ambos (cada uno en su respectivo alcance) ostentan título competencial adecuado para intervenir en la regulación de la materia en cuestión. A tal efecto, y ante la señalada dificultad, extrema en ocasiones, de distinguir nítidamente entre diversos campos materiales, dada la continuidad existente entre muchos de ellos, que no se dejan dividir fácilmente en compartimentos estancos, resultará de especial importancia la labor interpretativa que lleven a cabo, en primer término, los legisladores respectivos y, en caso de conflicto competencial, el Tribunal Constitucional Federal. Pues bien, en esa interpretación de los títulos competenciales y de los contornos de las correspondientes materias a regular habrá que tener en cuenta que, en correspondencia con lo que sucedía en el art. 30 GG, también del art. 70.1 GG cabe

³⁶² Valgan por todas las *BVerfGE* 45, 297 (341); 68, 319 (327).

derivar una pauta interpretativa favorable a los *Länder* en caso de duda sobre la titularidad de la facultad legislativa (*in dubio pro Länder*)³⁶³.

Una conclusión de este tenor cabría derivarla del propio modo en que este precepto distribuye las facultades legislativas entre la Federación y los *Länder*, estableciendo una competencia de carácter general a favor de éstos, así como del juego tácito del principio de subsidiariedad a este respecto, que vendría a inspirar el conjunto de las relaciones entre ambos niveles estatales, y en virtud del cual a la hora de decidir sobre la titularidad de la competencia discutida se ha de preferir, siempre que sea posible, a la entidad pública más cercana a los ciudadanos (los *Länder* en el supuesto que nos ocupa), toda vez que la misma se encuentre en condiciones de desarrollar adecuadamente la competencia en cuestión.

En conclusión, la calificación jurídico-competencial de una ley, es decir, la verificación de que una ley encuentra su legitimación en un determinado título competencial, federal o de los *Länder*, depende, en cualquier caso, de la respectiva materia a regular. Esto significa, entre otras cosas, que para controlar si una ley ha sido promulgada de acuerdo al orden constitucional atributivo de competencias es necesario no solo efectuar una interpretación de la norma competencial misma, sino también verificar que existe una correspondencia adecuada del título competencial en cuestión con la materia que ha de ser objeto de la legislación. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional Federal al afirmar que la competencia del legislador no depende de un punto de partida escogido, sino del objeto de la legislación³⁶⁴. A tal efecto, la calificación de las materias desde la perspectiva de su pertenencia competencial precisa, en la terminología de Rozek, de “una “visión de ida y vuelta”

³⁶³ De otra opinión: DEGENHART, Ch.: “Artikel 70 GG...”, p. 1370; ROZEK, J.: “Artikel 70 GG”..., p. 2184.

³⁶⁴ *BVerfGE* 58, 137; 68, 319 (328). Vid. también DEGENHART, Ch.: “Artikel 70 GG...”, pp. 1382 ss.; ERBGUTH, W.: “Bundesstaatliche Kompetenzverteilung...”, p. 319.

entre la ley y la Constitución”, si bien en la interpretación del título competencial la norma constitucional ha de ser lógicamente el punto central de referencia³⁶⁵.

Es posible que en algunos supuestos para la regulación completa de una materia sea preciso regular también partes de otros ámbitos materiales, dada la dificultad señalada de dividir el *continuum* de la realidad en compartimentos estancos. Frente a la posición en contrario que ha mantenido en este punto el Tribunal Constitucional Federal, que ha sentado como principio que una concreta regulación legal solo puede ser agregada sin excepción a un ámbito material de los previstos en los catálogos y demás normas constitucionales de reparto de facultades legislativas³⁶⁶, lo cierto es que de la propia Ley Fundamental no parece derivarse la necesidad de un mandato tal para el legislador, en virtud del cual éste deba proceder a "cortar a medida" sus leyes de forma que las mismas queden siempre agregadas a un único título competencial. Antes al contrario, la práctica interpretativa enseña que, en casos individuales, el objeto de una ley federal se compone de diversos ámbitos materiales, ocupando alguno(s) de ellos el protagonismo principal, mientras que los demás únicamente se regulan de manera accesorio³⁶⁷.

Bien visto, esta línea argumentativa no parece que se aparte demasiado de aquella jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional Federal en la que sostiene que la cuestión de si una regulación cae bajo una determinada norma competencial está en función de que la materia competencial sea objeto de regulación directa o indirecta³⁶⁸. Así, por ejemplo, cuando las tareas de la administración de policía y de orden se regulan directamente, son los *Länder* competentes³⁶⁹. Cuando, por el

³⁶⁵ ROZEK, J.: "Artikel 70 GG"..., p. 2208.

³⁶⁶ BVerfGE 67, 299 (320 ss.).

³⁶⁷ OETER, S.: "Artikel 72 GG", en Mangoldt / Klein / Starck: *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II (*Artikel 20 bis 78*), Verlag Franz Vahlen, München, 4.^a ed. completamente revisada, 2000, p. 2292.

³⁶⁸ BVerfGE 8, 104 (116 ss.); 8, 143 (148 ss.); 9, 185 (189); 13, 181 (196); 26, 281 (298); 28, 119 (149); 29, 402 (409); 34, 139 (144); 36, 193 (205).

³⁶⁹ BVerfGE 33, 206 (217)

contrario, tales tareas solo son reguladas indirectamente o de manera aneja, también la Federación puede ser competente³⁷⁰. Esto parece significar la aceptación implícita por parte del Tribunal de que hay determinados ámbitos materiales que pueden ser objeto de regulación parcial (no coincidente) tanto por la Federación como por los *Länder*, en función de sus respectivos títulos competenciales.

Por otra parte, tampoco se debe descartar la posibilidad de que la Federación pueda combinar entre sí las facultades legislativas que tiene constitucionalmente atribuidas para la regulación de diversos objetos materiales de un catálogo competencial, pues, como sostiene Rengeling, las competencias atribuidas a la Federación en virtud de los arts. 73 ss. GG se encuentran unas al lado de las otras de manera cumulativa, por lo que el fundamento competencial de cada ley federal puede encontrarse en varios títulos competenciales, sin necesidad de que se excluyan o restrinjan básicamente unos a otros, y sin que ello signifique, claro está, que aquélla quede liberada de su deber de observar sus respectivas limitaciones constitucionales en el ámbito de la legislación concurrente, marco³⁷¹ y básica, que veremos posteriormente³⁷².

Hasta ahora se ha venido admitiendo sin mayores cuestionamientos que de acuerdo con el art. 70.1 GG el mero reconocimiento constitucional de una facultad legislativa de la Federación excluye de inmediato la competencia que, en otro caso, tendrían reconocida los *Länder* a ese respecto. Pues bien, una afirmación de este calibre merece alguna matización, porque, así formulada, resulta imprecisa o inexacta, al menos, en determinados supuestos. En efecto, cuando la Federación ha transferido su facultad por la vía de los arts. 23 o 24 GG a instancias supra o internacionales serán a partir de ese momento las facultades que ostenten estas últimas las que

³⁷⁰ BVerfGE 8, 143 (148 ss.); 11, 6 (14); 13, 181 (196); 28, 119 (146 ss.); 32, 319 (326 ss.); 33, 52 (60 ss.).

³⁷¹ Derogada en la reforma constitucional de 2006.

³⁷² RENGELING, H.-W.: "Gesetzgebungszuständigkeit"..., pp. 738 y 743. Vid. también ROZEK, J.: "Artikel 70 GG"..., p. 2214.

excluyan a los *Länder* de la posibilidad de legislar en el ámbito material de que en cada caso se trate. Es posible, además, que los beneficiarios de esa transferencia sean los propios *Länder*, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 71 GG para el campo de las facultades legislativas exclusivas, con lo que a partir de ahora serán estos últimos los competentes para legislar.

Asimismo, en aquellos supuestos en que la Federación habilita a los Gobiernos de *Land* a dictar reglamentos, se ha de entender, de conformidad con el art. 80.4 GG, que también a partir de ahora se encuentran los *Länder* facultados para dictar una regulación por medio de ley, transformándose de este modo la exclusión inicial en una habilitación indirecta para legislar, y ello pese a las reservas formuladas en otro lugar en relación con este precepto, que, en realidad, viene a convertir a las Dietas de *Land* en meras ejecutoras de los mandatos ya previamente establecidos en las correspondientes habilitaciones federales.

Por otro lado, en el ámbito de la legislación concurrente, como veremos, mientras la Federación no ejerza la facultad legislativa que tiene constitucionalmente atribuida, los *Länder* podrán regular libremente por medio de ley las materias objeto de este tipo competencial como si se tratase de competencias propias; solo con la intervención de la Federación, que puede que nunca llegue a producirse, lo que no es habitual en la práctica, pero que no cabe excluir de raíz, desaparecerá, por tanto, la competencia de los *Länder*, y no con el mero reconocimiento constitucional de esa facultad legislativa federal.

Algo similar sucede en el caso de la (derogada) legislación marco y de la legislación básica federal. También aquí los *Länder* pueden legislar en tanto la Federación no lo haga e incluso después de que ésta haya establecido su correspondiente ley marco o básica a aquéllos les queda siempre la posibilidad (obligación, en ocasiones) de establecer su correspondiente legislación de desarrollo, de modo que tampoco aquí la mera existencia de una competencia federal en la Ley Fundamental significa

automáticamente una incompetencia de principio y absoluta de los *Länder* a ese respecto.

Por último, en virtud de la técnica de la “conexión material”, que se estudiará más adelante a propósito de las llamadas competencias federales no escritas, es posible también justificar la aparición de una competencia de los *Länder* para regular legislativamente (algún aspecto de) alguna materia atribuida a la facultad legislativa de la Federación en razón de su cercanía con el ámbito material propio de aquéllos, ya que de lo contrario la normativa sobre este último quedaría incompleta o sería incomprensible³⁷³.

En conclusión, se ha de tomar con las debidas precauciones la idea primera que parece sugerir una lectura rápida del art. 70.1 GG: que ya el mero reconocimiento en la Ley Fundamental de facultades legislativas a favor de la Federación conduce, en todo caso, a la incompetencia de los *Länder* a ese mismo respecto. Como hemos visto, hay supuestos en que esto no es exactamente así, en los que, por ejemplo, la incompetencia de los *Länder* proviene no ya de la facultad legislativa federal sino de la que corresponda a otras instancias a las que ésta haya sido transferida o en los que habrá que esperar a que esa facultad legislativa constitucionalmente reconocida sea efectivamente ejercida por la Federación para que desaparezca la competencia que en relación con ese mismo ámbito material y hasta ese momento pudieran ostentar los *Länder*.

Finalmente, y para concluir ya con este epígrafe dedicado al análisis del contenido del art. 70.1 GG, es necesario destacar que, al igual que sucedía con los *Länder*, tampoco la Federación, de acuerdo con este precepto, tiene obligación alguna de dictar leyes formales cuando tenga atribuida en la Constitución federal una facultad legislativa. Es posible, no obstante, que también aquí por motivos extracompetenciales, por ejemplo, por la presencia de mandatos legislativos o con

³⁷³ Vid. PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 70 GG”..., p. 43. Vid. también ROZEK, J.: “Artikel 70 GG”..., p. 2179.

motivo de la necesidad de regular determinados derechos fundamentales, aquélla pueda estar obligada a legislar en algún caso concreto; pero un eventual deber de este tipo, se insiste, no es posible derivarlo sin más del art. 70.1 GG³⁷⁴.

G.2.d) Criterios de interpretación de las normas competenciales en el ámbito de la legislación

Todo lo dicho ya en el epígrafe anterior en relación con la interpretación de las normas competenciales de carácter general es de aplicación ahora al concreto ámbito de la legislación. Tal y como se destacó allí, la interpretación de este tipo de normas sobre distribución y delimitación de competencias se rige básicamente por los criterios generales empleados en la hermenéutica de cualquier otra disposición de la Ley Fundamental³⁷⁵, si bien, como ya se destacó, el Tribunal Constitucional Federal suele otorgar, sobre todo a partir de su decisión de 16 de junio de 1954³⁷⁶, especial prevalencia en este terreno de la legislación al criterio histórico sobre el resto, con los inconvenientes y riesgos que ello conlleva en relación con una posible petrificación del ordenamiento, al impedirse en gran medida una interpretación dinámica de tales normas competenciales a la luz de la transformación de las necesidades funcionales³⁷⁷. No obstante estos paralelismos, conviene realizar ahora, con la vista puesta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, algunas precisiones o matizaciones en relación con la interpretación de las normas constitucionales de reparto de facultades legislativas (arts. 70 ss. GG).

El Tribunal Constitucional Federal ha destacado que en la interpretación de este tipo de normas se ha de atender fundamentalmente a cuál sea el objeto de la ley³⁷⁸,

³⁷⁴ ROZEK, J.: "Artikel 70 GG"..., p. 2197.

³⁷⁵ ROZEK, J.: "Artikel 70 GG"..., p. 2208.

³⁷⁶ BVerfGE 3, 407.

³⁷⁷ Vid. OETER, S.: *Integration...*, pp. 207 ss.

³⁷⁸ BVerfGE 4, 67 (69 ss.); 68, 319 (327 ss.); 77, 308 (329).

adquiriendo también aquí una especial significación la praxis estatal³⁷⁹ y, sobre todo, la interpretación histórica³⁸⁰, como se ha señalado con anterioridad. De hecho, el catálogo de facultades legislativas de la Constitución federal -observa el Tribunal- ha sido formulado en retrospectiva de acuerdo con la Constitución de Weimar, de ahí que, en la medida en que aquélla haya incluido materias competenciales ya establecidas en ésta, las mismas han de ser entendidas en un sentido parejo al que aquí tenían³⁸¹. También la historia de la formación del precepto competencial en cuestión³⁸² así como el desarrollo histórico de la materia competencial de que en cada caso se trate³⁸³ juegan un importante papel en su interpretación.

Esta remisión a los precedentes históricos del título competencial individual en la que tanto insiste el Tribunal, en la mayoría de los casos, favorece la posición de los *Länder*, dado que la Federación, bajo estas premisas, apenas puede reivindicar con éxito nuevas competencias³⁸⁴. No obstante, tampoco se han de exagerar los efectos de esta jurisprudencia, pues la misma fue habitualmente debilitada rompiendo los lazos de la argumentación histórica a través del recurso a ponderaciones teleológicas basadas, fundamentalmente, en la defensa del objetivo de aseguramiento de la 'unidad jurídica'³⁸⁵, algo que desde temprano fue visto por parte de la doctrina como un criterio que conllevaba el peligro de disolver la estructura del reparto constitucional de facultades legislativas, dado que en la mayoría de los supuestos podría ser apreciada una tal necesidad de mantener y asegurar la unidad

³⁷⁹ BVerfGE 14, 20 (29); 33, 125 (153); 61, 149 (175); 65, 1 (39), 68, 319 (328); 77, 308 (331); 85, 134 (144).

³⁸⁰ BVerfGE 3, 40 (414 ss.); 5, 25 (29); 7, 29 (44); 11, 192 (199); 11, 234 (237); 12, 205 (226); 23, 113 (123 ss.); 26, 281 (299); 28, 21 (32); 32, 125 (152 ss.); 33, 52 (61); 36, 193 (203); 41, 344 (355); 42, 20 (29); 61, 149 (175 ss.); 65, 1 (39); 68, 319 (328); 77, 308 (331); 85, 134 (144).

³⁸¹ BVerfGE 3, 407 (414 ss.); 7, 29 (44); 12, 205 (226); 26, 281 (299 ss.); 33, 52 (61); 41, 205 (220); 42, 20 (29).

³⁸² BVerfGE 4, 7 (13); 12, 205 (226); 15, 1 (22); 33, 125 (153); 42, 20 (29); 61, 149 (175); 68, 319 (328).

³⁸³ BVerfGE 12, 205 (226 ss.); 42, 20 (30); 61, 149 (175); 67, 299 (315); 68, 319 (328).

³⁸⁴ BVerfGE 41, 291 (313 ss.).

³⁸⁵ BVerfGE 36, 193. Vid. también OETER, S.: *Integration...*, pp. 332 ss.

jurídica³⁸⁶. En realidad, como destaca Rengeling, el Tribunal Constitucional Federal ha procurado en su jurisprudencia, por regla general, conjugar la tradición constitucional con los nuevos desarrollos sociales, económicos, etc., y la consiguiente continuidad competencial que les acompaña³⁸⁷.

Por otro lado, la interpretación sistemática ocupa igualmente una posición muy relevante en la interpretación de las normas constitucionales sobre distribución de facultades legislativas³⁸⁸, de modo que cuando una materia caiga bajo una denominación más general y otra más específica, gracias a la aplicación del principio de especialidad, solo se ha de colocar bajo esta última³⁸⁹.

A falta de una tradición normativa decisiva, otros criterios interpretativos relevantes a los que acudir son el de la voluntad del Constituyente histórico, por un lado, y el uso general del lenguaje, por el otro³⁹⁰. Sin embargo, no se ha de perder de vista que siempre el texto literal de la Ley Fundamental ocupa una posición privilegiada en relación con la (supuesta) voluntad del legislador constitucional³⁹¹.

En relación con los derechos fundamentales se ha de tener presente que los mismos también suponen una limitación al alcance de las normas competenciales y no viceversa³⁹². Algo similar cabe decir en relación con los principios estructurales del

³⁸⁶ Rottmann, F.: "Die "wesensmäßige und historische Zugehörigkeit" und der Gesichtspunkt der "Rechtseinheit" als Elemente zur Konkretisierung von Kompetenznormen", DVBl., 1974, p. 410.

³⁸⁷ Vid. RENGELING, H.-W.: "Gesetzgebungszuständigkeit"..., p. 737, con cita de abundante jurisprudencia constitucional: *BVerfGE* 2, 213 (220 ss.); 3, 407 (414 ss.); 7, 29 (44); 10, 234 (238); 10, 285 (295 ss.); 11, 192 (198 ss.); 12, 205 (226 ss.); 23, 113 (124 ss.); 26, 281 (299); 29, 11 (16); 31, 141 (144); 33, 52 (61); 33, 125 (152 ss.); 33, 206 (219); 36, 193 (206); 36, 314 (319).

³⁸⁸ *BVerfGE* 19, 206 (220); 30, 1 (19); 33, 23 (29); 39, 334 (368).

³⁸⁹ ROZEK, J.: "Artikel 70 GG"..., p. 2211.

³⁹⁰ DEGENHART, Ch.: "Artikel 70 GG..." , pp. 1382 ss.

³⁹¹ *BVerfGE* 68, 319 (327); 70, 251 (264).

³⁹² Sobre la estrecha vinculación entre las facultades legislativas y los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, véanse, entre otros, los siguientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal: *BVerfGE* 4, 7 (15); 6, 55 (70); 7, 37 (401); 8, 51 (68 ss.); 26, 338 (370, 384); 34, 139 (152); 55, 274 (304); 65, 1 (50).

Estado. A ese respecto, el principio constitucional no escrito de la lealtad federal, a que ya se hizo referencia más arriba, constituye también un límite para el ejercicio de las facultades legislativas, tanto de la Federación como de los *Länder*, en el sentido de que ni aquélla ni éstos pueden llevar a efecto un desarrollo y ejercicio de sus propias facultades que ponga en riesgo o perjudique el legítimo ejercicio que de las suyas pueda efectuar la otra parte³⁹³.

Por último, cabe recordar que el Tribunal Constitucional Federal, al que ha seguido la mayoría de la doctrina en este punto, también se ha encargado de establecer que, dado que las facultades legislativas federales solo pueden fundarse sobre la base de una atribución constitucional expresa, la sistemática de la Ley Fundamental, a fin de garantizar el principio de competencia de los *Länder*, demanda una interpretación estricta de los arts. 71 ss. GG, es decir, adecuada al objeto y a la función que han de cumplir³⁹⁴. Tal y como se criticó en su momento, ésta es una línea argumentativa muy cuestionable si por interpretación *estricta* se entiende *restrictiva*, ya que del art. 70.1 GG no se puede derivar un principio de interpretación general que fundamente algo así. Por otra parte, tampoco está en absoluto claro por qué razón una interpretación estricta como la que demanda el Tribunal ha de ser necesariamente restrictiva; más bien de la jurisprudencia constitucional parece derivarse en ocasiones lo contrario³⁹⁵. Y en todo caso, cuando una competencia federal para legislar sea cuestionada porque no se encuentre un fundamento suficiente para la misma en la Ley Fundamental, de acuerdo con el art. 70.1 GG son los *Länder* los que ostentan la facultad legislativa sobre la materia en cuestión³⁹⁶.

³⁹³ BVerfGE 4, 115 (141 ss.); 26, 116 (136 ss.); 34, 9 (20); 61, 149 (205).

³⁹⁴ BVerfGE 12, 205 (228 ss.); 15, 1 (17); 26, 246 (254); 26, 281 (297 ss.); 42, 20 (28); 61, 149 (174); 98, 265 (306 ss.). Vid. también, entre otros, Schmidt, R. / Seidel, S.: *Staatsorganisationsrecht*, Verlag Rolf Schmidt, Grasberg bei Bremen, 2000, p. 270; SCHNEIDER, T.: *Die Rahmengesetzgebungskompetenz...*, pp. 64 ss.

³⁹⁵ RENGELING, H.-W.: "Gesetzgebungszuständigkeit"..., p. 735.

³⁹⁶ DEGENHART, Ch.: "Artikel 70 GG...", p. 1370.

G.3.- Tipos legislativos en la República Federal de Alemania (art. 70. 2 GG)

G.3.a) Introducción

En este epígrafe se procederá a realizar un estudio sistemático de la configuración de cada uno de los tipos legislativos en la Ley Fundamental de Bonn con anterioridad a la reforma constitucional de 2006, la cual, como ya sabemos, supuso una alteración importante de los mismos, particularmente por lo que se refiere a la legislación marco, que fue derogada, y la legislación concurrente, que se vio modificada, sobre todo, por la aparición de un nuevo tipo legislativo muy discutido, la legislación divergente de los *Länder*. Por su parte, la legislación exclusiva federal y la legislación básica, aunque se han visto afectadas en su alcance material, sin embargo, sus rasgos identificadores permanecen intactos. Todo ello será objeto de análisis, junto con otras cuestiones, en los capítulos 2 y 3 del presente trabajo.

Antes de la modificación constitucional referida, las distintas posibilidades de actuar de que dispone la Federación en el campo de la legislación se concretan a través de diversas formas jurídicas que, aun reuniendo todas ellas el rango de ley, presentan diferentes caracteres que las individualizan. Las facultades legislativas de los *Länder* exhiben igualmente manifestaciones diversas que se encuentran en función de que el Estado central pueda regular legislativamente una materia en exclusiva o únicamente de manera básica, por ejemplo. Para la regulación de cada concreto ámbito material la Ley Fundamental prevé un determinado tipo legislativo, cuyo estudio nos permitirá no solo conocer con exactitud el alcance de la legislación federal y, en último término, la naturaleza del poder público que ejerce la Federación, sino también la "calidad" y "cantidad" de poder público, en forma de facultades legislativas, que queda en manos de los *Länder*.

En un Estado compuesto, como ya sabemos, la cuestión de la distribución de las facultades legislativas resulta de crucial importancia para el entendimiento de la organización del poder público. Éste se revela en toda su trascendencia para la vida

de los ciudadanos precisamente en la capacidad de aprobación de normas de rango legal que, por su origen democrático y privilegiada posición en la jerarquía normativa, son las llamadas a configurar de manera esencial las cuestiones principales de la organización de la comunidad política y de los derechos de las personas individuales. La existencia de diversos centros de poder público (el central y los periféricos) capaces de aprobar este tipo de normas se traduce en una mayor complejidad de la organización territorial del poder que, en consecuencia, demanda un análisis riguroso de cada concreto tipo legislativo, que lo haga inteligible y operativo por sí mismo y en relación con los que se encuentran a disposición de la otra parte (los *Länder*, en el caso de la República Federal de Alemania). A ello se dedica fundamentalmente este epígrafe, prestando atención, como ya se ha dicho, a la configuración constitucional de cada tipo legislativo, tal y como estaban diseñados antes de proceder a la modificación constitucional de 2006³⁹⁷.

El precepto constitucional que ofrece la primera pauta de comprensión de los diversos tipos legislativos no es otro que el art. 70.2 GG, de conformidad con el cual

“La delimitación de competencias entre la Federación y los *Länder* se rige de acuerdo con las disposiciones de esta Ley Fundamental sobre la legislación exclusiva y concurrente.”³⁹⁸

Antecedentes de este precepto pueden encontrarse ya en la Constitución del *Reich* de 1871, en donde se preveía la existencia de facultades legislativas *exclusivas* y *facultativas* (o *concurrentes*) de la Federación, aunque no recibieran expresamente esta denominación, así como de facultades legislativas exclusivas de los *Länder* (arts. 2, 4 y 35; a los que habría que añadir los demás preceptos dispersos a lo largo

³⁹⁷ Y, en alguna medida, continúan estándolo, sobre todo, por lo que se refiere a la legislación exclusiva y a la legislación básica, que más allá de su concreto alcance, en sus rasgos identificadores no se han visto modificadas.

³⁹⁸ Art. 70.2 GG: “*Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern bemißt sich nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung.*”

de todo el texto constitucional que atribuyen igualmente competencias, por su esencia, exclusivas, al *Reich*: arts. 20, 33, 48, 53, 70, etc., así como las no enumeradas que, en virtud de la naturaleza de la cosas o en virtud de su conexión material, han de caer también bajo el ámbito competencial de aquél). De acuerdo con este modelo de distribución de competencias, mientras una materia no fuera regulada legislativamente (por completo) por el *Reich*, la misma quedaba sujeta, por regla general (en el alcance correspondiente) a la autonomía de los Estados individuales, tal y como sucedía con la mayoría de las materias mencionadas en el art. 4, objeto de la competencia concurrente del *Reich* y de los *Länder*. No obstante, existía una importante excepción a esta regla, ya que todos aquellos ámbitos materiales que cayeran bajo la competencia exclusiva del *Reich* quedaban sustraídos por entero a la legislación de los Estados individuales, quedando dividido de esta forma el ordenamiento jurídico global en tres campos legislativos: competencias exclusivas del *Reich*, competencias concurrentes del *Reich* y de los *Länder* y competencias exclusivas de estos últimos³⁹⁹.

En la Constitución de Weimar de 1919 se afianzó esta división básica de facultades legislativas de la Constitución imperial de 1871; también aquí el *Reich* era competente para legislar tan solo en aquellos asuntos que la Constitución federal le confería, si bien su número se vio considerablemente ampliado; todos los demás permanecían bajo la esfera competencial de los *Länder*. De manera similar a la Constitución de 1871, la Constitución de Weimar, aparte de una competencia *exclusiva* del *Reich* (art. 6), reconocía asimismo a favor de éste, si bien ahora de modo expreso, una facultad legislativa *concurrente* (art. 7 ss.), que, y esto supone una innovación, se dejaba dividir a su vez en legislación de *necesidad* (art. 9) y legislación *marco* o *básica* (art. 10 y 11)⁴⁰⁰.

³⁹⁹ LABAND, P.: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 5.^a ed. 1911, pp. 120 ss.; HUBER, E. R.: *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, tomo III (*Bismarck und das Reich*), W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 3.^a ed. revisada, 1988, pp. 910 ss.; FROTSCHER, W. / PIEROTH, B.: *Verfassungsgeschichte...*, pp. 211 ss.; GÓMEZ ORFANEL, G. / ARROYO GIL, A.: "El reparto territorial...", pp. 220 ss.

⁴⁰⁰ ANSCHÜTZ, G.: *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Berlín, 14.^a ed., 1933, Art. 6 Anm. 1; HUBER, E. R.: *Deutsche Verfassungsgeschichte...*, p. 409; FROTSCHER, W. /

La Convención constitucional del Lago Herrenchiem se propuso reducir el complejo sistema de distribución competencial de Weimar a dos categorías básicas, la legislación exclusiva y la prevalente (art. 32), si bien en el Consejo Parlamentario esta última fue sustituida por la “legislación concurrente” (art. 36 del Proyecto). Con posterioridad, en la Comisión principal determinados títulos competenciales relativos a la aprobación de disposiciones de carácter marco fueron extraídos de la primigenia legislación prevalente e individualizados como tercera categoría legislativa, precisamente bajo el nombre de “legislación marco” (art. 36a del Proyecto), con lo que, en el fondo, no se hizo otra cosa que retomar de nuevo la categoría de la legislación básica de la Constitución de Weimar, que tantos problemas y dificultades interpretativas había acarreado⁴⁰¹.

En la redacción final de la Ley Fundamental, el art. 70.2 GG, precepto que sirve de introducción a todo el Capítulo VII sobre “La legislación de la Federación”, se refiere, como hemos visto, únicamente a dos tipos de facultades legislativas: las exclusivas y las concurrentes. Esto motivó desde temprano una agitada y, se anticipa ya, infecunda discusión doctrinal, que aún se mantiene hoy en día, en torno a la cuestión de si éstos son los únicos tipos competenciales que reconoce la Constitución federal en el ámbito de la legislación, quedando, en consecuencia, la legislación marco y la legislación básica federal, que veremos más adelante, comprendidas, como subtipos competenciales, en uno de ellos, en concreto, en el de la legislación concurrente, o si, por el contrario, aquéllas han de ser consideradas tipos autónomos de facultades legislativas⁴⁰².

PIEROTH, B.: *Verfassungsgeschichte...*, pp. 266 ss.; GÓMEZ ORFANEL, G. / ARROYO GIL, A.: “El reparto territorial...”, pp. 226 ss.

⁴⁰¹ RENGELING, H.-W.: “Gesetzgebungszuständigkeit”..., pp. 741 ss.; OETER, S.: *Integration...*, p. 122.

⁴⁰² SCHNEIDER, T.: *Die Rahmengesetzgebungskompetenz...*, p. 28, califica esta discusión de “infructuosa”, “ociosa y de naturaleza puramente académica, dado que objetivamente no origina nada”.

Aunque realizar una exposición detallada de cada una de las posiciones que defienden los distintos autores resultaría excesiva y, a fin de cuentas, poco aportaría a la mejor comprensión de cada una de estas formas legislativas, sí conviene, al menos, reflejar las principales corrientes de opinión a este respecto. Así, a título de ejemplo representativo, Vogel, entre otros muchos, sostiene que, en efecto, solo caben dos tipos de facultades legislativas de la Federación, la legislación exclusiva y la legislación concurrente, de modo que tanto la legislación marco como la legislación básica federal se han de considerar necesariamente manifestaciones de la legislación concurrente⁴⁰³. El argumento principal en que se apoyan estos autores

⁴⁰³ VOGEL, J. J.: "El régimen federal...", p. 638. De esta misma opinión BADURA, P.: *Staatsrecht...*, p. 480; BOTHE, M.: Artikel 70 GG (*Gesetzgebung des Bundes und der Länder*), en Wassermann, R.: *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Reihe Alternativkommentare), tomo II, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 2.ª ed., 1989, pp. 42 ss.; PESTALOZZA, Ch. von: "Artikel 70 GG"..., p. 47; ROZEK, J.: "Artikel 70 GG"..., pp. 2214 ss.; vid. también en esta misma obra su Comentario al art. 75 GG, pp. 2558 ss., en donde con rotundidad sostiene que de ningún modo puede ponerse en duda que la facultad legislativa marco, desde un punto de vista sistemático y en razón de sus antecedentes, representa un supuesto de facultad legislativa concurrente, y ello pese a reconocer acto seguido la existencia de diferencias sustanciales entre una y otra, que se manifiestan sobre todo en la circunstancia de que mientras en el campo de la legislación marco la Federación no puede agotar con su regulación la materia a regular, en el de la legislación concurrente sí es perfectamente posible para ésta establecer una regulación completa y de detalle; diferencia sustancial que también aprecia MÜNCH, I. von: "Zuständigkeiten im Bereich...", pp. 145 ss., y que, sin embargo, tampoco le impide considerar a la legislación marco un subtipo de la concurrente); BURGHART, D.: "Änderungen...", p. 68; MÄRZ, W.: Artikel 31 GG, en Mangoldt / Klein / Starck: *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II (*Artikel 20 bis 78*), Verlag Franz Vahlen, München, 4.ª ed. completamente revisada, 2000, pp. 895 ss., quien, sin embargo, en su Comentario al art. 30 GG en esta misma obra (p. 838) se limita a enunciar las facultades legislativas federales sin considerar que la legislación marco y la básica sean variantes de la legislación concurrente; KUNIG, P.: "Artikel 70 GG...", pp. 6 y 19, quien, no obstante, en su análisis del art. 75 GG en esta misma obra (pp. 152 ss.) matiza que la ley marco constituye un caso especial o excepcional (*Sonderfall*) de facultad legislativa concurrente (curiosamente, en su trabajo "Gesetzgebungsbefugnis von Bund und Ländern - Allgemeine Fragen", Jura, 5, 1996, pp. 256 ss., distingue perfectamente entre legislación exclusiva, concurrente y marco sin mayores precisiones); STETTNER, R.: "Artikel 70 GG...", p. 1334 (vid. también su comentario al art. 75 GG en esta misma obra, pp. 1443 ss.), sin embargo, pese a mantener que de la estrecha conexión entre los arts. 75 y 72 GG, del hecho de que el art. 70 GG solo se refiera a legislación exclusiva y concurrente y de la historia de la aprobación de ambos preceptos, se deriva que la Ley Fundamental considera a la legislación marco un supuesto de legislación concurrente, reconoce que aquélla (la legislación marco del art. 75 GG) ha sido tratada tan claramente entre la doctrina científica y la jurisprudencia como tipo competencial que la pregunta de si se trata de un supuesto de legislación concurrente o si, por el contrario, es un tipo de legislación independiente, posee un carácter esencialmente teórico.

También el Tribunal Constitucional Federal parece de igual modo inclinarse por esta diferenciación bipolar de las facultades legislativas federales: *BVerfGE* 1, 14 (35); 3, 325 (339); 14, 14 (35). No obstante, Maunz, T.: "Rahmengesetze des Bundes", BayVBl., 1955, p. 3, entiende, al menos en relación con la primera de las sentencias citadas, que el Tribunal ha optado, en realidad, por

para defender esta postura no es otro que la mención expresa en el art. 70.2 GG únicamente de la legislación exclusiva y de la concurrente. Además, en el caso de la legislación marco ello se vería confirmado a través de la remisión del art. 75.1 GG a las condiciones que el art. 72.2 GG establece para que la Federación pueda proceder a aprobar su legislación concurrente. También la génesis de la legislación marco es tomada como argumento a favor de esta opinión, dado que, en un principio, las materias objeto de la misma estaban contenidas en el catálogo de la legislación prevalente, que en un primer momento formulara la Convención constitucional del Lago Herrenchiem, y que constituyen el precedente inmediato de la legislación concurrente. Solo después se individualizarían con la denominación “legislación marco” en un precepto propio por razones de claridad expositiva, sin que con ello -sostienen estos autores- se pretendiera fundar una facultad legislativa autónoma de la Federación⁴⁰⁴.

Por su parte, Maunz distingue tres tipos de facultades legislativas típicas, en concreto, las facultades legislativas exclusivas, concurrentes y marco, quedando al margen de las mismas, como supuesto específico, la legislación básica federal. Que la legislación marco no es una variante de la legislación concurrente, sino que existe como tipo autónomo, se deriva, según este autor, del tenor literal del art. 75 GG, a través del cual las condiciones del art. 72 GG, aplicables a la legislación concurrente, se extienden también expresamente a la legislación marco, especificación que no sería necesaria si esta última, de todos modos, constituyera un subtipo de aquélla. En cualquier caso, más concluyente a favor de la autonomía de la legislación marco como tercer tipo legislativo es que en ambos supuestos la clase de legislación que puede dictar la Federación es diferente. Con todo, para Maunz esta polémica sobre el lugar que ha de ocupar la legislación marco, en tanto que tipo legislativo autónomo o supuesto clasificable dentro del concepto más amplio de la legislación concurrente, solo tuvo significado práctico en lo concerniente a la

diferenciar como tipo autónomo la legislación marco, al considerar que la misma no puede ser juzgada según la medida y la eficacia de la legislación concurrente.

⁴⁰⁴ SCHNEIDER, T.: *Die Rahmengesetzgebungskompetenz...*, p. 29.

aplicación del art. 125 GG (transición del derecho viejo al campo de la actual legislación concurrente), careciendo prácticamente después de relevancia alguna, dado que el art. 75 GG en su apartado primero asume las mismas condiciones que el art. 72 fija para poder proceder a la aprobación de la legislación concurrente⁴⁰⁵.

En un sentido parejo, Herzog parte también de esta tripartición de las facultades legislativas federales, si bien no por ello deja de preguntarse si no sería preferible abandonar la distinción entre competencias exclusivas y concurrentes y adoptar solo la de exclusivas o, incluso, renunciar a la diferenciación entre los tres tipos de facultades legislativas de los arts. 73, 74 y 75 o, al menos, circunscribir éstos a unas materias más (y mejor) (de)limitadas⁴⁰⁶. Este planteamiento enlaza con una cuestión que merece alguna reflexión más detenida, de la que por el momento solo se dará cuenta. En efecto, toda atribución competencial despliega un efecto barrera en relación con aquellas unidades organizativas del Estado que no se vean favorecidas por la misma, lo que no es sino reflejo de un principio general de todo el derecho público sobre la competencia: el principio de exclusividad de las atribuciones competenciales⁴⁰⁷. Se quiere decir con ello que, más allá de su concreto alcance y configuración, todos los tipos competenciales imaginables finalmente son de carácter exclusivo, en el sentido de que la competencia que en cada caso contengan

⁴⁰⁵ MAUNZ, T.: "Artikel 70 GG...", pp. 15 ss. (vid. también su comentario al art. 75 GG en esta misma obra, pp. 6 ss., así como su trabajo ya citado "Rahmengesetze des Bundes", BayVBl., 1955, pp. 2 ss.). En un sentido similar IPSEN, J.: *Staatsrecht I...*, 11.ª ed., 1999, pp. 135 ss.; OETER, S.: *Integration...*, p. 412; RENGELING, H.-W.: "Gesetzgebungszuständigkeit"..., pp. 834 ss.; DEGENHART, Ch.: *Staatsrecht I...*, pp. 42 ss., quien, sin embargo, en otro lugar sostiene que si bien es cierto que la legislación marco en parte está comprendida dentro de la legislación concurrente, dado que el art. 75 GG toma como base los criterios del art. 72.2 GG, no obstante, constituye un tipo autónomo; por otra parte, según su criterio, en lo que afecta a la facultad legislativa básica habría que distinguir entre la enunciada en el art. 91a.2 GG, relativo a las tareas comunes, que constituiría un supuesto de competencia federal exclusiva de contenido principal, la facultad legislativa básica del art. 109.3 GG, en el ámbito de la gestión presupuestaria, que si bien no podría ser entendida como un supuesto de legislación concurrente, habría de interpretarse, no obstante, como un caso encuadrable en la competencia federal marco, y la facultad legislativa básica en el campo de las prestaciones públicas a las sociedades religiosas que, de acuerdo con el art. 140 GG en conexión con el art. 138.1 de la Constitución de Weimar, constituiría un supuesto especial de competencia marco (vid. DEGENHART, Ch.: "Artikel 70 GG...", pp. 1371 ss.).

⁴⁰⁶ HERZOG, R.: "Mängel...", p. 515.

⁴⁰⁷ HEINTZEN, M.: "Artikel 71 GG"..., pp. 2230 ss.

solo podrá ser ejercida en un determinado momento válidamente por el titular de la misma, quedando excluidos (al menos, en ese mismo alcance o extensión) todos los demás interesados (los *Länder*, en el caso de que sea la Federación la titular de la competencia, o viceversa). Y ello con independencia de que sea una competencia exclusiva, concurrente, marco o básica. Lo contrario supondría admitir la posibilidad de la existencia de las dobles competencias, algo que, como se verá más adelante, queda fuera del ordenamiento jurídico alemán (hasta la controvertida reforma constitucional de 2006, como ulteriormente se verá). Como resulta evidente, lo que cambiará de un supuesto a otro será el objeto y el alcance de la competencia así como, en su caso, las condiciones a que quedará sujeto el ejercicio de la misma.

Por último, es posible encontrar también autores que, sin establecer mayores clasificaciones, se limitan a enunciar de manera diferenciada e individual los cuatro tipos de facultades legislativas de la Federación, considerando, en esa medida, incompleta la referencia a la legislación exclusiva y concurrente del art. 70.2 GG⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ Véase a este respecto STERN, K.: *Das Staatsrecht ...* tomo ..., pp. 592 ss. (distinción que ya fue señalada por este mismo autor en el primer tomo de esta misma obra; puede verse ahora en su segunda edición de 1984 en las pp. 678 ss.); HESSE, K.: "Bundesstaat"..., p. 320, distingue también entre estos cuatro tipos legislativos, si bien considera, al igual que HILL, H.: "Verteilung...", p. L10, la legislación básica muy cercana a la marco en atención a la intensidad de la regulación legal de la Federación; RENGELING, H.-W.: "Gesetzgebungszuständigkeit"..., pp. 726 ss.; PÜTTNER, G. / KRETSCHMER, G.: *Die Staatsorganisation* (Lehrbuch zum Staatsrecht), C. H. Beck, 2.ª ed., 1993, p. 195; BATTIS, U. / GUSY, Ch.: *Einführung...*, p. 105; MAUNZ, T. / ZIPPELIUS, R.: *Deutsches Staatsrecht*, C. H. Beck, München, 30.ª ed., 1998, pp. 325 ss.; SANNWALD, R.: Abschnitt VII GG: Die Gesetzgebung des Bundes (*Vorbemerkungen*) y Artikel 70 GG (*Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern*), en SCHMIDT-BLEIBTREU B. / KLEIN, F.: *Kommentar zum Grundgesetz*, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.ª ed., 1999, pp. 984 y 1008, respectivamente; SCHMIDT, R. / SEIDEL, S.: *Staatsorganisationsrecht*, Verlag Rolf Schmidt, Grasberg bei Bremen, 2000, p. 272; TIEMANN, B.: "Die Grundsatzgesetzgebung im System der verfassungsrechtlichen Gesetzgebungskompetenzen", DÖV, 1974, p. 229; ERICHSEN, H.-U.: "Die Verteilung...", p. 385; ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 88; PIEROTH, B.: "Artikel 70 GG...", pp. 702 ss., por su parte, se limita a advertir que la enumeración del apartado 2 del art. 70 GG no es completa, ya que, de lo contrario, por un lado, la facultad legislativa marco habría de ser de manera forzosa considerada un tipo de facultad legislativa concurrente, y, por el otro, la facultad legislativa básica quedaría ignorada; apreciación ésta sobre la incompletud de la previsión del art. 70.2 GG que ya tuvo oportunidad de señalar RENGELING, H.-W.: "Gesetzgebungszuständigkeit"..., p. 846, y que fue acentuada por BEYER, W. R.: "Das Wesen der Rahmenvorschriftsgesetzgebung", NJW, 37, 1957, p. 1348, quien oportunamente constató el hecho de que en el tenor literal del apartado 2 del art. 70 GG tampoco se hace mención alguna de las facultades legislativas de los *Länder*, reconocidas con carácter general en el apartado 1 de ese mismo precepto.

Esta exposición de las diversas y variadas corrientes doctrinales ofrece una imagen aproximada del estado del intrincado debate en torno a esta cuestión de los tipos legislativos en la Ley Fundamental de Bonn. Una valoración de conjunto solo puede conducir a una conclusión, lo enrevesado de la cuestión, en la que los mismos autores en ocasiones llegan a contradecirse en distintos escritos, así como la ausencia de auténtico sentido de la polémica, en tanto que en ella parece prestarse más atención a la clasificación misma de los tipos competenciales que a la comprensión del objeto clasificado, lo único verdaderamente relevante. A tal efecto, y sin perjuicio de que seguidamente se efectúe un estudio más detallado de cada uno de estos tipos legislativos, a fin de justificar la aseveración precedente bastará aquí con esbozar sus rasgos característicos para descubrir que, pese a sus cercanías, todos ellos presentan unos distintivos propios y singulares que justifican acometer su estudio de manera diferenciada y autónoma, y ello pese al tenor literal del art. 70.2 GG, que, por cierto, aunque es verdad que solo menciona la legislación exclusiva y la concurrente, tampoco parece querer excluir necesariamente de ese modo otros tipos legislativos diferentes de los allí expresamente mencionados.

Así, en el ámbito de la legislación exclusiva de la Federación (*ausschließliche Gesetzgebung des Bundes*) los *Länder* solo podrán legislar cuando y en la medida en que una ley federal les haya facultado expresamente para ello (art. 71 GG). Las materias sobre las que la Federación dispone de una facultad legislativa exclusiva vienen enumeradas con carácter general en el art. 73 GG (vid. también art. 105.1 GG). No obstante, existen asimismo otros preceptos de la Ley Fundamental que atribuyen a la Federación la regulación por medio de ley de determinados ámbitos materiales (véanse, por ejemplo, los arts. 4.3, 21.3, 38.3, 95.3 y 134.4 GG), que, por regla general, se han de considerar también competencias exclusivas de la Federación.

En el campo de la legislación concurrente (*konkurrierende Gesetzgebung*) los *Länder* están facultados para legislar mientras y en la medida en que la Federación no haga uso de su respectiva facultad legislativa (art. 72.1 GG). Ello significa que

cuando se den dos regulaciones (coincidentes o contradictorias, es lo de menos), una federal y otra de *Land*, en el ámbito de esta legislación concurrente, la última quedará derogada por la primera de modo automático. No obstante, la competencia de la Federación solo aparecerá cuando se cumplan las condiciones a que se refiere el apartado 2 de este art. 72 GG: “que la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o la preservación de la unidad jurídica o económica en interés general haga indispensable la ley federal”. Ahora bien, cumplido alguno de estos requisitos el legislador federal podrá hacer uso de su facultad legislativa concurrente con tanta extensión como si se tratara de una de carácter exclusivo, es decir, se encontrará habilitado para proceder a regular la materia en cuestión de manera completa o agotadora; no obstante, podrá también limitarse voluntariamente a establecer una disposición marco necesitada de ulterior desarrollo por parte de los *Länder*. Las materias sobre las que recae la legislación concurrente vienen enumeradas en los arts. 74, 74a (derogado en 2006), 105.2 (modificado en 2006) y 115c GG.

En el supuesto de las (extintas) disposiciones marco (*Rahmenvorschriften*) –arts. 75 y 98.3 GG- tanto el legislador federal como el del *Land* contribuyen conjuntamente a la regulación completa de una materia: al primero le corresponderá fijar el *marco* dentro de los límites del cual habrá de moverse el segundo al dictar sus normas de desarrollo. Ello significa que, salvo en casos excepcionales, las normas marco no podrán contener disposiciones de detalle o de aplicación directa (art. 75.2 GG). Al igual que sucedía en el supuesto de la legislación concurrente, aquí la Federación solo puede dictar disposiciones marco cuando se den las condiciones que prevé el art. 72.2 GG. Singularmente interesante resulta el apartado tercero de este art. 75 GG, en virtud del cual cuando la Federación dicte las disposiciones marco podrá al mismo tiempo establecer un plazo adecuado dentro del cual los *Länder* se verán obligados a promulgar las correspondientes leyes que sean necesarias para el desarrollo de esa norma marco.

Finalmente, la legislación básica de la Federación (*Grundsatzgesetzgebung des Bundes*) a que se refiere en diversos preceptos la Ley Fundamental de Bonn (arts. 91a.2 –modificado en 2006–, 109.4 y 140 GG en conexión, este último, con el art. 138.1 de la Constitución de Weimar), se encuentra muy próxima a la legislación marco arriba enunciada. A través de la misma la Federación podrá establecer los principios generales para la regulación de una determinada materia que después habrán de ser desarrollados por los *Länder* en uso de su propia facultad normativa. A diferencia de la legislación marco, la Federación aquí se encuentra facultada para dictar esta legislación básica sin necesidad de que concurren los requisitos enunciados en el art. 72.2 GG. Asimismo, tampoco se prevé en ninguno de los preceptos que regulan la legislación básica federal la posibilidad de que la Federación pueda establecer un determinado plazo dentro del cual los *Länder* tengan que dictar la correspondiente legislación de desarrollo.

Pues bien, a la vista de estos datos, que aunque muy resumidos resultan suficientemente esclarecedores, no parece injustificado preguntarse si, tal y como aquí se sostiene, la legislación marco y la legislación básica federal constituyen tipos legislativos autónomos, independientes de la legislación concurrente. Al menos, lo que sí parece de todo punto evidente es que mientras que en el caso de esta última la Federación puede regular la materia de que en cada caso se trate de manera completa, quedando en tal supuesto excluidos los *Länder* de la regulación, siquiera sea parcial, de esa misma materia, por el contrario, en los casos de la legislación marco y de la legislación básica de la Federación ésta no puede (en teoría) establecer una regulación exhaustiva de la materia que impida a los *Länder* aprobar válidamente su correspondiente legislación de desarrollo; más bien, al contrario, en el ámbito de estos títulos competenciales pueden (e, incluso, en ocasiones, deben) convivir simultáneamente en cooperación dos leyes (federal, una, y de *Land*, la otra) en igual medida válidas, sin que la objeción de que el legislador federal en el caso de la legislación concurrente también se puede limitar a dictar una legislación marco sea válida para equiparar uno y otro tipos legislativos, pues la diferencia esencial es que mientras en el supuesto de la legislación concurrente es una facultad del

legislador federal no regular completamente la materia, en el de la legislación marco (y básica) se trata, por el contrario, de una obligación (al margen de que, como veremos, en la práctica haya sucedido algo muy distinto)⁴⁰⁹.

Bien visto, el problema aquí es que, una vez más, el uso de una determinada terminología confusa, según creo, conduce a situaciones equívocas. Y es que, en realidad, y pese a su denominación, en el ámbito de la legislación concurrente, negada la posibilidad, como se mantuvo en su momento, de que al tiempo puedan convivir simultáneamente y con el mismo alcance dos tipos de regulaciones provenientes de poderes públicos distintos, muy poco de concurrencia se da en sentido estricto (prescindiendo siempre del supuesto excepcional en que el legislador federal opta por hacer uso de su facultad legislativa concurrente como si se tratara de otra de carácter marco). Otra cosa es lo que sucede en el ámbito de la legislación marco y básica, en donde tal concurrencia legislativa sí puede (o debe) darse, aunque, no conviene olvidarlo, el alcance de las respectivas leyes de la Federación y de los *Länder* haya de ser necesariamente diferente.

En definitiva, podrá defenderse, con mejor o peor fundamento, que la (derogada) legislación marco y la legislación básica federal son supuestos clasificables dentro de un concepto más general, el de la legislación concurrente, ahora bien lo que en ningún caso se podrá negar es que entre estos tres tipos legislativos existen diferencias, no despreciables, que resulta preciso conocer si se quiere tener una idea exacta del modelo federal alemán de distribución de facultades legislativas entre la Federación y los *Länder* (con anterioridad a la reforma constitucional de 2006 y que, de manera parcial, continúa vigente tras la misma, según veremos).

Reconocida, pues, la existencia de diversos títulos competenciales federales en el terreno de la legislación, corresponde ahora preguntarse qué sucede en el supuesto,

⁴⁰⁹ En este sentido SCHNEIDER, T.: *Die Rahmengesetzgebungskompetenz...*, pp. 33 ss., concluye que el art. 75 GG, aunque presenta puntos en común con la legislación concurrente, constituye, en realidad, un tipo autónomo de facultad legislativa.

no descartable, de que ante la dificultad de establecer una delimitación exacta entre los ámbitos materiales que constituyen el objeto de cada uno de ellos la ley federal en cuestión pueda encontrar fundamento para su aprobación en varios de esos títulos de los arts. 73 a 75 GG (o demás preceptos constitucionales que atribuyen igualmente facultades legislativas a la Federación).

Como principio general vale la afirmación de que los títulos competenciales de la Federación, en principio, ni se excluyen ni se restringen entre sí. No obstante, ello no es óbice para que en cada caso concreto sea preciso efectuar una delimitación exacta de los contornos de las materias contenidas en cada uno de ellos a fin de determinar el tipo legislativo de que puede hacer uso la Federación⁴¹⁰.

Aun cuando ese esfuerzo interpretativo orientado a la delimitación de los perfiles de los ámbitos materiales de cada título competencial no conduzca a ningún resultado concluyente y, en consecuencia, la duda permanezca, será preciso, en todo caso, decidir en virtud de qué título competencial puede actuar la Federación. A tal efecto, cuando la Federación dispone de una facultad de regulación con motivo de varias normas competenciales que forman parte del mismo tipo legislativo (facultad legislativa concurrente, por ejemplo), no hay mayor problema, pues opte por amparar su actuación en uno u otro título competencial, en todo caso, el tipo legislativo será el mismo.

Más problemas plantea el caso contrario, es decir, aquél en que la Federación está facultada para regular legislativamente diversas materias que forman parte de títulos competenciales pertenecientes a tipos legislativos diferentes. En tal supuesto, será preciso llevar a efecto una interpretación de la competencia adecuada a la función que ha de desempeñar⁴¹¹. Junto a ello pueden jugar un papel importante el criterio

⁴¹⁰ RENGELING, H.-W.: "Gesetzgebungszuständigkeit"..., p. 743.

⁴¹¹ MAUNZ, T.: Artikel 71 GG (*Ausschließliche Gesetzgebung*), en Maunz / Dürig / Herzog / Scholz: *Grundgesetz Kommentar*, tomo IV, C. H. Beck, entrega n.º 23ª 1984, p. 4.

de la conexión material y el principio de la especialidad⁴¹². Y cuando de aquí no se derive una solución clara, por regla general, la Federación acudirá normalmente al título competencial que le permite una mayor intensidad de intervención, prefiriendo, de esta forma, la legislación exclusiva sobre la concurrente y ésta sobre la marco. Sin embargo, no está tan claro que algo así se pueda derivar sin más de la Ley Fundamental⁴¹³. Antes bien, una interpretación sistemática de la misma parece conducir a la conclusión contraria. Cuando el art. 70.1 GG establece que “[l]os *Länder* tienen derecho a legislar en la medida en que esta Ley Fundamental no confiera facultades legislativas a la Federación”, en realidad, no está sino dejando constancia de la voluntad del Constituyente de que la duda acerca de si en un caso concreto corresponde a la Federación o a los *Länder* legislar se resuelva de manera favorable a la competencia de estos últimos⁴¹⁴. Esto, llevado al terreno de los concretos títulos competenciales, no puede sino significar que en el momento en que semejante duda o incertidumbre aparezca y sea insoluble se haya de optar por "privilegiar" aquel título competencial que permita a los *Länder* un mayor margen de actuación, como corresponde a su reconocida competencia general de carácter residual. En otro caso, el sentido y la finalidad del apartado primero del art. 70 GG quedarían seriamente debilitados.

En conclusión, en caso de duda sobre el tipo legislativo a que puede acudir la Federación para regular una concreta materia se ha de preferir la legislación marco

⁴¹² MAUNZ, T.: Artikel 75 GG (*Rahmenvorschriften*), en Maunz / Dürig / Herzog / Scholz: *Grundgesetz Kommentar*, tomo IV, C. H. Beck, entrega n.º 25, 1986, pp. 7 ss.

⁴¹³ Como sostienen, por ejemplo, MAUNZ, T.: “Artikel 70 GG...”, p. 18, y RENGELING, H.-W.: “Gesetzgebungszuständigkeit”..., p. 744. De otra opinión PESTALOZZA, Ch. von: Artikel 75 GG, en Mangoldt, H. von / Klein, F. / Pestalozza, Ch. von: *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo VIII, Artikel 70 bis Artikel 75 (Die Gesetzgebungskompetenzen), Verlag Franz Vahlen, München, 3.ª ed., 1996, p. 1321, quien, en relación con la norma marco federal, mantiene que no existe ninguna regla de “subsidiariedad” en virtud de la cual en los ámbitos en que coincidan temáticamente el título competencial del art. 75.1 GG con los títulos de los arts. 73-74a GG, hayan de prevalecer éstos como regla general por ser más especiales. Qué título en relación con otros es más especial es algo que se ha de tratar en cada caso particular y que nada tiene que ver con la cuestión de si un título federal permite una regulación completa o “solo” una regulación marco.

⁴¹⁴ Vid. lo dicho más arriba en relación con la derivación de los arts. 30 y 70.1 GG de una pauta interpretativa favorable a la competencia de los *Länder*.

sobre la concurrente y ésta sobre la exclusiva, pues solo de esta manera se garantizan en todo momento a los *Länder* las mayores posibilidades de hacer uso de sus propias facultades legislativas, algo que, en último término, parece encontrarse en el trasfondo (*Hintergrund*) del art. 70.1 GG.

Antes de dar por concluido este apartado y comenzar con el análisis concreto de cada uno de los tipos legislativos federales a que se refiere la Ley Fundamental de Bonn, conviene hacer alguna reflexión más en torno a la terminología empleada por el art. 70.2 GG, objeto de las anteriores reflexiones. Como se habrá podido apreciar, hasta ahora se ha venido haciendo referencia al modo de *distribución* de facultades legislativas entre la Federación y los *Länder* que instaura este precepto, centrando la crítica, sobre todo, en el hecho de que el mismo únicamente se refiere a la legislación exclusiva y concurrente de la Federación cuando, en realidad, se puede defender con fundamento la presencia en el texto constitucional de otros dos tipos legislativos autónomos, la legislación marco y la legislación básica federal. Sin embargo, aunque el contenido de este precepto parece que efectivamente quiere referirse a esa *distribución* o *reparto competencial* en el campo de la legislación, lo cierto es que el término literal que emplea es “delimitación” (“*Abgrenzung*”). Aun sin ánimo alguno de llevar al paroxismo la deseable precisión conceptual, tampoco se pueden dejar en el olvido las (posibles) consecuencias que el uso de este término, y no otro, pueden acarrear en orden a la correcta interpretación del precepto constitucional que nos ocupa.

En efecto, aunque semánticamente cercanos los conceptos “delimitación” (“*Abgrenzung*”) y “distribución” o “reparto” (“*Verteilung*”) de competencias no tienen exactamente el mismo significado. El primero, al tiempo que presupone la existencia del segundo, es además parte necesaria del mismo. Esto es, para proceder a la *delimitación* (del alcance o extensión) de una determinada competencia resulta preciso haber determinado con anterioridad a quién está atribuida la misma, si a la Federación o a los *Länder*. Así pues, aunque el art. 70.2 GG tan solo mencione el término “delimitación” parece que, en realidad y antes que nada, se está también

refiriendo a la “distribución” de las facultades legislativas entre la Federación y los *Länder*. ¿Qué otra cosa si no puede significar el predicado de esta frase con su remisión a “las disposiciones de esta Ley Fundamental sobre la legislación exclusiva y concurrente”?

La Constitución federal determina, pues, qué competencias corresponde ejercer a la Federación (las expresamente mencionadas en el texto constitucional, básicamente) y qué otras quedan (residualmente) a disposición de los *Länder*; en esa medida, se puede sostener con propiedad que la Constitución federal *distribuye* o *reparte* las facultades legislativas entre aquélla y éstos. Ésta es, en realidad, una de sus principales encomiendas en un Estado territorialmente descentralizado, distribuir el poder público entre las distintas partes que lo integran. Ahora bien, la Ley Fundamental, al efectuar ese reparto de las facultades legislativas, simultáneamente, y como exigencia lógica para la comprensión del primer concepto, determina también los límites, el alcance o la extensión de las mismas. Es ésta una tarea sumamente compleja, pues, como ya se ha apuntado en otro lugar, la división perfecta y nítida de los distintos ámbitos materiales requiere una compartimentación de las materias que en la realidad no siempre tiene lugar, al existir una indisoluble continuidad entre muchas de ellas. Con todo, en el caso concreto resulta preciso realizar esa labor de delimitación y la Ley Fundamental en su art. 70.2 GG nos está diciendo que es en ella, en concreto, en sus disposiciones sobre la legislación exclusiva y concurrente (así como en el resto de las normas constitucionales sobre reparto territorial del poder) en donde hay que encontrar las claves de la respuesta a tan difícil interrogante.

Finalmente, que esa delimitación (y previo reparto) de competencias se haya de regir por las disposiciones de esta Ley Fundamental, como dispone expresamente el art. 70.2 GG, no viene sino a demostrar que, como ya se señaló más arriba, de acuerdo con la Ley Fundamental la distribución de las facultades legislativas únicamente se puede derivar de la propia Constitución federal, sin que, al contrario de lo que sucede en el supuesto de las facultades ejecutivas, esté

constitucionalmente prevista la posibilidad de que por medio de una ley federal ulterior pueda la Federación atribuirse a sí misma determinadas facultades legislativas.

G.3.b) La legislación exclusiva federal (ausschließliche Bundesgesetzgebung)

La legislación federal exclusiva se caracteriza porque, como su propio nombre indica, en ella están incluidos todos los ámbitos materiales que, en principio, solo pueden ser regulados por la Federación. Se trata, por regla general, de asuntos que únicamente de manera unitaria pueden ser normados debidamente para la totalidad del territorio federal (la nacionalidad federal, la unidad del territorio aduanero y comercial, las relaciones jurídicas de los funcionarios federales, etc.); junto a ellos se encuentran materias que teóricamente también podrían ser reguladas por los *Länder* y que, no obstante, de acuerdo con su finalidad precisan de una normativa federal homogénea (por ejemplo, los asuntos exteriores, la defensa y la protección jurídica de la propiedad industrial)⁴¹⁵.

A este respecto, el art. 71 GG dispone:

“En el ámbito de la legislación exclusiva de la Federación tienen los *Länder* la facultad de legislar solo, cuando y en la medida en que una ley federal les haya habilitado expresamente para ello.”

Son dos las funciones que se pueden derivar de este precepto: por un lado, se ocupa de determinar el concepto de legislación exclusiva federal (definición legal), por el otro, excluye a los *Länder* de legislar sobre aquellos objetos que la Ley

⁴¹⁵ STEIN, E.: *Staatsrecht...*, p. 122.

Fundamental atribuye a la facultad legislativa exclusiva de la Federación (efecto barrera)⁴¹⁶.

Los objetos propios de la facultad legislativa exclusiva federal vienen determinados principalmente en el catálogo del art. 73 GG. No obstante, existen también otros preceptos dispersos a lo largo de toda la Constitución federal que se refieren a este tipo de legislación. Expresamente, el art. 105.1 GG establece la facultad legislativa exclusiva de la Federación sobre las aduanas y los monopolios fiscales. Asimismo, mediante la fórmula “La aplicación se regula por medio de ley federal” (“*Das Nähere regelt ein Bundesgesetz*”), se quiere significar en la Ley Fundamental que solo una ley federal, nunca una ley de *Land*, puede efectuar la regulación correspondiente (si bien habrá que determinar de qué tipo de legislación federal se trata, si exclusiva, concurrente o marco)⁴¹⁷. Por otro lado, también en aquellas disposiciones constitucionales en que se exija para la aprobación de la ley la autorización del Consejo Federal (por ejemplo, arts. 16a.2 y 3, 23.7, 87c GG, etc.) se estará fundando una facultad exclusiva federal, dado que solo una ley de este carácter requiere tal autorización del órgano constitucional federativo. Finalmente, también la “naturaleza de las cosas” se encuentra en la posición de fundar facultades legislativas exclusivas federales⁴¹⁸.

Sucede, en ocasiones, que los objetos materiales enumerados en los arts. 73 ss. GG están formulados de tal forma que una materia puede caer tanto bajo la facultad legislativa exclusiva federal como bajo la concurrente o la marco. En los casos en que se produzca una interconexión de diferentes tipos legislativos será necesario

⁴¹⁶ MAUNZ, T.: “Artikel 71 GG...”, p. 2. No obstante, esta última afirmación ha de matizarse sustancialmente, pues esa exclusión de los *Länder* del ámbito de la legislación exclusiva federal no lo es tanto cuando para la aprobación de la ley federal en cuestión se precise la autorización del Consejo Federal (vid. PÜTTNER, G. / KRETSCHMER, G.: *Die Staatsorganisation...*, p. 197).

⁴¹⁷ MAUNZ, T.: “Artikel 71 GG...”, en MAUNZ / DÜRIG / HERZOG / SCHOLZ: *Grundgesetz Kommentar IV...*, p. 3.

⁴¹⁸ PESTALOZZA, Ch. von: Artikel 71 GG, en MANGOLDT, H. von / KLEIN, F. / PESTALOZZA, Ch. von: *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, Tomo VIII, Artikel 70 bis 75 (*Die Gesetzgebungskompetenzen*), Verlag Franz Vahlen, München, 3.^a ed., 1996, p. 62.

llevar a efecto una interpretación de la competencia adecuada a la función que ha de desempeñar⁴¹⁹. Junto a ello pueden jugar un papel importante el criterio de la conexión material y el principio de la especialidad⁴²⁰. Y cuando la concurrencia en relación con la misma reserva material se produzca entre los objetos de la legislación exclusiva y concurrente se optará por la primera. Si se diese entre la legislación marco y la concurrente, se preferirá esta última. En todos estos casos, el legislador acudirá a la disposición competencial que le ofrezca posibilidades mayores de actuación⁴²¹.

Las leyes de *Land* que en el campo de las facultades legislativas exclusivas federales ya existan al tiempo de entrada en vigor de la Ley Fundamental no quedan derogadas por ésta; permanecerán en vigor como derecho federal dentro de su ámbito de aplicación (art. 124 GG) hasta que la Federación haga uso de su derecho a legislar. Quiere ello decir que cuando tales leyes ya estén promulgadas, el *Land* no podrá dictar ninguna ley nueva sobre el mismo campo y tampoco modificar o derogar las existentes, porque ahora caen, de acuerdo con los arts. 71 y 73 GG, bajo la facultad legislativa federal, adquiriendo, en virtud de la entrada en vigor de la Ley Fundamental, la propiedad de leyes federales⁴²².

No existe ninguna contradicción entre la legislación exclusiva federal, por un lado, y el hecho de que tales leyes federales, dado el caso, estén necesitadas de aprobación por el Consejo Federal, por el otro⁴²³. Simplemente la ley federal

⁴¹⁹ MAUNZ, T.: “Artikel 71 GG...”, en MAUNZ / DÜRIG / HERZOG / SCHOLZ: Grundgesetz Kommentar IV..., p. 4.

⁴²⁰ MAUNZ, T.: “Artikel 75 GG...”, pp. 7 ss.

⁴²¹ MAUNZ, T.: “Artikel 70 GG...”, p. 18. De otra opinión, PESTALOZZA, Ch. von.: “Artikel 75 GG...” , p. 1321, quien, en relación con la (derogada) norma marco federal, mantiene que no existe ninguna regla de “subsidiariedad” en virtud de la cual en los ámbitos en que coincidan temáticamente el título competencial del art. 75.1 GG con los títulos de los arts. 73-74a GG, hayan de prevalecer éstos como regla general por ser más especiales. Qué título en relación con otros es más especial es algo que se ha de tratar en cada caso particular y que nada tiene que ver con la cuestión de si un título federal permite una regulación completa o “solo” una regulación marco.

⁴²² MAUNZ, T.: “Artikel 71 GG...”, pp. 5 ss.

⁴²³ MAUNZ, T.: “Artikel 71 GG...”, p. 6.

habilitante precisará la aprobación del Consejo Federal cuando, dado el objeto de la habilitación, exista la necesidad de tal consentimiento, pero también cuando la ley, en otro lugar, contenga aspectos necesitados de tal aprobación⁴²⁴.

La posibilidad que el art. 71 GG otorga a la Federación de que por medio de ley ordinaria pueda habilitar a los *Länder* a legislar parte de los objetos que le corresponden en exclusiva, ha de materializarse de manera expresa, esto es, la ley federal habilitante debe contener una determinación al respecto que explícitamente establezca el hecho mismo de la habilitación, el delegatario, el contenido y la medida de la habilitación⁴²⁵. Se discute si el legislador federal puede imponer condiciones a los *Länder* con la habilitación. Según la doctrina preponderante, la Federación solo puede habilitar a los *Länder* a legislar, no puede someterles a ningún tipo de obligación; coaccionarles, en ningún caso⁴²⁶. A través de esta habilitación legal, que no tiene ni por qué dirigirse a todos los *Länder* ni por qué hacerlo con la misma intensidad, es posible materializar una diferenciación regional entre los *Länder*⁴²⁷. En realidad, este es su sentido primordial.

Del hecho de que el art. 71 GG se refiera a una facultad “de los *Länder*” se deriva que el beneficiario de esa habilitación solo puede serlo el legislador de *Land*⁴²⁸. En el caso de que la ley federal habilitara al *Land* a dictar reglamentos, no sería el art. 71 GG el determinante, sino el art. 80 GG, en virtud de cuyo apartado 4 también los *Länder* podrían legislar en el ámbito material de esa habilitación reglamentaria. Finalmente, una tercera vía que abre a los *Länder* la posibilidad de legislar en el ámbito de la legislación exclusiva federal es la de la “conexión material”; es decir, cuando una materia de la competencia exclusiva (o concurrente) de la Federación se

⁴²⁴ BVerfGE 8, 274 (294); 24, 184 (195); 37, 363 (380 ss.); 48, 127 (177); 55, 274 (319).

⁴²⁵ MAUNZ, T.: “Artikel 71 GG...”, p. 9; PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 71 GG...”, p. 70.

⁴²⁶ BOTHE, M.: Artikel 71 GG (*Ausschließliche Gesetzgebung*), en WASSERMANN, R.: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (*Reihe Alternativkommentare*), Tomo II, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 2.ª ed., 1989, p. 429.

⁴²⁷ BVerfGE 18, 407 (418).

⁴²⁸ BVerfGE 18, 407.

encuentre en conexión material con otra propia de los *Länder*, éstos podrán proceder también excepcionalmente a la regulación de aquélla⁴²⁹. Hecha la habilitación, el legislador de *Land* no tiene ninguna obligación de actuar, de dictar una ley. Además, la materia en cuestión no tiene por qué ser regulada de manera unitaria por todos los *Länder*⁴³⁰.

Las leyes que se dicten con motivo de una habilitación han de mantenerse dentro del marco de la misma y son leyes de *Land*, no derecho federal⁴³¹, y no prevalecen, por tanto, sobre éste, sino viceversa, salvo que la Federación habilite a los *Länder* a que deroguen su derecho federal existente⁴³².

El único límite indiscutible a la habilitación es que la Federación ostente la facultad legislativa en cuestión. Más allá se discute si existen otras barreras. La doctrina suele considerar, entre otros, como límites para el legislador federal los siguientes: una materia políticamente controvertida que no quiera ser regulada por el legislador federal, en razón de esas dificultades, no debería cederse a los *Länder*; hay materias que por su propia naturaleza no son susceptibles de transferencia a los *Länder* (por ejemplo, la conclusión de tratados internacionales que afectan a las relaciones políticas de la Federación con los Estados extranjeros, la ley sobre elecciones a la Dieta Federal, la organización de los órganos federales) o que solo convenientemente de manera unitaria pueden ser reguladas para todo el territorio federal⁴³³.

⁴²⁹ PESTALOZZA, Ch. von: "Artikel 71 GG...", pp. 56 y 65, mantiene, por ello, que la palabra "solo" del art. 71 GG es superflua, además de no ajustarse a la verdad. Lo mismo cabría decir –mantiene este mismo autor– de las expresiones "cuando y" e "y en la medida": una de ellas es superflua.

⁴³⁰ BVerfGE 18, 407 (415).

⁴³¹ BVerfGE 18, 407 (415).

⁴³² KUNIG: Artikel 71 GG (*Ausschließliche Gesetzgebung des Bundes*), en MÜNCH, I. von / KUNIG, P. (Ed.): Grundgesetz Kommentar, Tomo III (*Artikel 70 bis 146*), 3.^a ed., 1996, p. 25.

⁴³³ MAUNZ, T.: "Artikel 71 GG...", p. 11.

Se acepta, en general, que la habilitación a los *Länder* por medio de la ley federal haya de basarse en una razón objetiva, ya que sería cuando menos inquietante que el legislador federal delegara facultades legislativas exclusivas por incapacidad, inaptitud o mera comodidad⁴³⁴.

Se corresponde con el sentido de la habilitación que únicamente se ceda al legislador de *Land* una parte del objeto de la legislación exclusiva federal. La cesión completa de la regulación de la materia supondría, *de facto*, una reforma constitucional a través de una simple ley federal y sería, por ello, inconstitucional. El núcleo de cada campo material debe, por tanto, quedar en manos de la Federación⁴³⁵. Cabe también establecer por medio de la habilitación un marco para la legislación de *Land*. Y en la medida en que la ley de *Land* superara ese marco de la habilitación devendría nula por infracción del art. 71 GG⁴³⁶.

La habilitación puede ser revocada por derogación o modificación de la ley federal, así como porque la Federación entre a regular por sí misma la materia. Por regla general tal revocación ha de ser declarada expresamente⁴³⁷. También podría ser simplemente modificada en su alcance (ampliada o limitada). De este modo, los *Länder*, que hasta ahora estaban habilitados en tales casos, dejan de estarlo y, en consecuencia, no tienen ninguna facultad más de legislar. Las leyes de *Land* ya existentes, al faltar a partir de ahora la habilitación, son nulas por “vulneración” directa del art. 71 GG. Es, pues, de este precepto de donde se deriva directamente

⁴³⁴ KUNIG, P.: “Artikel 71 GG...”, p. 27; STERN, K.: *Das Staatsrecht...II...*, p. 592. Desde otra perspectiva, PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 71 GG...”, p. 67, sostiene que los motivos de la habilitación son insignificantes. De la misma opinión, SANNWALD, R.: *Artikel 71 GG (Ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes)*, en SCHMIDT-BLEIBTREU, B. / KLEIN, F.: *Kommentar zum Grundgesetz*, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.ª ed., 1999, p. 1020; PIEROTH, B.: *Artikel 71 GG (Ausschließliche Gesetzgebung des Bundes)*, en JARASS, H. D. / PIEROTH, B.: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar)*, C. H. Beck, München, 4.ª ed., 1997, p. 705, quien afirma incluso que la Federación puede delegar en los *Länder* por razones de “comodidad” (algo que SANNWALD, por ej., niega).

⁴³⁵ MAUNZ, T.: “Artikel 71 GG...”, p. 11; KUNIG, P.: “Artikel 71 GG...”, en MÜNCH, I. von / KUNIG, P. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar III...*, p. 27; PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 71 GG...”, p. 67.

⁴³⁶ SANNWALD, R.: “Artikel 71 GG...”, pp. 1019 ss.

⁴³⁷ *BVerfGE* 11, 200; 60, 161.

la derogación de la ley de *Land* y no de una posible declaración que pudiera hacer al respecto la ley federal modificadora o derogante de la habilitación⁴³⁸.

La habilitación del art. 71 se refiere solo a la legislación exclusiva federal. Pero también se puede deducir del sentido de la legislación concurrente, e incluso de la legislación marco y de la básica, que en estos casos también es válida.

En la práctica apenas si la Federación ha hecho uso de esta facultad de habilitación⁴³⁹, por lo que se puede concluir que, al margen de excepciones atípicas, en el ámbito de las competencias exclusivas a que se refiere el art. 71 GG actúa únicamente la Federación⁴⁴⁰. No obstante, ello no impide valorar positivamente la existencia de esta posibilidad de que los *Länder* en el campo de las facultades legislativas exclusivas de la Federación puedan ser habilitados para dictar leyes, dado que un mecanismo así, por su flexibilidad, puede evitar el acudir siempre a las reformas constitucionales⁴⁴¹.

La determinación de los objetos de la legislación exclusiva federal está estrechamente relacionada con la diferenciación entre la legislación federal y la de *Land*. Sin embargo, más allá también tiene derivaciones para todas las actividades y órganos de la Federación, de los *Länder* y de los municipios. Del efecto barrera del art. 71 a favor de la Federación se deriva para los *Länder* y los municipios una prohibición de actividades que menoscaben el ámbito de regulación de la competencia federal exclusiva o que sitúe al legislador federal bajo presión⁴⁴².

Cuando una determinada materia no sea objeto ni de la legislación exclusiva, ni de la concurrente, ni de la marco, ni de la básica de la Federación, pertenece entonces

⁴³⁸ PESTALOZZA, Ch. von: "Artikel 71 GG...", p. 76; MAUNZ, T.: "Artikel 71 GG...", p. 12.

⁴³⁹ DEGENHART, Ch.: *Staatsrecht I...*, p. 49.

⁴⁴⁰ IPSEN, J.: *Staatsrecht I...*, 11.ª ed., 1999, p. 136.

⁴⁴¹ KUNIG, P.: "Artikel 71 GG...", p. 29.

⁴⁴² *BVerfGE* 8, 117.

a la competencia exclusiva de los *Länder*. En este ámbito de la legislación exclusiva de *Land* la Federación tiene vetada cualquier regulación legal⁴⁴³, siendo inválida la renuncia por parte de los *Länder* a esta competencia exclusiva⁴⁴⁴.

G.3.c) La legislación concurrente federal (konkurrierende Bundesgesetzgebung)

La legislación concurrente encuentra su definición constitucional básica en el art. 72 GG, que –con anterioridad a la reforma constitucional de 2006- dispone lo siguiente:

“(1) En el ámbito de la legislación concurrente los *Länder* tienen la facultad de legislar mientras y en la medida en que la Federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa.

(2) La Federación tiene en este ámbito el derecho a legislar cuando y en la medida en que la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o la preservación de la unidad jurídica o económica en interés general del Estado haga indispensable una regulación federal⁴⁴⁵.

(3) Puede ser determinado por medio de ley federal que pueda ser sustituida por derecho de *Land* una regulación legal federal para la que ya no se dé más la indispensabilidad en el sentido del apartado 2⁴⁴⁶.”

Antes de nada, conviene aclarar que aquí, al contrario de lo que sucedía en el supuesto de la legislación exclusiva, la denominación del tipo legislativo es “engañosa”, pues, en sentido estricto, no se da ninguna verdadera concurrencia entre la legislación federal y la de *Land* en la regulación de los campos materiales

⁴⁴³ MAUNZ, T.: “Artikel 71 GG...”, p. 19.

⁴⁴⁴ *BVerfGE* 1, 35; 4, 139.

⁴⁴⁵ Este apartado fue parcialmente modificado, según veremos, en 2006.

⁴⁴⁶ Este apartado fue completamente modificado, según veremos, en 2006.

correspondientes⁴⁴⁷. No existe, por tanto, una concurrencia de las leyes de la Federación y de los *Länder*, al menos, no en los ámbitos de los arts. 74 y 74a GG, que son los que contienen los catálogos principales de las materias objeto de esta facultad legislativa. Otra cosa sucede en los casos de la legislación marco y de la legislación básica federal, donde sí se puede hablar de una auténtica concurrencia normativa, pero –como se aclaró más arriba- en este trabajo se parte de la base de que éstos son tipos legislativos autónomos y, en consecuencia, se estudian de modo independiente más adelante.

Lo que sí puede suceder es que en el ámbito de la legislación concurrente el legislador federal actúe como en el supuesto de la legislación marco, es decir, que en vez de regular por ley la totalidad o parte de una materia de manera exhaustiva, se limite a dictar una ley susceptible de ser completada por el normador de *Land*⁴⁴⁸. Entonces sí que se podría hablar de una auténtica concurrencia normativa, en tanto que dos normas provenientes de distintos legisladores se aplican simultáneamente a la regulación completa de una determinada materia. No obstante, y pese a que la reserva material se encuentre dentro de las denominadas competencias concurrentes, en realidad, en este supuesto lo que se está haciendo es proyectar el tipo legislativo “ley federal marco” en el ámbito de desenvolvimiento de otro tipo legislativo, “ley federal concurrente”, lo que, aun siendo perfectamente posible, no

⁴⁴⁷ STERN, K.: Das Staatsrecht...II..., p. 593; MAUNZ, T.: Artikel 72 GG (*Konkurrierende Gesetzgebung*), en MAUNZ / DÜRIG / HERZOG / SCHOLZ: Grundgesetz Kommentar, Tomo IV, C. H. Beck, Lfg. 23, 1984, p. 4; SANNWALD, R.: Artikel 72 GG (*Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes*), en SCHMIDT-BLEIBTREU, B. / KLEIN, F.: Kommentar zum Grundgesetz, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.ª ed., 1999, p. 1026, mantienen que hubiera sido preferible emplear la expresión “legislación prevalente”, tal y como se proponía en la Convención del lago Herrenchiem y en el Consejo Parlamentario, en vez de la de “concurrente”, mucho más confusa, dado que, en todo caso, lo que se da es una “concurrencia no auténtica”. A “concurrencia falsa” se refieren también, entre otros, KUNIG, P.: Artikel 72 GG (*Konkurrierende Gesetzgebung*), en MÜNCH, I. von / KUNIG, P. (Ed.): Grundgesetz Kommentar, Tomo III (*Art. 70 bis Art. 146*), C. H. Beck, München, 3.ª ed., 1996, p. 32; STETTNER, R.: Artikel 72 GG (*Konkurrierende Gesetzgebung des Bundes*), en DREIER, H. (Ed.): Grundgesetz Kommentar, Tomo II (*Artikel 20-82*), Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 1349. Sobre la confusión que puede generar una denominación así, vid. IPSSEN, J.: *Staatsrecht I...*, 11.ª ed., 1999, p. 138.

⁴⁴⁸ MAUNZ, T.: “Artikel 72 GG...”, p. 6.

desvirtúa la afirmación precedente de que en el campo de la legislación concurrente no se da ninguna genuina concurrencia normativa.

En el ámbito de aplicación de este art. 72 GG cabe imaginar cinco diferentes supuestos de relación normativa y en ninguno de ellos se produce esa concurrencia anunciada por el apartado 1 de ese mismo precepto:

a) Que se dé la “indispensabilidad” (“*Erforderlichkeit*”) a que se refiere el apartado 2 y que la Federación dicte su legislación antes de que lo hayan hecho los *Länder*. En tal caso, éstos no podrán promulgar de ahora en adelante válidamente ley alguna con el fin de regular ese mismo ámbito material; el apartado 1 lo impide.

b) Que se dé la “indispensabilidad” referida y que la Federación dicte su legislación después de que lo hubieran hecho los *Länder*. A partir de ese momento las leyes de *Land* existentes, hasta ahora válidas, devendrían nulas por aplicación igualmente del apartado 1.

c) Que se dé esa susodicha “indispensabilidad” y que la Federación no dicte legislación alguna. En tal caso, los *Länder* podrán regular por sí mismos la totalidad de la materia⁴⁴⁹.

d) Que no se dé esa “indispensabilidad”. En tal supuesto, la Federación no podrá válidamente entrar a regular por medio de ley esos ámbitos materiales. Los *Länder* serían competentes en exclusiva.

e) Que la Federación haya aprobado su legislación en un momento en que el requisito de la “indispensabilidad” existía y que éste con

⁴⁴⁹ Sin embargo, como advierte MAUNZ, T.: “Artikel 75...”, p. 9, esta posibilidad de los *Länder* de regular una materia objeto de la competencia concurrente federal ante la inactividad de la Federación solo es válidamente concretable cuando no fuese reconocible una intención clara por parte de la Federación de dejar libre de regulación esa materia.

posterioridad desaparezca. En tal supuesto los *Länder* no podrán dictar ley válida alguna en ese ámbito hasta que una ley federal autorice la sustitución de la normativa federal por la de *Land* (art. 72. 3 GG). Entretanto seguirá siendo aplicable la legislación de la Federación.

Así pues, en ninguno de estos supuestos se produce una genuina “conurrencia” normativa: o bien existe una regulación federal o bien una de *Land*, pero no ambas simultáneamente⁴⁵⁰. De ahí que hablar de “legislación concurrente” sea, cuando menos, una imprecisión lingüística que puede conducir a equívoco. En realidad, salvando las distancias, también nos encontramos aquí ante facultades legislativas exclusivas que, en todo caso, se diferencian de las previstas en los arts. 71 y 73 GG por su dependencia de una condición: la “indispensabilidad” de la regulación federal en orden a la consecución de determinados objetivos previstos en el apartado 2 del art. 72 GG⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ Esto, como veremos, deja de ser así a partir de la reforma constitucional de 2006, con la introducción de la controvertida legislación divergente de los *Länder*.

⁴⁵¹ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 72 GG”..., pp. 147 y 161 ss., aunque afirma que, en efecto, nunca se produce una auténtica concurrencia normativa (o, al menos, no en el ámbito de los arts. 74 y 74a GG; pero sí en el del art. 75 GG –legislación marco- que, en su opinión, forma parte de las competencias concurrentes federales, al igual que la legislación básica federal) sostiene, sin embargo, que sí es posible hablar de una concurrencia competencial, solo en el caso de que se dé la condición de la “indispensabilidad” del art. 72.2 GG: existiría una facultad de la Federación y otra de los *Länder* para legislar hasta el momento en que aquella hiciera uso de la misma. En este sentido, podría defenderse –según este mismo autor- la existencia de una “competencia doble”, en tanto que dos organizaciones estatales (Federación y *Länder*, en este caso) serían competentes para una y la misma cosa, siempre que se dieran al tiempo las siguientes condiciones: “indispensabilidad” de la regulación federal e inactividad de la Federación. Así pues, se trataría de una competencia doble que, por supuesto, no se traduciría en la posibilidad de que simultáneamente esas dos organizaciones hicieran uso de sus respectivas competencias, pues a partir del momento en que la Federación dictare su legislación, surgiría para los *Länder* un efecto barrera de cara al futuro y quedarían invalidadas las leyes de *Land* ya existentes. Esto probaría –continúa PESTALOZZA- que la opinión común de que la Ley Fundamental no conoce “competencias dobles” es solo correcta cuando se incluye el hecho de hacer uso de las mismas.

Al margen de otras consideraciones, defender la existencia de una teórica concurrencia competencial que jamás podrá en la práctica convertirse en concurrencia normativa no parece si no querer hacer “fuegos de artificio” sin mayor trascendencia que, en el mejor de los casos, podrían justificar la corrección del vocablo “concurrente” del apartado 1 del art. 72 GG lo que, dicho sea de paso, ni siquiera es muy creíble, dado que este adjetivo califica al sustantivo “legislación” y no al de “competencia” y, como se ha repetido ya sobradamente, las leyes federales y las de *Land* nunca podrán concurrir válidamente en orden a la regulación de una determinada materia.

El ámbito de la impropriadamente llamada “legislación concurrente”, si bien se ha de derivar de las determinaciones constitucionales, no siempre resulta evidente. Así, es indudable que en los casos de los arts. 74 y 74a GG nos hallamos ante supuestos de este tipo legislativo. También los arts. 105.2 y 115c GG se refieren a la “legislación concurrente”, lo que no obsta para que no exista una correspondencia exacta con la regulación definitoria que efectúa el art. 72 GG. Lo mismo cabría decir del art. 125 GG y del art. 9.4 del Tratado de Unificación, en los que asimismo se hace una mención expresa a la “legislación concurrente”.

Mientras en el art. 74 GG se contiene el catálogo general de los campos materiales a que se extiende la legislación concurrente⁴⁵², el art. 74a GG, por su parte, se refiere a este mismo tipo de legislación pero solo en lo relativo a la remuneración y a la seguridad social de los empleados de servicios públicos⁴⁵³. Pese a que ninguno de ellos se remite a las condiciones del apartado 2 del art. 72 GG se ha de entender que las mismas son también aquí aplicables⁴⁵⁴.

De conformidad con el art. 105.2 GG:

“La Federación ostenta la legislación concurrente sobre el resto de los impuestos cuando a ella le corresponda en parte o en su totalidad el producto de los mismos o cuando se cumplan las condiciones del art. 72.2.”

La diferencia con el art. 72 GG se encuentra, por tanto, en que en el caso del art. 105.2 GG no tienen por qué darse necesariamente las condiciones del apartado 2 del art. 72 GG para que la Federación pueda dictar su normativa correspondiente, dado que bastaría con que a la misma le correspondiera una parte o la totalidad del producto de esos impuestos para que estuviera habilitada para legislar. Esto supone

⁴⁵² Este precepto experimentó una importante alteración en 2006.

⁴⁵³ Este precepto fue derogado en 2006.

⁴⁵⁴ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 72 GG...”, p. 153.

una ampliación del ámbito de la legislación concurrente, concretamente a un caso que el art. 72 GG desconoce⁴⁵⁵.

Por su parte, el art. 115c.1 GG establece lo que sigue:

“La Federación tiene para el caso de defensa el derecho a la legislación concurrente también en los campos materiales que pertenezcan a la competencia legislativa de los *Länder*. Estas leyes precisan el consentimiento del Consejo Federal.”

En este precepto se amplía la facultad legislativa (concurrente) de la Federación a ámbitos materiales que, en un principio, le estarían vedados, por pertenecer a la facultad legislativa de los *Länder*. No está tan claro, sin embargo, si, al igual que sucede con los arts. 74 y 74a GG, también aquí se han de entender aplicables las condiciones del apartado 2 del art. 72 GG. Todo parece indicar que en el marco de este precepto la única condición necesaria para que la Federación pueda dictar esa legislación (concurrente) pasa por la declaración del estado de defensa. Sucede, no obstante, que una cosa así, de tal gravedad, implícitamente suele conllevar la necesidad de una regulación unitaria federal que preserve la unidad jurídica y, en su caso, también económica⁴⁵⁶.

En el art. 125 GG se establece lo siguiente:

“El derecho que se refiera a objetos de la legislación concurrente federal se convertirá en derecho federal dentro de su ámbito de aplicación:

1. en la medida en que se aplique dentro de una o más zonas de ocupación de manera uniforme,

⁴⁵⁵ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 72 GG...”, pp. 148 ss.

⁴⁵⁶ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 72 GG...”, p. 153, sin dejar margen para la duda, afirma que también en el ámbito de este art. 115c GG se han de entender aplicables las condiciones del art. 72.2 GG.

2. en la medida en que se trate de un derecho que haya modificado derecho del *Reich* anterior al 8 de mayo de 1945.”

Este precepto tiene en común con los arts. 74, 74a y 115c.1 GG que tampoco en él se menciona expresamente la condición de la “necesidad” del art. 72.2 GG en su antigua redacción (a partir de la reforma de 1994: “indispensabilidad”). Este silencio significa aquí que la transformación del derecho “viejo” en nuevo derecho federal no depende de la existencia o no de esa “necesidad”. Bastaría con que se cumplieren las condiciones que el propio art. 125 GG especifica para que tal transformación tenga lugar válidamente. De igual modo, tampoco este precepto dispone qué tipo legislativo federal nuevo surge como consecuencia de esa mutación normativa. Que se trate de un derecho “viejo” relativo al ámbito material de la legislación concurrente hace suponer que en el futuro también será éste el tipo de legislación apropiado, siempre y cuando se cumplan, ahora sí, las condiciones expresamente previstas en el apartado 2 del art. 72 GG⁴⁵⁷.

El art. 9.4 del Tratado de Unificación pretende, al igual que el art. 125 GG, ampliar el alcance del derecho federal en el ámbito de la legislación concurrente, sin que el legislador federal como tal haya actuado, y, en concreto, en lo relativo al derecho de la antigua República Democrática de Alemania que según el art. 9.2 y 3 sigue siendo válido:

“En la medida en que concierna a objetos de la legislación concurrente o marco, sigue valiendo como derecho federal, cuando y en la medida en que se refiera a campos materiales que en el resto del ámbito de aplicación de la Ley Fundamental sean regulados jurídico federalmente.”

Aunque esta transformación –como en el caso del art. 125 GG- no se encuentre sujeta de manera directa a la “necesidad” del art. 72.2 GG (a partir de la reforma de

⁴⁵⁷ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 72 GG...”, p. 156.

1994: “indispensabilidad”), implícitamente se presupone su existencia, dado que la regulación jurídica federal “en el resto del ámbito de aplicación de la Ley Fundamental” presupone por su parte la existencia de una “necesidad”. Por su parte, la modificación del derecho así transformado de la República Democrática de Alemania presupuso en su momento la existencia de una “necesidad” en el sentido del art. 72.2 GG en su antigua redacción y presupone hoy en día la “indispensabilidad” en el sentido del art. 72.2 GG en su nueva redacción. En esta medida, no hay diferencia con la modificación del derecho que de acuerdo con el art. 125 GG se transformó en derecho federal⁴⁵⁸.

La facultad de los *Länder* para legislar en el ámbito de la legislación concurrente se hace depender -como ya se ha anunciado- de la existencia o no de una regulación federal al respecto. Dada la “indispensabilidad” en el sentido del apartado 2 del art. 72 GG, la primera habilitada para dictar la normativa correspondiente sería la Federación. Solo en el supuesto de que ésta no lo hiciera o de que no agotare exhaustivamente o de modo definitivo la regulación de la materia⁴⁵⁹, estarían los *Länder* legitimados para dictar su propia legislación. La misma consecuencia jurídica se produce cuando una regulación exhaustiva de la Federación contiene reservas (habilitaciones o normas en blanco) a favor del legislador de *Land*⁴⁶⁰, cuando para la

⁴⁵⁸ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 72 GG...”, p. 160.

⁴⁵⁹ En este sentido se ha de interpretar la expresión “en la medida” (“soweit”) según la doctrina dominante y el propio Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGE* 1, 283 (296); 2, 232 (235); 7, 342 (347); 18, 407 (415); 20, 238 (248); 21, 106 (115); 32, 319 (327); 62, 354 (369); 83, 363 (379 ss.); 85, 226 (234)). No basta, pues, con que el legislador federal haya actuado, sino que tiene que haber querido regular el campo material de modo definitivo, de manera que no quede margen alguno para la regulación de *Land* (*BVerfGE* 34, 9 (28)). Además, una laguna jurídica deliberadamente querida por el legislador federal tampoco puede ser rellenada por los *Länder*. En cualquier caso, es jurídicamente problemático determinar si el legislador federal ha agotado o no la regulación de un concreto ámbito material o si, por el contrario, se ha limitado a regular una parte; sea como fuere, ello solo se podrá deducir de una valoración global del complejo normativo correspondiente (además de las sentencias antes citadas, vid. también: *BVerfGE* 49, 343 (358); 56, 110 (119); 58, 208 (228 ss.); 67, 299 (324)). Por último, conviene dejar constancia de que en este ámbito de las competencias concurrentes queda también excluida la legislación de *Land* coincidente en cuanto al contenido con la federal (*BVerfGE* 37, 191), sin que ello sea de aplicación al derecho constitucional de *Land* del mismo contenido (*BVerfGE* 36, 342 (362 ss.)).

⁴⁶⁰ Vid. *BVerfGE* 20, 238 (251); 21, 106 (115); 24, 367 (386); 33, 224 (229); 35, 67 (73 ss.); 78, 132 (144 ss.); 83, 24 (30 ss.). Cuando el legislador federal quiera recuperar una habilitación cedida al

parte no regulada por la Federación del ámbito material en cuestión se habilita al Gobierno de *Land* para dictar normas reglamentarias⁴⁶¹ o cuando, en general, se produce una remisión dinámica al derecho de *Land*. Se trata, en todo caso, tanto para la Federación como para los *Länder*, de una facultad de legislar (*Befugnis zur Gesetzgebung*) o de un derecho a legislar (*Gesetzgebungsrecht*), no de una obligación⁴⁶². En ningún caso la Federación podría en el campo de la legislación concurrente dictar una ley que obligara a los *Länder* a legislar.

Las leyes de *Land* que se dictaren en el ámbito de las competencias concurrentes cuando la Federación ya hubiera hecho uso de su facultad serían inválidas (nulas) por vulneración del art. 72.1 GG⁴⁶³. La derogación de la ley de *Land*, por tanto, se derivaría directamente de la Constitución, no de una posible declaración que a tal efecto hiciera la ley federal.

Más dudas plantea la cuestión de qué hacer con las leyes de *Land* ya existentes, esto es, aquéllas que se dictaron antes de que la Federación hubiera hecho uso de su facultad legislativa correspondiente. Cuando la Federación dicta su ley en el ámbito de la legislación concurrente con efectos retroactivos, no cabe duda de que la ley de *Land* relativa al mismo ámbito material queda derogada. Cuando la Federación hace un uso no retroactivo de su facultad legislativa, en todo caso,

legislador de *Land* debe declararlo por regla general de manera expresa (*BVerfGE* 11, 192 (200); 60, 135 (161)).

⁴⁶¹ Vid. *BVerfGE* 7, 120 (124); 47, 285 (314); 78, 205 (210).

⁴⁶² PESTALOZZA, Ch. von: "Artikel 72 GG...", pp. 164 ss., aunque reconoce que del art. 72 GG no se deriva deber alguno de legislar, afirma asimismo que bajo ciertas circunstancias los *Länder* podrían estar obligados a dictar leyes en el ámbito de la legislación concurrente, obligación que, antes que nada, incumbiría a la Federación. Una dejación de su responsabilidad por parte de esta última no excusaría a aquéllos del cumplimiento de la suya propia.

⁴⁶³ PESTALOZZA, Ch. von: "Artikel 72 GG...", pp. 175 ss., de acuerdo con su distinción entre concurrencia competencial (posible) y concurrencia legislativa (imposible), sostiene que las leyes de *Land* dictadas en la medida en que la Federación esté haciendo válidamente uso de su facultad legislativa son inválidas por vulneración del art. 72.1 GG, por ser contrarias, pues, a las reglas competenciales. Por el contrario, las leyes de *Land* dictadas una vez que el procedimiento legislativo ya ha concluido, esto es, cuando la ley federal ya existe, no solo serían contrarias al orden competencial sino que también vulnerarían la correspondiente ley federal y, en consecuencia, podría decirse que en tal caso su invalidez derivaría de esta última contradicción, es decir, del art. 31 GG.

aparece un efecto barrera de cara al futuro para el legislador de *Land*, pero no está tan claro si las leyes de *Land* ya existentes quedan o no derogadas o, al menos, ello no se deduce directamente con facilidad del art. 72.1 GG⁴⁶⁴. No obstante, una interpretación de este precepto adecuada a su finalidad permite concluir lo siguiente: las leyes de *Land* existentes devienen inválidas a partir del momento en que la Federación, porque se cumple el requisito de la “indispensabilidad” del apartado 2, hace uso de su facultad legislativa. El art. 72.1 GG prima, en todo caso, en el ámbito de la legislación concurrente, la validez de la ley federal sobre la validez de la ley de *Land*, dada la imposibilidad ya conocida de que las dos normas convivan simultáneamente. Por consiguiente, la invalidez de la ley de *Land* por vulneración del orden competencial se derivaría directamente no del art. 31 GG relativo a la prevalencia del derecho federal, sino del art. 72.1 GG⁴⁶⁵.

El efecto barrera o prohibición que existe para los *Länder* de dictar leyes propias en el ámbito de la legislación concurrente “mientras” (efecto barrera temporal – *zeitliche Sperrwirkung*) y “en la medida” (efecto barrera material – *inhaltliche Sperrwirkung*) en que la ley federal esté en vigor, comienza -según opinión generalizada- a partir de la conclusión formal del procedimiento legislativo, es decir, con la publicación de

⁴⁶⁴ Según PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 72 GG...”, pp. 179 ss., porque este no es el asunto del art. 72 GG: este precepto regula el reparto y la relación entre las competencias concurrentes federales y las de *Land*, pero no la concurrencia normativa. Para la regulación de tal relación competencial solo toma –en cierto modo, de manera excepcional- las normas como ayuda y, en concreto, las normas de la Federación, pero no para ordenar su relación con las normas de los *Länder*, sino para definir, apoyándose en ellas, la relación de la competencia federal con la competencia de *Land*. En opinión de este autor, la relación internormativa es el asunto del art. 31 GG; este precepto explica por qué las leyes de *Land* existentes son derogadas (con efectos *ex nunc*) a partir del uso que mediante ley la Federación haga de su competencia concurrente. El art. 72 GG, pues, solo impide el derecho de *Land* contrario al orden competencial, pero las leyes de *Land* dictadas antes de que el legislador federal hubiera actuado eran adecuadas a ese orden competencial. Vid. también *BVerfGE* 29, 11 (17); 36, 342 (363 ss.).

⁴⁶⁵ VOGEL, J. J.: “El régimen federal...”, p. 641; KUNIG, P.: “Artikel 72 GG...”, p. 36; DEGENHART, Ch.: Artikel 72 GG (*Konkurrierende Gesetzgebung*), en SACHS, M. (Ed.): Grundgesetz Kommentar, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2.^a ed., 1999, p. 1405; PIEROTH, B.: Artikel 72 GG (*Konkurrierende Gesetzgebung des Bundes*), en JARASS, H. D. / PIEROTH, B.: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (*Kommentar*), C. H. Beck, München, 4.^a ed., 1997, p. 708, por su parte, mantiene que este apartado 1 del art. 72 GG es *lex specialis* en relación con el art. 31 GG. De otra opinión: STEIN, E.: *Staatsrecht...*, p. 123, quien al igual que PESTALOZZA (vid. nota al pie anterior) mantiene que la derogación de las leyes de *Land* derivaría de la cláusula de prevalencia del derecho federal del art. 31 GG.

la ley⁴⁶⁶, y termina, en el caso de que la ley federal estuviera sujeta a una condición resolutive, cuando la misma sobrevenga; en otro caso, concluirá o bien con la derogación de la ley federal o bien con la autorización por medio de ley federal de que, una vez desaparecida la condición de la “indispensabilidad” del apartado 2, la regulación federal hasta entonces existente pueda ser sustituida por derecho de *Land* (art. 72.3 GG). Lo mismo cabría decir respecto del derecho dictado en su momento de acuerdo con el antiguo apartado 2 del art. 72 GG: seguirá valiendo como derecho federal, si bien podrá ser determinado por medio de ley federal que pueda ser sustituido por derecho de *Land* (art. 125a GG)⁴⁶⁷.

Por lo que se refiere al efecto barrera material se ha de distinguir si la ley federal ha regulado de manera exhaustiva (definitiva) o no el objeto en cuestión. Para determinar tal cosa se ha de realizar una valoración global del complejo normativo afectado⁴⁶⁸, de modo que una regulación federal será exhaustiva cuando el legislador federal quiera regular un ámbito material (aspecto subjetivo) y, en efecto, lo regule (aspecto objetivo), de manera que no reste ningún espacio libre para que el legislador de *Land* pueda dictar su propia normativa. Si tal no fuera el caso, esto es,

⁴⁶⁶ BOTHE, M.: Artikel 72 GG (*Konkurrierende Gesetzgebung*), en WASSERMANN, R.: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (*Reihe Alternativkommentare*), Tomo II, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 2.ª ed., 1989, p. 432; PIEROTH, B.: “Artikel 72 GG...”, p. 709; DEGENHART, Ch.: “Artikel 72 GG...”, p. 1404. No obstante, el propio Tribunal Constitucional Federal ha reconocido que en un caso concreto, la exigencia del comportamiento federal amistoso puede demandar una anticipación de ese término (*BVerfGE 34, 9 (29)*). De otra opinión: SANNWALD, R.: “Artikel 72 GG...”, p. 1027, para quien el efecto barrera entra en vigor a partir del último trámite legal parlamentario imprescindible (de la Dieta Federal o del Consejo Federal), no siendo determinante la ratificación del Presidente Federal o la publicación en el diario oficial federal.

⁴⁶⁷ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 72 GG...”, p. 182, advierte además que tal prohibición de legislar, antes de la reforma constitucional de 15 de noviembre de 1994, concluye también con el final de la “necesidad” a que se refería el antiguo apartado 2 del art. 72 GG; las leyes de *Land* existentes en el momento en que la Federación hizo uso de su competencia habrían quedado suspendidas solamente de acuerdo con el art. 31 GG, por lo que de ahora en adelante, desaparecida la necesidad, revivirían; por su parte, las leyes de *Land* que a partir de ese instante fueran dictadas prevalecerían sobre las leyes federales subsistentes, en lo sucesivo contrarias al orden competencial, poniendo así fin a su validez. No es ésta, sin embargo, la opinión mayoritaria, sino la que defiende que en el primer supuesto no se produciría una suspensión, sino una derogación, por lo que haría falta dictar una nueva ley de *Land*, y, en el segundo, la que pasa por exigir que para que tal “prohibición” finalizase se precisaría también una ley federal que así lo determinara.

⁴⁶⁸ *BVerfGE 2, 29 (44); 68, 319 (328)*.

si la regulación federal no fuera exhaustiva, aún le quedará al legislador de *Land* un margen dentro del cual podrá moverse su propia normativa⁴⁶⁹.

Desaparecida la prohibición, pues, los *Länder* recuperan su competencia, de modo que si quieren volver a regular las materias correspondientes al campo de la legislación concurrente habrán de promulgar nuevas leyes (o reglamentos), dado que las antiguas no reviven, quedaron anuladas.

Las condiciones que el apartado 2 de este art. 72 GG fija para que el legislador federal tenga derecho a legislar en el ámbito de las competencias concurrentes son éstas⁴⁷⁰:

a) “[C]reación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal”: son aquéllas en las que se desenvuelve la actividad vital de los ciudadanos, no de las instituciones, que, en última instancia, no “viven”⁴⁷¹; tales condiciones de vida son de carácter social, asistencial, económico, etc.; que el objetivo sea la “creación” de esa equivalencia solo significa que cualquier medida orientada a tal fin ya justifica la regulación federal, es decir, no solo la plena consecución del objetivo ampara la “indispensabilidad” de la regulación federal; que “equivalencia” no sea sinónimo de identidad⁴⁷² supone una elevación de las exigencias para el legislador federal⁴⁷³; aunque el fin sea la “creación” de condiciones de vida equivalentes en (todo) el territorio federal, también toda medida orientada a favorecer la consecución de ese objetivo se encuentra aquí comprendida⁴⁷⁴.

⁴⁶⁹ MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, p. 215.

⁴⁷⁰ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 72 GG...”, pp. 192 ss.

⁴⁷¹ DEGENHART, Ch.: *Staatsrecht I...*, p. 46, desde otra perspectiva, sostiene que aunque en ese objetivo a alcanzar de la equivalencia de las condiciones de vida no haya referencia expresa alguna a los intereses generales del Estado, de todos modos tal equivalencia se refiere a ellos.

⁴⁷² DEGENHART, C.: “Artikel 72 GG...”, p. 1399.

⁴⁷³ SANNWALD, R.: “Artikel 72 GG...”, p. 1035.

⁴⁷⁴ SANNWALD, R.: “Artikel 72 GG...”, p. 1034.

b) “[P]reservación de la unidad jurídica o del sistema económico en interés general del Estado”: interesa destacar aquí que esa “unidad jurídica” apela a un derecho proveniente de una misma fuente normativa; se trata, pues, de un concepto que se encuentra en contraposición con los de variedad e igualdad jurídicas, en tanto que variedad jurídica supone que en un territorio determinado sea aplicable diferente normativa al mismo tipo de reserva material, mientras que igualdad jurídica viene a significar derecho concordante proveniente de diversas fuentes normativas.

Por su parte, la “unidad del sistema económico en interés general del Estado” se ha presentado frecuentemente como un supuesto de la “unidad jurídica”⁴⁷⁵, no obstante, es posible encontrar algunos ámbitos en que tal identificación no tiene por qué producirse necesariamente; en todo caso, la razón que justifica la preservación de esa unidad jurídica y del sistema económico son los “intereses generales”⁴⁷⁶, no los particulares intereses de otras unidades políticas, administrativas o personales, lo que no quiere decir, ni mucho menos, que dentro de ese interés general no se incluya asimismo la preservación de otros intereses más singulares que, finalmente, son los que le dan razón de ser; “preservación” (“*Wahrung*”) de la unidad jurídica y del sistema económico no significa únicamente “conservación” (“*Bewahren*”), “fijación” (“*Festhalten*”) o “afianzamiento” (“*Befestigen*”) de lo ya existente, sino también la “consecución”

⁴⁷⁵ Vid., por ej., DEGENHART, Ch.: *Staatsrecht I...*, p. 46.

⁴⁷⁶ SANNWALD, R.: “Artikel 72 GG...”, pp. 1037 ss, sostiene, sin embargo, que de acuerdo con la historia de la aprobación de este art. 72.2 GG, solo en el supuesto de la “unidad jurídica”, y no en el de la “unidad del sistema económico” se vincula la competencia federal al postulado de los “intereses generales”. Para este mismo autor, la determinación de lo que esos “intereses generales” son, requiere una interpretación en la que se han de tener en cuenta las determinaciones estructurales y las decisiones de valor de la Ley Fundamental que sean significativas en el reparto de competencias legislativas entre la Federación y los *Länder*. Así, para unos es la exigencia derivada del principio del Estado federal (art. 20.1 GG) de garantía de la estatalidad federal, es decir, por un lado, el conjunto integrado de la estatalidad federal y, por el otro, el respeto de la independencia de los *Länder*, así como la garantía de sus propias competencias legislativas; para otros, se trata también de asegurar la exigencia de la capacidad de obrar del Estado global a través de un reparto equitativo de tareas y de materias entre la Federación y los *Länder*; por último, hay quienes consideran que el objetivo es asegurar el mantenimiento de la eficacia derivada del principio del Estado de derecho (art. 20.3 GG). Sea como fuere, es a la Federación a la que corresponde en exclusiva la concreción de lo que esos “intereses generales” significan.

(“*Bewirken*”) de algo nuevo⁴⁷⁷; al igual que en el caso de la “creación” de condiciones de vida equivalentes, aquí la “preservación” de la unidad jurídica y del sistema económico se presenta como un objetivo, lo que significa que también será “ineludible” una regulación federal que tienda a hacer más próxima la consecución del mismo⁴⁷⁸.

c) Que la consecución de uno o de los dos objetivos anteriores haga “indispensable” una regulación federal⁴⁷⁹; ello no se traduce, sin embargo, en la

⁴⁷⁷ MAUNZ, T.: “Artikel 72 GG...”, p. 11; SANNWALD, R.: “Artikel 72 GG...”, p. 1037.

⁴⁷⁸ SANNWALD, R.: “Artikel 72 GG...”, p. 1037.

⁴⁷⁹ Hasta la reforma constitucional de 15 de noviembre de 1994 la condición era más atenuada, se hablaba solo de “necesidad”. Precisamente, esta reforma, resultado de una constante demanda de los *Länder* a favor de un fortalecimiento del federalismo que en los últimos lustros había derivado hacia una progresiva pérdida de su poder competencial, ha pretendido acentuar esa función de límite a la regulación federal excesiva que la anterior cláusula no había logrado, sobre todo, por la “obligatoria discrecionalidad” de que gozaba el legislador federal en la interpretación de lo que fuera o no necesario (*BVerfGE* 13, 230 (233 ss.); 33, 224 (229)), correspondiéndole al Tribunal Constitucional Federal solo controlar si esos difusos límites se habían sobrepasado “clara y evidentemente” o si había existido un “mal uso de la discrecionalidad” (*BVerfGE* 1, 264 (272 ss.); 2, 213 (224 ss.); 4, 115 (127); 10, 234 (245 ss.); 13, 230 (233); 26, 338 (382 ss.); 33, 224 (229); 34, 9 (39); 39, 96 (114 ss.); 65, 283 (289); 67, 299 (327); 78, 249 (270)).

BOTHE, M.: “Artikel 72 GG...”, p. 433, denuncia esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal que viene a reconocer que la existencia o no de esta cláusula de necesidad constituye una cuestión discrecional que por su naturaleza no es justiciable, en tanto en cuanto resulta difícilmente compatible con la tendencia constatada que en otros ámbitos sigue el mismo Tribunal acerca de que las relaciones entre los actores del sistema político se han de contemplar como jurídicamente ordenadas y, por ello, judicialmente controlables. En realidad, como reconocen, entre otros, HESSE, K.: *Grundzüge...*, p. 106; MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, p. 211; IPSEN, J.: *Staatsrecht I...*, 11.^a ed., 1999, p. 141, y STEIN, E.: *Staatsrecht...*, p. 122, el Tribunal Constitucional Federal se había limitado a hacer una interpretación de esta condición de “necesidad” en un sentido muy favorable a la Federación, hasta el punto de que ninguna ley federal fue declarada inconstitucional por ausencia de las condiciones de este apartado 2 del art. 72 GG (únicamente en la *BVerfGE* 1, 14 (35 ss.) se negó la existencia de una necesidad para la regulación legal federal, pero solamente a mayor abundamiento, pues de todos modos ya se había afirmado la inconstitucionalidad de la ley por otros motivos).

Entre otras, esta razón, que la cláusula de necesidad del antiguo art. 72.2 GG se hubiera convertido en una cláusula de apreciación discrecional, cuya correcta aplicación, en especial por el Tribunal Constitucional Federal, apenas si había sido sometida a comprobación, es lo que ha llevado a HERZOG, R.: “Mängel...”, p. 515, a mantener que, en realidad, existe una mínima diferencia entre legislación exclusiva y legislación concurrente, si acaso que en el segundo supuesto el *Land* no precisa de habilitación jurídica expresa alguna por parte de la Federación para desarrollar su actividad legislativa, siempre y cuando, claro está, que la Federación no haya aún legislado; de ahí que proponga un *Tomooono* de la distinción entre competencias exclusivas y concurrentes, en tanto que, bien visto, todas serían del primer tipo.

existencia de una obligación de legislar para la Federación; más bien, si ésta no actuare, podrían los *Länder* dictar leyes en ese mismo campo material, con lo que la condición de la “indispensabilidad” quedaría en buena medida debilitada⁴⁸⁰; por otro lado, una regulación federal dejaría de ser “indispensable” cuando los *Länder*, por su parte, ya hubieran alcanzado con su propia regulación los objetivos señalados en este precepto⁴⁸¹, muestra esta de cómo el legislador de *Land* puede influir en el alcance de la competencia de la Federación.

Tal cláusula de “indispensabilidad” forma parte del principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) en el sentido de “prohibición de exceso” (“*Übermaßverbot*”)⁴⁸²; “indispensabilidad” significa, por tanto, “idoneidad” (“*Geeignetheit*”) y “necesidad” (“*Notwendigkeit*”)⁴⁸³; el deber de fundamentación y la carga de la prueba de que, en efecto, la regulación federal es “indispensable” incumbe a la Federación; en contrapartida, también los *Länder* tienen un deber análogo cuando reclamen que la ley federal, pese al juicio contrario de la Federación, no reúne ese requisito de la “indispensabilidad”⁴⁸⁴.

Todos los conceptos arriba enunciados (“creación de condiciones de vida equivalentes”, “unidad jurídica”, “unidad del sistema económico”, “intereses

Con todo, como destaca BERG, W.: *Staatsrecht...*, pp. 112 ss., la relevancia práctica de esta nueva condición (la “indispensabilidad”) va a ser más escasa, pues la Federación en el curso de los pasados decenios ha agotado en buena medida su competencia concurrente; en cualquier caso, se ha de destacar un avance de no poca importancia: la introducción del art. 93.1.2a GG, que somete expresamente al juicio del Tribunal Constitucional Federal la decisión sobre las opiniones discrepantes acerca de si una ley cumple o no las condiciones del art. 72.2 GG.

⁴⁸⁰ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 72 GG...”, p. 201, a este respecto, se lamenta de que esta circunstancia, que la ley federal sea “indispensable”, no baste para que surja una barrera para los *Länder* a la hora de legislar en ese ámbito material.

⁴⁸¹ PIEROTH, B.: “Artikel 72 GG...”, p. 710; SANNWALD, R.: “Artikel 72 GG...”, p. 1035.

⁴⁸² STETTNER, R.: “Artikel 72 GG...”, p. 1353; DEGENHART, Ch.: “Artikel 72 GG...”, p. 1398. Por su parte, SANNWALD, R.: “Artikel 72 GG...”, p. 1033, viene a considerar esta condición de la “indispensabilidad” expresión del principio de subsidiariedad que, aunque solo está expresamente regulado en la Ley Fundamental en el art. 23.1 para el ámbito de la integración europea, en realidad, forma parte de la columna vertebral del federalismo alemán.

⁴⁸³ SANNWALD, R.: “Artikel 72 GG...”, p. 1038.

⁴⁸⁴ SANNWALD, R.: “Artikel 72 GG...”, pp. 1040 ss.

generales”) son conceptos jurídicos indeterminados, de ahí que, en vía de principio, le corresponda al legislador federal efectuar su interpretación⁴⁸⁵.

Cuando la “indispensabilidad” señalada dejare de existir, de conformidad con el apartado 3 del art. 72 GG, a partir de la reforma de 1994, los *Länder* por sí solos no podrían entrar a regular el campo material en cuestión, sustituyendo las leyes federales; precisarían para ello de una habilitación (facultativa) al respecto de la Federación por medio de ley⁴⁸⁶; esto es, las leyes federales que hayan dejado de ser, en su totalidad o en parte, “indispensables” desempeñan, no obstante, hasta su derogación (por nueva ley de la Federación o por sentencia del Tribunal Constitucional Federal) o hasta su sustitución por ley de *Land*, previa habilitación al respecto de acuerdo con este apartado 3, su efecto prohibitivo. La Federación puede “retransferir” esta facultad legislativa a los *Länder* solo en lo que se refiere a la regulación de una parte de la materia, respecto de la cual ya no es “indispensable” la ley federal. En lo que respecta a las leyes federales promulgadas antes del 15 de noviembre de 1994 se arbitra, de conformidad con el art. 125a.2 GG, una solución idéntica⁴⁸⁷. Así pues, si la Federación no derogase su ley ya no “indispensable” (y tampoco la declarase nula el Tribunal Constitucional Federal) o no habilitase a los *Länder* para sustituirla, la misma seguiría siendo válida y continuaría ejerciendo su efecto barrera sobre el legislador de *Land*, por lo que con esta reforma de 1994, en realidad, la Federación apenas si ha perdido “privilegio” alguno en lo que a la regulación de las competencias concurrentes afecta.

⁴⁸⁵ Vid. *BVerfGE* 13, 230 (233 ss.); 26, 338 (382 ss.); 65, 1; 67, 299; 78, 249.

⁴⁸⁶ DEGENHART, Ch.: “Artikel 72 GG...”, p. 1407, señala cómo tampoco del principio de comportamiento federal amistoso se puede derivar obligación constitucional alguna para la Federación de efectuar esa retransferencia de facultades legislativas a los *Länder* una vez que el requisito de la “indispensabilidad” hubiere desaparecido.

⁴⁸⁷ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 72 GG...”, p. 204, en coherencia con su visión particular, no mayoritaria, de esta cuestión, afirma que hasta la reforma de 1994, las leyes federales que hubieran dejado de ser “necesarias” de acuerdo con el antiguo art. 72.2 GG, carecerían en adelante de efecto barrera para los *Länder*, de modo que podrían sin más ser sustituidas por leyes de *Land*.

Ese efecto barrera propio de las leyes federales en el ámbito de las competencias concurrentes presupone la existencia de una ley federal con un contenido determinado, es decir, no sería válida una ley federal que se limitase a establecer ese efecto prohibitivo de la legislación de *Land* sin contener una regulación material sustantiva de la materia en cuestión⁴⁸⁸.

Finalmente, conviene aclarar que a través de esa habilitación de la Federación a los *Länder* para sustituir su normativa en el campo de las competencias concurrentes, aquélla no puede imponer a éstos el contenido de la eventual normativa sustitutiva; los *Länder* gozan de plena libertad, dentro del marco constitucional, para decidir qué contenido dar a su propia legislación. Además, los *Länder* no tienen ninguna obligación de sustituir el derecho federal, de manera que allí donde tal sustitución no se llevase a efecto continuaría en vigor la normativa federal; donde, por el contrario, tal actuación se produjera nos encontraríamos o bien con un vacío normativo o bien con un derecho de *Land*, que podría divergir de uno a otro *Land*, o bien con una coexistencia del derecho federal con el de *Land*, si este último así lo decidiera⁴⁸⁹.

G.3.d) La legislación marco federal (Rahmengesetzgebung des Bundes)

Con anterioridad a la reforma constitucional de 2006, el régimen jurídico constitucional de las normas marco federales se encuentra regulado en el art. 75 GG en los siguientes términos⁴⁹⁰:

⁴⁸⁸ PÜTTNER, G. / KRETSCHMER, G.: *Die Staatsorganisation...*, p. 198.

⁴⁸⁹ PESTALOZZA, Ch. von: "Artikel 72 GG...", p. 212; SANNWALD, R.: "Artikel 72 GG...", p. 1042.

⁴⁹⁰ Como ya se ha señalado en numerosas ocasiones, en la reforma constitucional de 2006 este precepto fue derogado en su totalidad. La exposición que aquí se hace, por tanto, tiene fundamentalmente valor histórico. Su adecuada comprensión, en todo caso, es importante para conocer mejor la evolución del federalismo alemán y, sobre todo, el paulatino tránsito del llamado federalismo cooperativo a otro de cariz más competitivo.

“(1) La Federación tiene el derecho, bajo las condiciones del artículo 72, a dictar normas marco para la legislación de los *Länder* sobre:

1. el régimen estatutario de las personas empleadas en la función pública de los *Länder*, de los municipios y de otras corporaciones de derecho público, en tanto que el artículo 74a no disponga otra cosa;
- 1a. los principios generales de la enseñanza técnica superior;
2. el régimen jurídico general de la prensa;
3. la caza, la protección de la naturaleza y la defensa del paisaje;
4. la distribución del suelo, la ordenación territorial y la administración de las aguas;
5. el registro y la identificación de las personas;
6. la protección del patrimonio cultural alemán contra su transferencia al exterior.

Se aplica por analogía lo dispuesto en el art. 72.3.

(2) Las normas marco solo pueden contener en casos excepcionales disposiciones de detalle o de aplicación directa.

(3) Si la Federación promulga normas marco, los *Länder* están obligados, dentro de un plazo adecuado determinado por la ley, a dictar las leyes de *Land* indispensables.”

Sin necesidad de volver a entrar en la discusión, en gran medida estéril, acerca de si las normas marco constituyen un supuesto de la legislación concurrente o un tipo legislativo autónomo⁴⁹¹, se pretende en este epígrafe realizar un estudio, más descriptivo que crítico, de los caracteres más significativos de esta clase de normativa, de modo que al final del mismo se pueda tener una idea aproximada de qué es (era) la legislación marco, al margen de meras caracterizaciones nominales.

La primera dificultad a solventar radica en el hecho de que la Ley Fundamental se refiere terminológicamente a las “normas marco” en este art. 75, así como en los

⁴⁹¹ Vid. al respecto lo dicho *supra*.

arts. 98.3 y 125a, sin ofrecer una definición de su concepto. La diferencia entre la regulación completa y la marco es lo que interesa determinar aquí. Tal diferenciación se encuentra precisamente en el hecho de que mientras la primera no precisa ser completada, por el contrario, en el caso de la legislación marco, por definición, ha de ser posible un desarrollo a través del normador de *Land*. Que ése sea el signo distintivo de esta facultad legislativa no supone que aquí no pueda tener lugar una regulación marco directamente vinculante, pues ello no es incompatible con que la misma sea susceptible de ese desarrollo. Es decir, el art. 75 GG no limita únicamente a la Federación al establecimiento de directrices⁴⁹² o a la fijación de un marco orientativo, sino que la norma marco puede también incluir “disposiciones de detalle o de aplicación directa”, siempre que a través de la legislación de *Land* aquélla pueda ser completada⁴⁹³.

La gran dificultad, sin embargo, estribará en muchos casos en determinar qué es “marco” o cuándo se han superado los límites, entrando ya en el campo de las regulaciones de detalle que no estén excepcionalmente admitidas. Son éstas difíciles cuestiones de delimitación⁴⁹⁴ que requerirán en cada caso concreto una ponderación cuidadosa de esas disposiciones de la norma marco federal sospechosas de haber traspasado el difuso límite de lo que jurídico-

⁴⁹² De otra opinión, PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 75 GG...”, pp. 1309 ss., para quien, incluso, hubiera sido preferible que en 1994 se hubiera aceptado la propuesta de la *Enquête-Kommission* de reforma constitucional de 1976 de denominar a este tipo de normativa “legislación de directrices”, dado que finalmente de eso se trata: la Federación enuncia un tema y un objetivo, correspondiéndole a los *Länder*, a través de su normativa de desarrollo, la consecución del mismo. SANNWALD, R.: Artikel 75 GG (*Rahmenkompetenz des Bundes*), en SCHMIDT-BLEIBTREU, B. / KLEIN, F.: Kommentar zum Grundgesetz, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.ª ed., 1999, p. 1140, en esta línea, sostiene que con la reforma constitucional de 1994, en virtud de la cual se modifica el apartado 1 del art. 75 GG en el sentido de precisar que las normas marco se dirigen al legislador de *Land* y se introduce el nuevo apartado 2, según el cual las normas marco solo en casos excepcionales podrán contener disposiciones de detalle o de aplicación directa, queda abierto el camino para el entendimiento de la competencia marco en el sentido de competencia para dictar directrices.

⁴⁹³ BVerfGE 4, 115 (129); 36, 93 (202); 51, 43 (51); 80, 137 (157). Vid. también, KUNIG, P.: Artikel 75 GG (*Rahmengesetzgebung*), en MÜNCH, I. von / KUNIG, P. (Ed.): Grundgesetz Kommentar, Tomo III (*Art. 70 bis Art. 146*), C. H. Beck, München, 3.ª ed., 1996, pp. 153 ss.

⁴⁹⁴ Así lo reconoce STERN, K.: Das Staatsrecht...tomo II..., p. 599.

constitucionalmente se considera “marco”⁴⁹⁵. En cualquier caso, a favor de la interpretación de una norma como marco está –tal y como ya se ha dicho- el que la misma sea susceptible de desarrollo⁴⁹⁶, si bien en ocasiones esto tampoco será tan evidente.

La constitucionalmente facultada (que no obligada) para dictar normas marco es, en todo caso, de acuerdo con el apartado 1 del art. 75 GG, la Federación. Y solo si se cumplen las condiciones del art. 72 GG. Esa remisión al art. 72 GG ha de entenderse a su apartado 2, que es el único que verdaderamente contiene condiciones⁴⁹⁷.

Aunque la Ley Fundamental solo emplea el concepto “norma marco”, en realidad, bajo el mismo se ha de entender “ley marco”⁴⁹⁸. No obstante, las normas marco formales (leyes del Parlamento) pueden también habilitar al Gobierno federal para que dicte reglamentos (legislación material)⁴⁹⁹.

Si la expresión “marco” debe aparecer en el título de la ley es algo que no se contempla en este art. 75 GG. No obstante este silencio, razones de seguridad jurídica aconsejan que para no dificultar la interpretación al aplicador de la ley efectivamente se rotulen así las normas marco⁵⁰⁰.

⁴⁹⁵ BVerfGE 4, 115 (136); 7, 29 (44).

⁴⁹⁶ BVerfGE 25, 142 (152).

⁴⁹⁷ KUNIG, P.: Artikel 75 GG (*Rahmengesetzgebung*), en MÜNCH, I. von / KUNIG, P. (Ed.): Grundgesetz Kommentar, Tomo III (*Art. 70 bis Art. 146*), C. H. Beck, München, 3.ª ed., 1996; PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 72 GG...” y “Artikel 75 GG...”, pp. 157 y 1305, respectivamente.

⁴⁹⁸ Así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional Federal, que mantiene que no hay diferencia alguna entre ambas expresiones: BVerfGE 80, 137 (157).

⁴⁹⁹ KUNIG, P.: “Artikel 75 GG...”, p. 155.

⁵⁰⁰ En otro sentido, MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, p. 213; MAUNZ, T.: “Artikel 75 GG...”, p. 19, quien, por su parte, a propósito del contenido de la ley marco en el que, en su opinión, no pueden incluirse, sin quedar claramente delimitadas, disposiciones propias de la legislación exclusiva, concurrente así como marco, sostiene que como tal “un marco” siempre ha de ser reconocible.

El régimen jurídico de este tipo de normativa se encontraba solo de manera muy básica pergeñado en la Ley Fundamental, de ahí que haya sido el Tribunal Constitucional Federal el que a través de su jurisprudencia haya establecido los elementos característicos de esta legislación. A tal efecto, la Sentencia de 1 de diciembre de 1954 (*BVerfGE 4, 115*) constituye una referencia imprescindible en todo acercamiento al estudio de las normas marco. Pese a ser un pronunciamiento anterior a la importante reforma de 1994, en términos generales lo allí sentado continuó siendo perfectamente válido hasta la supresión de este tipo legislativo, fundamentalmente porque el reformador constitucional hizo suyo en gran medida el punto de vista plasmado por el Tribunal de Karlsruhe en esta sentencia. Por ello, interesa ahora, siquiera sea de manera un tanto esquemática, enunciar los puntos principales de la doctrina jurisprudencial aquí establecida (y en ocasiones ulteriores reiterada⁵⁰¹). Son éstos:

- la facultad legislativa federal del art. 75 GG debe ser limitada en cuanto al contenido;
- la Federación solo se encuentra facultada para dictar normas marco si se cumple alguna de las condiciones del art. 72.2 GG; corresponde al legislador federal, según su obligada discrecionalidad, decidir si esas condiciones se dan o no;
- en los campos materiales del art. 75 GG en los que la Federación dicte normas marco no desaparece la facultad legislativa de los *Länder*; al contrario, el art. 75 prevé necesariamente la existencia de una correspondiente actividad normativa del legislador de *Land*;
- la norma marco, por consiguiente, ha de dejar espacio al legislador de *Land* para que adopte sus propias decisiones en orden a la configuración jurídica

⁵⁰¹ Vid. al respecto también las *BVerfGE 7, 29; 7, 120; 7, 155; 8, 186; 17, 319; 25, 142; 36, 193; 38, 1; 43, 291; 51, 43; 51, 77; 80, 137*.

de la materia en cuestión, sin que se le pueda circunscribir a elegir entre posibilidades jurídicas ya dadas;

- en el ámbito de aplicación del art. 75 GG, la Federación está legitimada principalmente para establecer un marco, lo que quiere decir que la ley federal en su totalidad no puede por sí misma ser suficiente, sino que ha de encontrarse en la situación de poder y de tener que ser completada (*ausfüllungsfähig und ausfüllungsbedürftig*) a través de una ley de *Land*;

- no obstante lo anterior, la legislación marco tampoco tiene por qué consistir necesariamente en una mera legislación de directrices; más bien la Federación tiene también abierta la posibilidad de utilizar la facultad legislativa marco para crear normas que sean directamente vinculantes para todos⁵⁰², es más, incluso la ley marco federal puede llegar a regular aspectos de una materia de manera completa y concluyente; esto es, la legislación marco también se proyecta en la relación exterior (*Außenverhältnis*) Estado-ciudadano, y no solo en la relación interna (*Innenverhältnis*) Federación-*Land*;

- la concreción de la posibilidad de que las normas marco puedan contener disposiciones de detalle o de aplicación directa es revisable por la jurisdicción constitucional;

- la extensión de los límites de las normas marco estará en función de cada materia del art. 75 GG y, en concreto, no se derivará de las condiciones a que se remite el apartado 1 (“preservación de la unidad jurídica y económica” y, especialmente, “creación de condiciones de vida equivalentes”), sino en exclusiva del propio concepto jurídico “normas marco” contenido en este art. 75 GG; coadyuvan a precisar el alcance del contenido de la ley marco federal

⁵⁰² Esta posibilidad fue excepcionalmente reconocida con posterioridad en el apartado 2 del art. 75 GG a partir de la reforma constitucional de 1994 que, en realidad, viene a estrechar los límites de la facultad legislativa federal, antes de tal reforma, en virtud de esta jurisprudencia constitucional, mucho más amplia. Así lo destaca DEGENHART, Ch.: *Staatsrecht I...*, p. 48

la doctrina y la praxis jurídicas desarrolladas durante el tiempo de vigencia de la Constitución de Weimar, en cuyos arts. 10 y 11 (que se pueden considerar los auténticos antecedentes de la normativa marco) se facultaba al *Reich* a dictar una legislación, también limitada en cuanto al contenido, para determinados ámbitos materiales, en concreto, una legislación de “principios” o básica; a tal efecto, se consideró que el *Reich* estaba facultado para dictar disposiciones jurídicas generales o directrices, las cuales se encontraban necesitadas de una ejecución más pormenorizada, de un desarrollo singular, especialmente desde la perspectiva de su adecuación a las situaciones particulares de los *Länder*; no obstante, entonces como ahora se admitió que esas normas marco contuvieran disposiciones jurídicas directamente aplicables;

- cuando el legislador federal dicte normas marco debe tener en consideración que ha de dejar a los *Länder* un cierto margen dentro del campo material en cuestión para que puedan efectuar su propia regulación de desarrollo;

- eso que la Federación deje a la regulación de los *Länder* ha de ser de un peso sustancial, no debe limitarse a meros aspectos marginales o adjetivos, es decir, las normas marco deben dejar espacio o margen suficiente al legislador de *Land* para que éste pueda tomar decisiones voluntarias en orden a la configuración jurídica de la materia a regular, sin que se le pueda circunscribir, por tanto, únicamente a la elección entre posibilidades jurídicas ya dadas;

- las leyes marco federales en conjunción con las leyes de *Land* que las completen han de ser eficaces en orden a la consecución del ordenamiento legal deseado y a la creación de derecho aplicable en la práctica;

- en los campos materiales en los que se contienen limitaciones adicionales a la Federación (subapartado 1a del art. 75.a GG), ésta deberá dejar aún un mayor margen de libertad de configuración a los *Länder*;

- las normas marco deben, si bien no en cada disposición singular, sino más bien en tanto que conjunto, ser susceptibles de ser completadas a través de ley de *Land*; esto es, no cada precepto de la ley deber ser una norma marco, sino solo la ley como totalidad;

- en resumen, las leyes federales son solo leyes marco en el sentido del art. 75 GG cuando en virtud de su contenido y finalidad se encuentren en la situación de poder y de tener que ser completadas por medio de la libre decisión del legislador de *Land*, de modo que solo con este desarrollo la obra legislativa sobre el objeto regulado podrá ser en sí misma cerrada y completa.

Además de la jurisprudencia establecida en esta sentencia, el propio Tribunal Constitucional Federal en pronunciamientos ulteriores fue perfilando con más precisión los contornos de lo que había de entenderse por “norma marco”:

- a favor del carácter de una norma como disposición marco habla, en caso de duda, el hecho de que la misma sea susceptible de ser completada a través de la actividad normativa del legislador de *Land*⁵⁰³;

- el legislador federal puede en la regulación de una materia por medio de ley marco federal prever disposiciones particulares y definitivas, solo si la totalidad se encuentra en la situación de poder y de necesariamente tener que ser completada por ley de *Land*⁵⁰⁴;

⁵⁰³ BVerfGE 80, 137 (158) con referencia a BVerfGE 25, 142 (152) y 67, 1 (12).

⁵⁰⁴ BVerfGE 25, 142 (152); 43, 291 (343); 66, 270 (285); 67, 382 (387); 85, 348 (357).

- esa regulación completa con eficacia directa para todos que contengan determinadas disposiciones de la norma marco solo podrá establecerse cuando exista un “interés especialmente fuerte y legítimo en una regulación unitaria” de la materia en cuestión; en todo caso, vista como totalidad, la obra legislativa ha de dejar aún un cierto margen al legislador de *Land* para que pueda establecer su propia normativa de desarrollo⁵⁰⁵;

- excede los límites de la facultad legislativa marco la norma jurídica federal que impida a un *Land* modificar sus propias disposiciones reguladoras de un objeto respecto del que la Federación solo ostenta la competencia marco⁵⁰⁶;

- en la medida en que una ley federal regule una de las materias del art. 75.1 por medio de una norma “no marco” es inconstitucional; si en una ley marco nos encontramos con concretas determinaciones que son inconstitucionales, por regla general, ello no supondrá la nulidad de toda la ley, sino únicamente de esas disposiciones; la ley de *Land* que invada el marco fijado válidamente por el legislador federal es nula por aplicación de la regla general del art. 31 GG⁵⁰⁷; no obstante, tal nulidad también se puede fundamentar directamente a partir del art. 75 GG, porque los *Länder* no están autorizados a legislar fuera del marco establecido válidamente por la ley federal⁵⁰⁸;

⁵⁰⁵ *BVerfGE* 43, 291 (343); 65, 1 (63); 66, 270 (285); 67, 382 (387); 80, 137 (157); 85, 348 (357). DEGENHART, Ch.: Artikel 75 GG (*Rahmenvorschriften*), en SACHS, M. (Ed.): Grundgesetz Kommentar, C. H. Beck'scheVerlagsbuchhandlung, München, 2.^a ed., 1999, p. 1467, apunta, en relación con el criterio de los intereses especialmente fuertes y legítimos, que los mismos han de derivarse del conjunto de la Ley Fundamental; indicios de su existencia pueden ser el hecho de que una determinada regulación afecte en un cierto punto de manera singular a los intereses mutuos de los integrantes de la relación estatal federal o que la misma se centre con particular intensidad en el aspecto de la responsabilidad del Estado global en lo relativo a los derechos fundamentales.

⁵⁰⁶ *BVerfGE* 7, 120 (127).

⁵⁰⁷ *BVerfGE* 51, 77 (90); 60, 253 (302); 60, 305 (310); 66, 291 (310)

⁵⁰⁸ *BVerfGE* 87, 68 (69); 87, 95.

- las normas marco demandan del aplicador jurídico una interpretación estricta⁵⁰⁹, de modo que la facultad legislativa de los *Länder* no sea limitada más allá de lo que reclama de manera forzosa el tenor literal de la norma marco⁵¹⁰;
- el desarrollo a través de legislación de *Land* del derecho marco genera derecho de *Land*, no derecho federal⁵¹¹;
- los *Länder* no están, en principio, obligados a completar el marco legal federal, aun cuando un mal uso de esta libertad de actuación iría en contra de la lealtad federal⁵¹²; en todo caso, los *Länder* no tienen porqué ordenar homogéneamente el campo material dejado a su regulación⁵¹³.

A la vista, pues, de la normativa constitucional sobre las normas marco y de la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal de Karlsruhe, quedan pocas dudas de que, pese a sus puntos de conexión, existen diferencias importantes entre la legislación concurrente y la marco. Así, mientras en el primer supuesto, la Federación está legitimada para agotar la regulación de la materia –lo que será lo más común-, sin que, en consecuencia, quede espacio alguno para el legislador de *Land*, en el caso de la legislación marco, aquélla se ha de limitar a la fijación de unos principios generales que precisarán, para ser eficaces, de su ulterior desarrollo por la normativa de *Land*, al margen de que concretas disposiciones de la ley marco federal puedan ser directamente aplicables o vinculantes para los particulares. Significa esto –como ya se ha denunciado- que, pese a la confusa terminología de la Ley Fundamental en este punto, es en el supuesto de la legislación marco y no en el

⁵⁰⁹ BVerfGE 17, 319 (330); 91, 367 (388).

⁵¹⁰ BVerfGE 25, 142 (152); 67, 1 (12); 80, 137 (158).

⁵¹¹ BVerfGE 18, 407 (415).

⁵¹² A partir de la reforma de 27.10.1994, con la introducción del apartado 3 en el art. 75 GG, sí puede existir esa obligación para los *Länder*.

⁵¹³ BVerfGE 30, 90 (103).

de la concurrente –al menos en el propiamente típico de ésta- donde se produce la tan traída concurrencia, en el sentido de coexistencia válida y simultánea de dos o más normas provenientes de diversos legisladores.

Por otro lado, la Federación tampoco está obligada, cuando actúe, a ser completa, a establecer, por tanto, un marco que comprenda todo el campo material. Es decir, podría perfectamente limitarse a dictar solo regulaciones jurídicas de una parte de la totalidad del campo material, quedando, por consiguiente, la parte no regulada completamente a disposición de los *Länder*, que no tendrían ya, claro está, que limitarse solo a establecer una regulación de desarrollo⁵¹⁴. No obstante, a pesar de esa eventual incompletud, la regulación marco deber ser, en todo caso, plena de sentido y susceptible de concreción, de manera que aquélla que no cumpla estas exigencias no precisa ser observada por los *Länder*⁵¹⁵. En esta línea, no se puede aceptar que el contenido de una ley marco se circunscriba solamente a excluir a los *Länder* de cualquier regulación posible de un determinado campo material, de igual modo que es contrario a la esencia de una norma marco que ésta solo determine *pro futuro* una reserva de regulación a favor de la Federación y que a través de ella se manifieste una barrera para la legislación de *Land*, por la simple razón de que una barrera no es ningún marco⁵¹⁶.

La remisión del art. 75.1 GG a las condiciones del art. 72 GG (apartado 2) hace que el requisito de la “indispensabilidad” de la regulación federal (para la “creación de condiciones de vida equivalentes o la preservación de la unidad jurídica o del sistema económico”) sea el determinante a la hora de decidir si la Federación puede hacer uso o no de su facultad legislativa marco⁵¹⁷. Y al igual que sucedía en el caso

⁵¹⁴ MAUNZ, T.: “Artikel 75 GG...”, pp. 9 ss.

⁵¹⁵ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 75 GG...”, p. 1305.

⁵¹⁶ *BVerfGE 7, 120 (127)*. Vid. también MAUNZ, T.: “Artikel 75 GG...”, p. 10; PIEROTH, B.: Artikel 75 GG (*Rahmengesetzgebung des Bundes*), en JARASS, H. D. / PIEROTH, B.: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (*Kommentar*), C. H. Beck, München, 4.^a ed., 1997, p. 749.

⁵¹⁷ Vid. lo dicho al respecto *supra* en el epígrafe anterior. Los criterios aquí utilizados para determinar si se da o no el requisito de la “indispensabilidad” son también aplicables con idéntico alcance en el

de la legislación concurrente, una discrepancia acerca de si una ley marco se corresponde con las condiciones del art. 72.2 GG puede ser llevada ante el Tribunal Constitucional Federal por la vía del procedimiento especial previsto en el art. 93.1.2a GG. Si con posterioridad dejaran de darse esas condiciones del art. 72.2 GG, se aplica –según el art. 75.1 *in fine* GG- por analogía el art. 72.3 GG, en virtud del cual por medio de ley federal podría ser determinado que una regulación federal pueda ser sustituida por derecho de *Land* cuando deje de darse la “indispensabilidad” en el sentido del apartado 2 de este mismo precepto. Y en el supuesto de que la ley marco hubiera sido dictada bajo la validez del art. 72.2 en su antigua redacción (que solo reclamaba la existencia de una cláusula de “necesidad”, no de “indispensabilidad”), se ha de estar a lo previsto por el art. 125a.2 GG: tal derecho sigue siendo válido como derecho federal, si bien puede ser determinado por medio de ley de este carácter que pueda ser sustituido por derecho de *Land*⁵¹⁸.

En orden a la determinación del contenido de la ley marco, son de utilidad las exigencias del art. 80.1 GG, relativo a las autorizaciones reglamentarias a realizar por medio de ley federal, dado que las mismas son extrapolables al ámbito de la legislación marco, con la especialidad de que en este último caso la ley marco no solo establece el mínimo, sino también el máximo del alcance de la regulación federal. Así pues, en la norma marco se han de fijar “el contenido, la finalidad y el alcance” de la correspondiente facultad normativa del legislador de *Land* de manera suficientemente determinada, es decir, al menos tan determinada que el legislador de *Land* solo pueda concretar el desarrollo de esa legislación federal, y como máximo tan determinada como para no impedir que a través de esa actividad de

ámbito de la legislación marco; lo mismo cabe decir en relación con la prerrogativa del legislador federal de apreciación de la “indispensabilidad” de una regulación federal. Vid. DEGENHART, Ch.: “Artikel 75 GG...”, p. 1466.

⁵¹⁸ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 75 GG...”, p. 1506, critica esta regulación y mantiene que hubiera tenido más sentido que el legislador federal, en lugar de estar facultado, hubiera estado obligado a la adaptación o derogación de su derecho que, de acuerdo con el art. 75.2 GG, ya no podría promulgarse.

desarrollo el legislador de *Land* pueda establecer una regulación propia con un contenido sustantivo que la distinga de otras⁵¹⁹.

En el caso de duda sobre la interpretación de alguna disposición de una norma marco existe una presunción a favor de que sean los *Länder* los que realicen esa labor interpretativa. Ello se deriva de la otra presunción prevista en los arts. 30 y 70 GG a favor de la competencia de los *Länder*, pero, sobre todo, del hecho de que la facultad legislativa federal del art. 75 GG sea limitada⁵²⁰.

Si la Federación hiciere uso de la posibilidad que le confiere el apartado 2 del art. 75 GG⁵²¹ y dictare normas marco que contuviesen “disposiciones de detalle” o “de aplicación directa” – disposiciones, por tanto, que no se limitan a fijar un mero marco- no por ello la norma en cuestión pierde este carácter. En realidad, hay que llevar a cabo una valoración de conjunto de la norma para poder apreciar que la misma, pese a esas disposiciones de detalle o directamente aplicables, responde al tipo de la legislación marco. Se quiere con ello significar que, en efecto, las regulaciones completas, no necesitadas de desarrollo, no son marco, si bien esto no hace perder este carácter a la norma en la que se hallan insertas⁵²².

⁵¹⁹ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 75 GG...”, p. 1310; STETTNER, R.: Artikel 75 GG (*Rahmengesetzgebung des Bundes*), en DREIER, H. (Ed.): Grundgesetz Kommentar, Tomo II (*Artikel 20-82*), 1998, p. 1346.

⁵²⁰ MAUNZ, T.: “Artikel 75 GG...”, p. 17.

⁵²¹ Introducido también en la reforma constitucional de 27.10.1994, este apartado vino a restringir la generosidad con que la anterior jurisprudencia constitucional (vid. *BVerfGE 4, 115 (130); 43, 291 (343); 66, 270 (285); 80, 137 (157)*) había admitido la posibilidad de que para diversas partes de una materia de la legislación marco se dictara una regulación completa o directamente aplicable a los ciudadanos. Vid. PIEROTH, B.: “Artikel 75 GG...”, pp. 748 ss.

⁵²² PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 75 GG...”, p. 1311, precisa, en este sentido, que el apartado 2 del art. 75 GG solo conoce de las normas marco ya existentes que en función de determinadas circunstancias “contienen” regulaciones completas, de forma que de cara al futuro ningún motivo es posible que una norma que se pretenda marco pueda contener esas regulaciones completas intercaladas (*Vorschalt-Vollregelungen*). No obstante, este mismo autor, más adelante, y de manera un tanto paradójica, admite la posibilidad de que en el seno de una norma marco ya existente se introduzca con posterioridad una regulación completa, por ser “indispensable” en el sentido del art. 72.2 GG y siempre que se trate de un “caso excepcional” en el sentido del art. 75.2 GG.

El Tribunal Constitucional Federal, por su parte, con el fin de favorecer la validez de las normas marco que contengan disposiciones directamente aplicables, ha sentado una línea interpretativa en virtud de la cual esas normas marco, en caso de duda, son susceptibles de ser completadas por ley de *Land*⁵²³.

Los criterios para enjuiciar la legitimidad “excepcional” de las disposiciones de detalle o de aplicación directa que pueda contener la ley marco no vienen establecidos en este art. 75.2 GG, de ahí que haya que estar a cada caso concreto del apartado 1 de este mismo precepto para determinar cuándo concurre la susodicha excepcionalidad. Al respecto se han de tener en cuenta qué intereses son especialmente importantes porque demandan una regulación unitaria federal. Así, por ejemplo, la enseñanza técnica superior, el régimen jurídico de la prensa (subapartados 1a y 2), a causa de su conexión con el art. 5 GG, se encuentran en gran medida en relación con la unidad federal, mucho más que lo relacionado con el registro (subapartado 5); lo mismo cabría decir de la protección de la naturaleza, por su conexión con el art. 20a GG, en comparación con la caza (ambos incluidos en el subapartado 3)⁵²⁴.

Las “disposiciones de detalle” que eventual y excepcionalmente contenga la norma marco pueden ir dirigidas también a la legislación de los *Länder* en el sentido del apartado 1 del art. 75 GG, es decir, pueden vincular y obligar, como la auténtica regulación marco, solamente al legislador de *Land*. No obstante, esa vinculación no puede suponer para el legislador de *Land* que tenga que verse en la necesidad de optar entre opciones ya dadas, sino que el mismo ha de conservar su propio poder de configuración; es decir, la Federación no puede prefigurar todas las alternativas imaginables, sino que se ha de dejar que los *Länder* por sí mismos establezcan su propio modelo de regulación. Por contra, las “disposiciones de aplicación directa”, generadoras de derechos y obligaciones para los particulares, que asimismo se

⁵²³ BVerfGE 25, 142 (152); 66, 270 (285); 67, 1 (12).

⁵²⁴ KUNIG, P.: “Artikel 75 GG...”, p. 171

puedan contener en una norma marco, no dejan al legislador de *Land* ningún margen para la configuración jurídica propia; éste podrá en todo caso repetir la regulación federal al dictar sus propias leyes. Ambos tipos de regulación no son contradictorios, antes bien pueden perfectamente contenerse en una misma norma marco⁵²⁵.

La expresión del art. 72.2 GG “las normas marco pueden contener” pone de manifiesto que esa posible (pero excepcional) convivencia en una misma norma de regulaciones marco junto a otras que no poseen este carácter está supeditada a la existencia de un sobrepeso de las primeras, pues si en un concreto caso fueran más numerosas y/o de más entidad las “disposiciones de detalle” o “de aplicación directa” que las auténticas disposiciones marco no se podría hablar más con fundamento de normas marco que “contienen” disposiciones no marco. Tal prevalencia queda garantizada cuando las normas marco como totalidad no son aplicables sin el complemento de la legislación de *Land*; siempre que las disposiciones no marco, por sí mismas, separadas de las disposiciones marco, son ejecutables, aunque sea de manera fragmentaria, queda contrariado ese sobrepeso; por el contrario, se respeta el mismo cuando el sentido de las disposiciones no marco dependa de las auténticas disposiciones marco, de manera que no habrá problema alguno para caracterizar a la norma en su conjunto como marco⁵²⁶.

La excepcionalidad con que puede hacer uso la Federación de la posibilidad que le confiere el apartado 2 del art. 75 GG se traduce, a efectos prácticos, en que será precisamente ésta la que soporte la carga de la prueba. Ello significa, básicamente, que su decisión de incluir en una norma marco disposiciones que no ostenten este carácter ha de apoyarse en una causa objetiva⁵²⁷. A tal efecto, cabe acudir aquí a los criterios de la “conexión material” tal y como los ha entendido el Tribunal Constitucional Federal:

⁵²⁵ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 75 GG...”, pp. 1499 ss.

⁵²⁶ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 75 GG...”, pp. 1502 ss.

⁵²⁷ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 75 GG...”, pp. 1504 ss.

“Una conexión material (...) solo estaría en condiciones (...) de sustentar una competencia [federal] cuando una materia expresamente atribuida a la Federación no pudiera ser regulada sin que asimismo fuera corregulada una materia no expresamente atribuida; cuando, por tanto, una invasión de la materia no expresamente atribuida es condición indispensable para proceder a la regulación de una materia atribuida a la legislación federal” (*BVerfGE* 3, 407 (421)).

Estas reglas son válidas en términos generales para los números 1 y 3 a 6 del art. 75.1 GG. En el ámbito del número 1^a, con el empleo de la expresión “principios generales” se quiere significar que la competencia federal se encuentra adicionalmente limitada por el carácter marco de la regulación y la condición de la necesidad⁵²⁸, de manera que difícilmente podría darse un caso excepcional de aquel tipo⁵²⁹; por su parte, en el ámbito del número 2 cabe la posibilidad de que aún más excepcionalmente la norma marco que se dicte para regular el régimen jurídico “general” de la prensa contenga “disposiciones de aplicación directa”⁵³⁰, pero nunca de “detalle”, pues ello iría en contra de la finalidad de la norma marco querida por la Constitución⁵³¹.

Las habilitaciones al legislador de *Land* en el ámbito de la legislación marco son, al igual que las que eventualmente se produjesen en el campo de las competencias concurrentes, inválidas, pues únicamente en el ámbito de las competencias

⁵²⁸ *BVerfGE* 66, 270 (285).

⁵²⁹ Como destaca STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 682, en este supuesto la competencia federal marco se encuentra muy cercana a la competencia federal sobre legislación básica. Vid. al respecto el epígrafe siguiente. De otra opinión, SANNWALD, R.: “Artikel 75 GG...”, p. 1147, para quien con el distintivo “principios generales” de este art. 75.1.1a GG no se quiere significar ningún tipo competencial propio, en forma de una combinación de legislación marco y básica (como sostiene, por ejemplo, MAUNZ, T.: “Artikel 70 GG...”, p. 17; además –según SANNWALD- de esta fórmula no se deriva ninguna limitación especial de la Federación en cuanto a la densidad de la regulación para la promulgación de normas de aplicación directa y de detalle.

⁵³⁰ *BVerfGE* 7, 29 (41).

⁵³¹ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 75 GG...”, pp. 1505 ss.

exclusivas federales del art. 71 GG algo así está previsto. Otra cosa sucede con la habilitación a que se refiere el art. 72.3 GG que, “por analogía”, también se aplica en el ámbito del art. 75 GG, según el apartado 1 *in fine* de este precepto⁵³².

Por contra, sí son perfectamente posibles las habilitaciones a los órganos ejecutivos, tanto de la Federación como de los *Länder*, si bien con distinto alcance. En todo caso, pueden ser delegadas tantas facultades como el delegante tenga; es decir, la Federación, en el campo del art. 75 GG, solo podría habilitar por medio de ley marco al Gobierno o a un ministro federal a dictar reglamentos de ese mismo carácter, a salvo, claro está, los casos excepcionales previstos en el art. 75.2 GG en los que se puede contener una regulación completa. En lo que respecta a las habilitaciones a los Gobiernos de *Land*, del art. 80.1 GG tampoco se deriva ninguna prohibición en este sentido. Por consiguiente, en la medida en que una norma marco, de conformidad con el apartado 2 del art. 75 GG, contenga válidamente una regulación completa, podrá el legislador federal habilitar a los Gobiernos de *Land* a dictar reglamentos que contengan asimismo una regulación de este carácter. Ahora bien, lo que el legislador federal no podría hacer en ningún caso es habilitar a los Gobiernos de *Land* a dictar reglamentos marco, pues una habilitación tal significaría introducir dos niveles de derivación, dado que a su vez el reglamento marco que dictara el Gobierno de *Land* precisaría un ulterior desarrollo a través de un órgano ejecutivo inferior de *Land*, pudiéndose ello traducir en que cada Gobierno de *Land* hiciera un uso diferente de la habilitación, lo que iría contra el sentido de la legislación marco⁵³³.

Otro supuesto de habilitación a favor de los Gobiernos de *Land* es el que puede llevar a cabo el propio legislador de *Land*, que facultado constitucionalmente para

⁵³² PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 75 GG...”, p. 1312.

⁵³³ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 75 GG...”, pp. 1312 ss.

dictar su normativa de desarrollo de la legislación marco, está en condiciones de ceder tal facultad a su respectivo órgano ejecutivo⁵³⁴.

Los destinatarios “naturales” de las normas marco son los legisladores (todos o solo alguno) de *Land*; la expresión del art. 75.1 GG “...para la legislación de los *Länder*...” así lo pone de manifiesto. Sin embargo, ello no impide, como se ha explicado más arriba, que también se puedan considerar en sentido amplio destinatarios los ejecutivos federales o de *Land*⁵³⁵.

A los *Länder* que completen la legislación marco federal en general les está permitido, al contrario de lo que podía suceder en el ámbito de las competencias concurrentes de los arts. 74 y 74a GG cuando la Federación había efectuado una regulación exhaustiva de la materia, sin dejar espacio, por tanto, para que los *Länder* establecieran regulación alguna, la reiteración del derecho federal y, en concreto, también se les consiente reiterar aquellas regulaciones completas federales excepcionalmente válidas según el apartado 2 del art. 75 GG. Por supuesto, dada la vinculación de los *Länder* a las leyes marco federales⁵³⁶, el derecho de *Land* posterior contradictorio con el marco federal es inválido, se discute si por vulneración del orden competencial constitucionalmente establecido o por aplicación de la regla de prevalencia del derecho federal prevista en el art. 31 GG. Al margen de la línea jurisprudencial vacilante seguida por el Tribunal Constitucional Federal en este punto⁵³⁷, si la aplicación del art. 31 GG reclama la presencia de dos normas (una federal y otra de *Land*) igualmente válidas, entonces en el caso que nos ocupa

⁵³⁴ De hecho, para MAUNZ, T.: “Artikel 75 GG...”, p. 11, el único supuesto en que cabe habilitar a los Gobiernos de *Land* para dictar reglamentos de desarrollo de la norma marco es aquél que se produce por mediación de una ley formal de *Land*.

⁵³⁵ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 75 GG...”, pp. 1314 ss.

⁵³⁶ *BVerfGE* 67, 388.

⁵³⁷ En las *BVerfGE* 51, 77 (90); 60, 253 (302); 60, 305 (310); 66, 291 (310) se deriva la invalidez de ese derecho de *Land* contradictorio con el marco federal del art. 31 GG. No obstante, en el campo de las competencias concurrentes el propio Tribunal Constitucional Federal ofrece una solución, extrapolable aquí al ámbito de la legislación marco, diferente, pues deriva la nulidad de la ley de *Land* directamente del art. 72.1 (*BVerfGE* 87, 68 (69); 87, 95).

resulta evidente que la invalidez de la ley de *Land* contradictoria con la norma marco federal no podría derivarse a partir de ese precepto, pues, en realidad, la ley de *Land* al ser dictada en contra del orden constitucional de distribución competencial y, en concreto, vulnerando el art. 75 GG, es ya inconstitucional por ese solo hecho y, en consecuencia, nula⁵³⁸.

Nada se dice en este art. 75 GG acerca de las leyes de *Land* anteriores a la ley marco federal. Se ha de entender, no obstante, al igual que se hizo en el caso de la legislación concurrente, que si se corresponden con ésta continúan existiendo, pero si la contradijeran, de conformidad con una interpretación de este precepto adecuada a su finalidad, devendrían inválidas por vulneración igualmente del orden constitucional de distribución de competencias. Es decir, la invalidez de la ley de *Land* provendría directamente del art. 75 GG, no del art. 31 GG⁵³⁹.

Aunque ya se ha anunciado, no está de más recordar de nuevo aquí que, pese al silencio del art. 75.1 GG, que en momento alguno se remite al apartado 1 del art. 72, también los *Länder* en este ámbito de la normativa marco tienen la facultad de legislar mientras y en la medida en que la Federación no haya hecho uso de su correspondiente competencia. Lo que no sucede, claro está, es lo contrario, es decir,

⁵³⁸ En la línea de lo mantenido por DEGENHART, Ch.: "Artikel 75 GG...", pp. 1475 ss., para quien, sin embargo, el derecho de *Land* que contradiga la regulación marco a causa de una modificación posterior de ésta se ha de adaptar a la misma, aplicándose, en caso contrario, a la contradicción normativa el art. 31 GG.

⁵³⁹ Vid. lo dicho *supra* a este respecto en el campo de las competencias concurrentes en el epígrafe anterior. De otra opinión, PESTALOZZA, Ch. von: "Artikel 75 GG...", p. 1316, para quien las leyes de *Land* anteriores a la ley federal marco y contradictorias con ésta serían derogadas de acuerdo con el art. 31 GG. Por su parte, para IPSEN, J.: *Staatsrecht I...*, 11.ª ed., 1999, p. 144 y BOTHE, M.: Artikel 75 GG (*Rahmenvorschriften*), en WASSERMANN, R.: *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare)*, Tomo II, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 2.ª ed., 1989, p. 477, la colisión entre la ley marco federal y la ley de desarrollo de *Land*, sin distinguir si es anterior o posterior a aquélla, se resuelve acudiendo al art. 31 GG. STETTNER, R.: "Artikel 75 GG...", p. 1438, se limita a decir que en el caso de que el legislador de *Land* no observe el marco válido dado por la Federación su ley es nula o bien por aplicación del art. 31 GG o bien por falta de competencia. Sobre la invalidez del derecho de *Land* contradictorio con la normativa marco federal vid. también *BVerfGE 87, 68 (69); 87, 95*.

que los *Länder* no tengan la facultad de legislar mientras y en la medida en que la Federación haya actuado⁵⁴⁰.

Finalmente, el apartado 3 del art. 75 GG establece la “razonable” obligación de que los *Länder*, dentro de un plazo adecuado determinado por la ley marco federal, dicten las leyes que sean indispensables para complementar esa regulación marco. “Razonable” porque si los *Länder* se negaran a promulgar esa normativa complementaria, las leyes marco federales quedarían, en el mejor de los casos, inaplicables, lo que repugnaría cualquier principio de economía legislativa e iría abiertamente en contra del principio de comportamiento federal amistoso que preside todas las relaciones entre los distintos poderes públicos en el seno del Estado federal⁵⁴¹.

Esa obligación de legislar de los *Länder* se deriva directamente de la promulgación de las normas marco, sin que el legislador federal tenga obligación de repetirlo. Es decir, por imperativo constitucional el legislador de *Land* tiene la obligación de dictar las normas indispensables de complementación de la ley marco federal dentro del plazo adecuado que al efecto haya fijado el legislador federal. Lo más que puede hacer, por tanto, en este sentido la ley marco es fijar un plazo “adecuado” (que no tiene porqué ser el mismo para cada *Land*, más bien habrá que atender a las circunstancias de cada uno de ellos) dentro del cual los *Länder* afectados puedan dictar su correspondiente normativa. “Adecuado” es el plazo que valora las dificultades de regular una materia en el caso concreto dentro de un determinado período de tiempo⁵⁴². Con más concreción, para el Tribunal Constitucional Federal un plazo es adecuado cuando a los *Länder* les queda aproximadamente un margen temporal de un período legislativo para poder promulgar su normativa de desarrollo⁵⁴³.

⁵⁴⁰ BOTHE, M.: “Artikel 75 GG...”, p. 476; PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 75 GG...”, p. 1495.

⁵⁴¹ BOTHE, M.: “Artikel 75 GG...”, p. 478.

⁵⁴² KUNIG, P.: “Artikel 75 GG...”, p. 172.

⁵⁴³ *BVerfGE* 66, 270 (281).

Si tal especificación relativa al plazo adecuado faltase, quedarían los *Länder* liberados de ese deber de dictar las leyes indispensables, si bien cabría preguntarse aquí si el mencionado principio de lealtad federal no demandaría, en todo caso y pese a esa ausencia, una actuación complementaria por parte de los *Länder*.

El incumplimiento de esta prescripción habilita a la Federación para tomar determinadas medidas que van desde la iniciación del procedimiento pertinente ante el Tribunal Constitucional Federal por la vía del art. 93.1.3 GG hasta la reacción por medio de la medida especial de la coerción federal del art. 37 GG. En todo caso, este incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad pública de los *Länder*⁵⁴⁴.

“Indispensables” en el sentido de este art. 75.3 GG son aquellas leyes de *Land* sin las cuales –en palabras del Tribunal Constitucional Federal– “la obra legislativa sobre el objeto a regular” no es “en sí completa ni ejecutable”⁵⁴⁵.

Para concluir con este epígrafe conviene hacer una última mención a dos preceptos constitucionales que también se refieren explícitamente al tema que ahora nos ocupa. Son éstos:

- art. 98.3 GG: “El estatuto jurídico de los jueces en los *Länder* se ha de regular por medio de leyes específicas de *Land*. La Federación puede dictar normas marco en la medida en que el art. 74a.4 no disponga otra cosa”⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ Cabe preguntarse si los ciudadanos pueden adoptar alguna medida de respuesta cuando los *Länder* no dicten sus leyes indispensables de desarrollo de la legislación marco en el plazo adecuado previsto por ésta. A tal efecto, SANNWALD, R.: “Artikel 75 GG...”, p. 1144, confía en que el Tribunal Constitucional Federal u otros tribunales federales sigan en este punto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para el caso de que falte o de que sea insuficiente la transposición de las directivas de la Unión Europea, en virtud de la cual el particular podría acudir directamente a las directivas cuando su contenido fuera suficientemente preciso como para ser aplicado a un caso concreto.

⁵⁴⁵ BVerfGE 4, 115 (130).

⁵⁴⁶ Este precepto también fue objeto de modificación en 2006.

A la vista de la literalidad de este precepto, cabe preguntarse si el tipo de normativa marco a que se refiere coincide con el estudiado más arriba en relación con el art. 75 GG. Una diferencia sustancial radica en que en el art. 98.3 GG no se contiene ninguna remisión a las condiciones del art. 72 GG. No obstante, esta ausencia ha de considerarse no intencionada, careciendo por ello de consecuencias, de modo que también las normas marco que quiera dictar el legislador federal en orden a la regulación del estatuto jurídico de los jueces se encuentran sometidas al requisito de la “indispensabilidad” del apartado 2 del art. 72 GG⁵⁴⁷.

Que el art. 98.3 GG no haya sido objeto de la reforma constitucional de 1994, de manera que al concepto de “normas marco” no se le haya apostillado con la perífrasis “para la legislación de los *Länder*”, como ocurrió en el art. 75.1 GG, y que tampoco se haga mención alguna a la excepcionalidad de las “disposiciones de detalle” o “de aplicación directa”, no quiere decir que en ambos preceptos nos encontremos ante dos tipos diferentes de legislación. Más bien, desde una interpretación sistemático-teleológica se puede concluir con razón que nada justifica la existencia de dos diferentes regímenes jurídicos para un mismo tipo legislativo.

La construcción y comprensión conceptual de la legislación marco demanda, pues, una unidad en la definición de su régimen jurídico, más aún cuando de las omisiones de la Ley Fundamental no se deduce indudablemente lo contrario. Lo mismo cabría decir en cuanto a la aplicación en este ámbito del art. 98.3 GG de la prescripción del art. 75.3 GG, si bien se ha de destacar aquí una especialidad, a saber, que en el primero de estos preceptos existe ya reconocida una obligación autónoma de regular por medio de ley de *Land* el régimen jurídico de los jueces con independencia de que la Federación dicte o no su correspondiente norma marco. Ello no impide, sin embargo, seguir considerando que las normas marco a que se refiere el art. 98.3 GG forman una unidad conceptual con las arquetípicas del art. 75, pues, al margen de ese deber de regular por medio de ley específica de *Land* el susodicho régimen

⁵⁴⁷ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 75 GG...”, p. 1324.

jurídico de los jueces, finalmente lo que convierte a unas y otras leyes federales marco en partes integrantes de un tipo legislativo único es su propio carácter incompleto o, por decirlo de otro modo, principal⁵⁴⁸. Esto es, tanto en el caso de las normas marco del art. 75 como en el de las del art. 98.3 GG se precisará de una regulación de *Land* que las complete y, en ambos casos, esta última habrá de ajustarse a los principios allí establecidos, pues en caso contrario sería o devendría nula.

- art. 125a GG: “(1) El derecho que haya sido promulgado como derecho federal pero que a causa de una modificación (...) del artículo 75.1 ya no podría ser dictado como tal derecho federal sigue siendo válido como derecho federal. Puede ser sustituido por medio de derecho de *Land*.”

“(2) El derecho que haya sido promulgado en virtud del art. 72.2 en su redacción vigente hasta el 15 de noviembre de 1994 seguirá siendo válido como derecho federal. Por medio de ley federal puede ser determinado que pueda ser sustituido por derecho de *Land*. Lo mismo se aplica al derecho federal que haya sido dictado con anterioridad a esa fecha y que ya no podría ser dictado según el art. 75.2.”⁵⁴⁹

Este precepto en su apartado 1, por tanto, se refiere expresamente al derecho marco federal válidamente promulgado en su momento y que con posterioridad, tras alguna modificación del art. 75.1, ya no podría dictarse como tal, para afirmar la continuidad de su validez con el mismo carácter, si bien se admite que pueda ser sustituido por derecho de *Land*. Sustitución que no requerirá habilitación alguna por parte del legislador federal, sino que se deriva directamente de la Ley Fundamental. Y es lógico que así sea, pues lo contrario podría conllevar una perniciosa

⁵⁴⁸ De otra opinión, PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 75 GG...”, pp. 1324 ss., para quien, ante la omisión del art. 98.3 GG, las normas marco en el ámbito de este precepto no solo excepcionalmente pueden contener disposiciones de detalle o de aplicación directa; además, el art. 98.3 GG se individualiza –según este autor– porque el mismo obliga a los *Länder* inmediatamente (y no solo por medio del legislador federal ordinario) sin que tal deber se someta a plazo alguno.

⁵⁴⁹ También estos dos apartados fueron objeto de reforma en 2006, con el fin de suprimir toda referencia al derogado art. 75 GG.

petrificación del ordenamiento, dado que continuaría siendo regulada por ley federal una materia que a partir de un momento determinado ha pasado a formar parte del campo competencial de los *Länder*.

Por su parte, en el apartado 2, se prevé que el derecho federal promulgado con anterioridad a la reforma constitucional que entró en vigor el 15 de noviembre de 1994 y que a partir de este momento ya no podría dictarse según lo dispuesto en el apartado 2 del art. 75, continuará siendo válido como derecho marco federal, si bien a través de ley federal podrá ser determinada su eventual sustitución por ley de *Land*. Cuesta comprender aquí cuáles han sido los motivos que han llevado al legislador constitucional a establecer una regla de derecho transitorio contraria a la especificada en el apartado anterior. Parece que hubiera sido más adecuado mantener el criterio allí seguido, pues en este caso sí se puede producir esa denunciada petrificación del ordenamiento existente, anterior a la reforma constitucional de 1994, en perjuicio de los *Länder*, que van a tener que soportar una regulación federal que contenga disposiciones de detalle o de aplicación directa a partir de esa fecha prohibidas.

G.3.e) La legislación básica federal (Grundsatzgesetzgebung des Bundes)

Aquí caracterizada como tipo legislativo autónomo⁵⁵⁰, la legislación básica de la Federación a que se refiere en diversos preceptos la Ley Fundamental de Bonn (arts. 91a.2⁵⁵¹, 109.4 y 140 GG en conexión con el art. 138.1 de la Constitución de Weimar), si bien presenta algunos rasgos que la hacen cercana a la legislación marco, se diferencia de ésta, como después se verá, en aspectos nada desdeñables.

⁵⁵⁰ Acerca de la discusión doctrinal sobre si la legislación básica constituye o no un tipo legislativo diferenciado de la legislación concurrente o de la marco, vid. *supra*.

⁵⁵¹ Este apartado fue reformado en 2006, suprimiéndose la referencia a la legislación básica.

Como nota común a los 3 preceptos mencionados con anterioridad destaca el hecho de que en todos ellos se hace referencia a los “principios” (“*Grundsätze*”) o “principios generales” (“*allgemeine Grundsätze*”), en el caso del art. 91a.2 GG, que ha de contener la ley federal, vinculantes para la correspondiente normativa (federal o/y de *Land*) de desarrollo⁵⁵².

Concretamente, en el art. 91a.2 GG, relativo a la cooperación de la Federación en la ejecución de las “tareas comunes” (“*Gemeinschaftsaufgaben*”), se establece (antes de la reforma constitucional de 2006) lo siguiente:

“Serán reguladas mediante ley federal con el consentimiento del Consejo Federal las tareas comunes. La ley debe contener *principios generales* para la ejecución de aquéllas.”

Por su parte, el art. 109.4 GG, en el ámbito de la gestión presupuestaria autónoma de la Federación y de los *Länder*, dispone que

“Por medio de ley federal necesitada del consentimiento del Consejo Federal pueden ser establecidos unos *principios* de aplicación común para el ordenamiento presupuestario de la Federación y de los *Länder* con vistas a una gestión presupuestaria adecuada a la coyuntura y a una planificación de varios años”.

Finalmente, el art. 138.1 de la Constitución de Weimar, al que se remite el art. 140 GG considerándolo parte de la Ley Fundamental, en el campo de las múltiples manifestaciones de la libertad religiosa, establece que

⁵⁵² Tal y como mantiene MAUNZ, T.: “Artikel 70 GG...”, p. 17, de la Ley Fundamental no se deriva explícitamente ninguna consecuencia de esa diferenciación entre solo “principios” o “principios generales”. Que ello sea así no conlleva necesariamente, como sostiene este mismo autor, que el legislador federal tenga plena libertad para estimar si una regulación se ha de realizar a través de principios o de principios generales. Más bien, parece que el adjetivo “generales” apunta hacia la necesidad de que la regulación federal sea aún más abierta o menos exhaustiva, en el sentido de que les quede a los *Länder* un mayor margen para establecer su correspondiente normativa de desarrollo.

“Las prestaciones del Estado a las comunidades religiosas basadas en ley, tratado o títulos jurídicos especiales serán redimidas por la legislación de *Land*. El *Reich* establecerá los *principios* en la materia.”

Originariamente⁵⁵³, la legislación básica constituye un precedente de las normas marco, si bien éstas, dado el especial desarrollo que experimentaron con la introducción en la Ley Fundamental del art. 75, ocuparon en buena medida el espacio que antes correspondía a aquéllas. Aunque quedaron rastros de la originaria legislación básica en la configuración constitucional de las normas marco, las diferencias son también destacables. Así, mientras en el contenido de estas últimas se pueden también encontrar normas jurídicas que no sean meras directrices y, en particular, disposiciones que vinculen inmediatamente a los ciudadanos, las leyes básicas, por el contrario, únicamente pueden contener “principios”⁵⁵⁴ dirigidos, en función del supuesto en que nos encontremos, no solo a los órganos de los *Länder* (como en todo caso sucede en el campo de las normas marco), sino también eventualmente a los federales⁵⁵⁵.

⁵⁵³ Este tipo normativo de la Ley Fundamental de Bonn, tal y como reconoce, entre otros, STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 682, está inspirado de modo claro y enlaza terminológicamente con la facultad legislativa básica de la Federación prevista en los arts. 10 y 11 de la Constitución de Weimar.

⁵⁵⁴ Precisamente, en opinión de PESTALOZZA, C. von: “Artikel 75 GG...”, pp. 1325 ss., con la introducción del término “principios” el constituyente quiso poner de manifiesto su intención de que las leyes básicas, al contrario que las normas marco, solo pudieran vincular al legislador, nunca a los particulares.

⁵⁵⁵ HESSE, K.: *Grundzüge...*, p. 106; BERG, W.: *Staatsrecht...*, p. 113; IPSEN, J.: *Staatsrecht I...*, 11.^a ed., 1999, p. 145; MAGER, U.: Artikel 91a GG (*Mitwirkung des Bundes bei Gemeinschaftsaufgaben*), en MÜNCH, I. von / KUNIG, P. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Tomo III (*Art. 70 bis Art. 146*), C. H. Beck, München, 3.^a ed., 1996, p. 569; PIEROTH, B.: Artikel 91a GG (*Gemeinschaftsaufgaben*), en JARASS, H. D. / PIEROTH, B.: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar)*, C. H. Beck, München, 4.^a ed., 1997, p. 840; MAUNZ, T.: “Artikel 70 GG...”, p. 17. No obstante, este mismo autor, en otro lugar (MAUNZ, T.: Artikel 109 GG (*Haushaltswirtschaft in Bund und Länder*), en MAUNZ / DÜRIG / HERZOG / SCHOLZ: *Grundgesetz Kommentar*, Tomo V, C. H. Beck, Lfg. 17, 1979, p. 30), de manera en tanto contradictoria, admite la posibilidad de que los principios que dicte el legislador federal en el ámbito de la gestión presupuestaria contengan incluso derecho aplicable a terceros. Algo parecido mantienen PÜTTNER, G. / KRETSCHMER, G.: *Die Staatsorganisation...*, p. 201, para quienes las disposiciones individuales directamente aplicables son también usuales y válidas en la ley básica.

La semejanza principal entre ambos tipos legislativos se encuentra en el hecho de que tanto en uno como en el otro la facultad de la Federación para promulgar leyes marco o básicas se encuentra muy limitada en cuanto al contenido. Significa ello que el legislador federal no está facultado para regular exhaustivamente los campos materiales atribuidos a su facultad legislativa marco o básica, sino que habrá de dejar un margen suficiente para una regulación de *Land* diferenciable. Esta similitud es aún más ostensible en el caso del art. 75.1.1a GG, donde también se habla de “principios generales”⁵⁵⁶.

Por otro lado, mientras la existencia de las normas marco, de acuerdo con el art. 75.1 GG, se encuentra vinculada a la concurrencia de alguna de las condiciones del art. 72.2 GG, las leyes básicas, por el contrario, no dependen de ellas para poder ser dictadas⁵⁵⁷.

Pese a su naturaleza común, existen algunas diferencias entre los diversos supuestos en que la Ley Fundamental se refiere a la legislación básica federal. Así, en tanto que de acuerdo con los arts. 91a.2 y 138.1 GG la leyes básicas que dicte la Federación en estos campos de las tareas comunes y de la redención de las prestaciones estatales a las comunidades religiosas, respectivamente, solo puede vincular al legislador de *Land*⁵⁵⁸, único destinatario de la misma, los principios

⁵⁵⁶ El hecho de que en este art. 75.1.1a GG se utilice la expresión “principios generales” ha sido considerado por algunos autores motivo suficiente para incluir este supuesto dentro del concepto de legislación básica. Así, MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.: “Artikel 91a GG”, en su obra: *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, Tomo III, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin und Frankfurt a. M., 1974, p. 2624; MAUNZ, T.: “Artikel 70 GG...”, p. 17, también se refiere a este caso como una combinación de legislación marco y básica; no obstante, este mismo autor, en otro lugar (MAUNZ, T.: Artikel 91a GG (*Mitwirkungsbereich des Bundes bei Länderaufgaben*), en MAUNZ / DÜRIG / HERZOG / SCHOLZ: *Grundgesetz Kommentar*, Tomo IV, C. H. Beck, Lfg. 18, 1980, p. 30), directamente lo incluye dentro del concepto de legislación básica.

⁵⁵⁷ Es precisamente en este aspecto donde STERN, K.: *Das Staatsrecht...tomo II...*, pp. 599 ss., pone el acento principal de la distinción entre la legislación marco y la básica, dado que –en su opinión– no existe entre ambas ninguna otra diferencia en cuanto al objeto y a la extensión. Vid. también DEGENHART, Ch.: “Artikel 70 GG...”, p. 1372.

⁵⁵⁸ Por el contrario, MAGER, U.: “Artikel 91a GGpp. 568 ss., mantiene que la legislación a que se refiere el art. 91a.2 GG solo contiene pretensiones de finalidad y procedimiento en orden a la ejecución de las tareas comunes por el ejecutivo de *Land*; es más –según este mismo autor– en el ámbito de las tareas comunes a los *Länder* únicamente les corresponde facultades de ejecución, de

jurídicos presupuestarios vinculan, según el apartado 3 del art. 109 GG, tanto a los órganos legislativos como ejecutivos de la Federación o de los *Länder*; esto es, en el ámbito de este último precepto tendría lugar una autovinculación del legislador federal a su propia legislación básica, lo que a efectos prácticos se traduce en que la Federación no podrá a través de la normativa presupuestaria desviarse de la ley básica presupuestaria si previamente no lleva a efecto una reforma de la misma; reforma que requerirá de nuevo la autorización del Consejo Federal⁵⁵⁹.

De manera más concreta, en el caso de las tareas comunes, la competencia federal comprende solo una actividad de planificación y de financiación conjunta, perteneciendo en lo restante la facultad legislativa totalmente a los *Länder*. Por su lado, en el ámbito del régimen presupuestario la Federación solo puede determinar las condiciones básicas que permitan hacer parangonables la gestión presupuestaria federal y de los *Länder*, esto es, la Federación solo podrá establecer la regulación jurídica del procedimiento de gestión presupuestaria garantizando el equilibrio económico general y la planificación a largo plazo, que desde la perspectiva del apartado 1 del art. 109 GG solo puede conducir a una coordinación voluntaria entre la propia Federación y los *Länder*; lo demás queda a la autonomía y a la recíproca independencia de éstos y de aquélla⁵⁶⁰.

ahí que el concepto de legislación básica, que en su utilización habitual contiene una declaración sobre la relación de los órganos legislativos federales y de *Land*, no se debiera aplicar a la facultad legislativa federal de este art. 91a.2 GG. BROCKMEYER, H. B.: Artikel 91a GG (*Hochschulen-Wirtschaftsstruktur-Agrarstruktur*), en SCHMIDT-BLEIBTREU, B. / KLEIN, F.: Kommentar zum Grundgesetz, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.ª ed., 1999, p. 1395, por su parte, sostiene que las leyes sobre tareas comunes nunca pueden contener normas jurídicas directamente aplicables para los ciudadanos, sino únicamente principios que vinculan no solo a los órganos legislativos de los *Länder*, sino también a sus administraciones.

⁵⁵⁹ MAUNZ, T.: "Artikel 91a GG...", p. 30; vid. también de este autor en el Tomo V del mismo Comentario: Artikel 109 GG..., pp. 30 ss. y Artikel 140 GG (*Geltung von Artikeln der Weimarer Verfassung*) en conexión con Artikel 138 Weimarer Verfassung, p. 64.

Como afirma FISCHER-MENHAUSEN, H.: Artikel 109 GG (*Bundesstaatliche Haushaltswirtschaft*), en MÜNCH, I. von / KUNIG, P. (Ed.): Grundgesetz Kommentar, Tomo III (*Art. 70 bis Art. 146*), 3.ª ed., 1996, p. 1086, en realidad, a esta ley básica presupuestaria le corresponde, en tanto que tal, un rango superior al de una ley federal posterior, por ejemplo, una ley anual de presupuestos, sin que sea de aplicación aquí la regla *lex posterior*.

⁵⁶⁰ JARASS, H. D.: Artikel 109 GG (*Haushaltswirtschaft in Bund und Ländern*), en JARASS, H. D. / PIEROTH, B.: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (*Kommentar*), C. H. Beck, München,

Las normas que tanto la Federación como los *Länder* dicten en desarrollo o ejecución de la legislación básica federal han de ajustarse a los principios que ésta haya establecido; en caso contrario, la nulidad de aquéllas se derivaría directamente de la infracción del precepto constitucional correspondiente (arts. 91a.2, 109.4 o 140 GG en conexión con el art. 138 de la Constitución de Weimar).

G.4.- Competencias federales implícitas

Sucintamente expuestos los caracteres generales de los diferentes tipos legislativos previstos en la Ley Fundamental, corresponde ahora preguntarse si al lado de estas competencias federales expresas existen otras de carácter implícito o no escritas, tal y como sucedía en el Derecho público alemán tradicional. La cuestión, que ha obtenido respuesta afirmativa por parte de la jurisprudencia constitucional⁵⁶¹, no acaba de estar clara entre la doctrina científica.

La fórmula “en tanto esta Ley Fundamental no establezca o *admita* ninguna otra regulación” del art. 30 GG constituye, en buena medida, el punto de partida de todo el debate acerca de las competencias federales no escritas. La cuestión es si con el término “admita” (que se repite en el campo de las facultades ejecutivas en el art. 83 GG) el constituyente quiso reconocer la existencia de competencias federales implícitas o no escritas al margen de la Constitución, sobre todo teniendo en consideración que en el ámbito de las facultades legislativas federales se emplea

4.^a ed., 1997, p. 996; PÜTTNER, G. / KRETSCHMER, G.: Die Staatsorganisation..., p. 201; STEIN, E.: *Staatsrecht...*, p. 123, a propósito de este último precepto constitucional relativo a la gestión presupuestaria, sostiene, en forma de crítica a HESSE, que los principios a que se refiere el art. 109.3 GG, en primer lugar, vinculan a los gobiernos de la Federación y de los *Länder* sin que precisen, por tanto, ser completados por el legislador, deduciendo de ahí que esta competencia federal no se diferencia en nada de una competencia exclusiva federal absolutamente normal.

⁵⁶¹ A raíz del dictamen sobre cuestiones urbanísticas de 16 de junio de 1954 (*BVerfGE 3, 407*), el Tribunal Constitucional Federal ha venido afirmando repetidamente la existencia de este tipo de competencias federales tácitas o no escritas.

una terminología mucho más estricta (“en la medida en que... *confiera...*”), que no permitiría una interpretación de ese alcance⁵⁶².

Como alternativa a esta hermenéutica, poco satisfactoria, en tanto que derivaría de un término constitucional expreso una conexión con una fuente jurídica no escrita y, en cierto modo, desconocida y ajena a la propia Constitución federal, se propone la siguiente interpretación: la Ley Fundamental, con las expresiones “contenga” y “determine” de los arts. 30 y 83 GG, respectivamente, concede a la Federación de manera directa una competencia, mientras que con el término “admita” únicamente se crea una habilitación para ceder a través de un acto posterior una competencia a la Federación. Esta interpretación aclararía la diferencia entre el art. 70 GG, por un lado, y los arts. 30 y 83 GG, por el otro: mientras que el reparto de las facultades legislativas solo se podría seguir inmediatamente de la Ley Fundamental, en el caso de las facultades administrativas es imaginable y está previsto que una facultad de este tipo sea creada inmediatamente por medio de una ley federal (“admitida” por la Ley Fundamental)⁵⁶³.

Así pues, de acuerdo con esta visión no habría obstáculo alguno en admitir la existencia de las susodichas competencias federales tácitas o no escritas y, en particular, en sus tres modalidades: competencias federales “en virtud de la naturaleza de las cosas”, “en virtud de la conexión material” y “competencias federales anejas” (consideradas por algunos autores como un supuesto especial de la anterior categoría). Y el problema de dilucidar si estos títulos competenciales se presentan autónomamente como tales, sin apoyo alguno en el texto constitucional, o si, por el contrario, su existencia solo se puede derivar de una determinada interpretación de la Ley Fundamental, especialmente a partir de las normas

⁵⁶² BERG, W.: *Staatsrecht...*, pp. 113 ss.; BOTHE, M.: “Artikel 30 GG...”, p. 1762. Precisamente, PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 70 GG”..., p. 31, del empleo de la forma verbal “confiera” en el art. 70.1 GG deduce que en la Ley Fundamental todos los títulos competenciales de la Federación en el campo de la legislación son escritos, sin que haya, por tanto, facultades legislativas federales que no se deriven de ellos.

⁵⁶³ BOTHE, M.: “Artikel 30 GG...”, pp. 1762 ss.; en sentido similar, MAUNZ, T.: “Artikel 30 GG...”, p. 11.

competenciales explícitamente previstas en la misma, quedaría claramente resuelto a favor de esta segunda alternativa.

En efecto, esta segunda opción, la del engarce constitucional de la eventual competencia tácita o no escrita con otra de carácter expreso⁵⁶⁴, ofrece una mayor y mejor fuente de legitimación para la primera (la competencia tácita), pues si finalmente uno de los contenidos básicos de toda Constitución en un Estado federal es el de la distribución territorial del poder entre los distintos niveles estatales, dentro de la cual el reparto de competencias ocupa un lugar protagonista, no cabe duda de que la presencia de técnicas jurídicas destinadas a ese fin habrá de estar necesitada de un basamento constitucional. En consecuencia, se ha de rechazar por impreciso el término “no escritas”, pues en puridad lo que existen son competencias federales “tácitas” o “implícitas”⁵⁶⁵, en el sentido de que no se derivan inmediatamente de una interpretación literal del derecho escrito pero sí pueden ser derivadas por otros medios de interpretación (sistemático-teleológico, destacadamente). Así pues, cabe concluir, como premisa, que en el ámbito de las competencias federales tácitas las cuestiones a resolver se han de dilucidar necesariamente en el plano de la interpretación constitucional o, lo que viene a ser lo mismo, se ha de negar la

⁵⁶⁴ Que, dicho sea de paso, no plantea ninguna dificultad en el caso de las competencias en virtud de la conexión material y de las competencias anejas, siendo, más bien, su supuesto típico. Más problemática resulta, sin embargo, la conexión por interpretación constitucional de una competencia federal en virtud de la naturaleza de las cosas con otra explícitamente prevista en la Ley Fundamental, lo que no quiere decir que no sea posible también encontrar ese engarce a partir de una interpretación sistemático-teleológica del texto constitucional. Precisamente la dificultad de hallar esa conexión necesaria, vista como imposibilidad por algunos autores (p. ej., IPSEN, J.: *Staatsrecht I...*, 11.ª ed., 1999, p. 147), ha llevado a parte de la doctrina a considerar que la competencia federal en virtud de la naturaleza de las cosas carece de apoyo constitucional alguno, por lo que la misma solo de manera muy restrictiva podría ser aceptada. Así, MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, p. 218, quien con base en esta opinión sostiene que una facultad legislativa federal en virtud de la naturaleza de las cosas solo es imaginable como facultad legislativa exclusiva, mientras que en el supuesto de la facultad legislativa en virtud de la conexión material (dentro del cual este autor también incluye la facultad legislativa aneja) se puede dar tanto una facultad legislativa concurrente como una marco.

⁵⁶⁵ El término *implied powers* del Derecho constitucional estadounidense, cuya influencia en el Constitucionalismo alemán no se puede olvidar, vendría a expresar con acierto esta realidad.

existencia de competencias federales no escritas sin apoyo en la Ley Fundamental⁵⁶⁶.

Como ya se ha adelantado, pese a las dificultades de delimitación que en ocasiones se presentan, es posible distinguir tres tipos de competencias federales tácitas, a saber:

- Competencia federal en virtud de la naturaleza de las cosas (*kraft Natur der Sache*): Se trata de ámbitos materiales que de acuerdo con su naturaleza constituyen asuntos federales característicos, directamente conectados con la esencia del Estado global (determinación de la capital de la República Federal de Alemania, del himno y de los símbolos federales, de la sede de la Dieta, del Consejo y del Gobierno Federal, de los días festivos nacionales, planificación territorial del Estado global, etc.), de modo que la Federación y solo ésta podrá regularlos⁵⁶⁷.
- Competencia federal en virtud de la conexión material (*kraft Sachzusammenhangs*): La condición que se requiere para que sea posible hablar de una competencia de este tipo es que “una materia expresamente atribuida a la Federación no pueda ser regulada de manera comprensible sin que asimismo sea corregulada otra materia no expresamente atribuida; cuando, por tanto, una intervención en una materia no expresamente atribuida sea condición imprescindible para la regulación de una materia propia de la legislación federal”⁵⁶⁸. Evidentemente, habrá casos en que sea difícil determinar con qué título competencial, federal o de *Land*, se encuentra en relación una determinada materia legislativa, dado que -como pone de manifiesto Stein- “el derecho interno estatal constituye un entramado tan interdependiente como la realidad a la que

⁵⁶⁶ BOTHE, M.: “Artikel 30 GG...”, pp. 1762 ss.; PIEROTH, B.: “Artikel 70 GG...”, p. 700; DEGENHART, Ch.: “Artikel 70 GG...”, pp. 1376 ss.

⁵⁶⁷ Vid. *BVerfGE* 11, 89 (96 ss.); 22, 180 (216 ss.); 26, 246 (256 ss.).

⁵⁶⁸ *BVerfGE* 3, 407 (421); 26, 246 (256).

trata de someter. Toda separación en el campo del derecho conlleva algo de arbitrario. En correspondencia, las conexiones entre las diferentes materias legislativas son casi tan estrechas como las que se dan entre las partes de una misma materia legislativa”⁵⁶⁹.

No obstante, es preciso en todo caso decidir qué órgano legislativo, si el federal o el de *Land*, es el competente para regular la materia en cuestión. De ahí que en el caso de cuestiones dudosas se haya de estar, como criterio decisorio, al ámbito competencial con el que se dé la conexión más estrecha, el de la Federación o el de *Land*⁵⁷⁰. A título de ejemplo, una competencia en virtud de la conexión material sería el derecho de la Federación, en el marco de la asistencia social o previsión pública del art. 74.7 GG, a regular también la asistencia a la juventud⁵⁷¹.

- Competencia federal aneja (*Annex-Kompetenz*): Se trata de una competencia implícita muy semejante a la anterior, hasta el punto de que por el Tribunal Constitucional Federal así como por una parte importante de la doctrina ha sido considerada un supuesto singular de la misma⁵⁷². La Federación ostenta una competencia aneja sobre un determinado ámbito material cuando el mismo (secundario) se encuentra en una conexión necesaria o indisoluble con otro (principal) correspondiente a una competencia expresa federal. La diferencia decisiva entre la competencia federal en virtud de la conexión material y la competencia federal aneja se manifiesta en el hecho de que mientras para la primera lo característico es la intervención del legislador federal, competente

⁵⁶⁹ STEIN, E.: *Staatsrecht...*, pp. 123 ss.

⁵⁷⁰ STEIN, E.: *Staatsrecht...*, pp. 124.

⁵⁷¹ *BVerfGE* 22, 180; vid. también *BVerfGE* 3, 407 (421); 11, 192 (199); 12, 295 (237 ss.); 15, 1 (20); 26, 246 (256).

⁵⁷² Vid. *BVerfGE* 8, 143 (148 ss.); 12, 205 (237); 22, 180 (210); 77, 288 (299); 88, 203 (331). Entre la doctrina científica, vid. STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 676; HESSE, K.: *Grundzüge...*, p. 105; MAUNZ, T.: “Artikel 30 GG...”, p. 15; MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, pp. 217 ss.; PÜTTNER, G. / KRETSCHMER, G.: *Die Staatsorganisation...*, p. 202; STEIN, E.: *Staatsrecht...*, p. 124; PIEROTH, B.: “Artikel 70 GG...”, p. 701.

para la regulación de una materia a él explícitamente atribuida, sobre un ámbito material correspondiente a otro título competencial, en el caso de la competencia aneja el legislador federal se mueve siempre dentro del ámbito material del mismo título competencial, profundizando en él a través de la inclusión de estadios de preparación y/o de ejecución⁵⁷³. No obstante, se ha de reconocer que la línea de distinción entre ambos tipos de competencias tácitas es a menudo difícil de reconocer.

G.5.- Las denominadas “dobles competencias”

Si bien de la exposición precedente se deduce ya con claridad, conviene en este epígrafe explícitamente dejar constancia de que, con anterioridad a la reforma constitucional de 2006, resulta imposible que para la regulación de un mismo ámbito material puedan ser competentes simultáneamente tanto el legislador federal como el de *Land*⁵⁷⁴.

No obstante, antes de dar cumplida razón de esta afirmación, resulta preciso reconocer que, aunque no mayoritarias, sí son numerosas –y de peso- las voces discrepantes a este respecto. Entre ellas, cabe destacar, en primer lugar, la de Bothe, para quien, en casos excepcionales, existen ámbitos competenciales que se

⁵⁷³ MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, p. 217; STEIN, E.: *Staatsrecht...*, p. 124; DEGENHART, Ch.: “Artikel 70 GG...”, pp. 1379 ss., quien explícitamente niega que las competencias anejas hayan de ser consideradas meros supuestos de las competencias en virtud de la conexión material, pues mientras estas últimas apuntarían más hacia la extensión (*Breite*), las primeras estarían más orientadas a la profundización (*Tiefe*).

⁵⁷⁴ Es ésta una opinión apenas discutida en la jurisprudencia constitucional (*BVerfGE* 36, 193 (202 ss.); 48, 367 (373); 61, 149 (204); 67, 299 (321); 68, 319 (328)) y mayoritaria en la doctrina científica (STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 676; MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, p. 215; BADURA, P.: *Staatsrecht...*, p. 298; STEIN, E.: *Staatsrecht...*, pp. 123 ss.; MAUNZ, T.: “Artikel 75 GG...”, pp. 7 ss.; GUBELT, M.: Artikel 31 GG (*Vorrang des Bundesrechts*), en MÜNCH, I. von / KUNIG, P. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Tomo II (*Art. 21 bis Art. 69*), C. H. Beck, München, 3.^a ed., 1995, p. 404; DREIER, H.: Artikel 31 GG (*Vorrang des Bundesrecht*), en DREIER, H. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Tomo II (*Artikel 20-82*), Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 631; PIEROTH, B.: “Artikel 30 GG...”, p. 556; PERNICE, I.: “Artikel 30 GG...”, p. 597; STETTNER, R.: “Artikel 70 GG...”, p. 1319; ERBGUTH, W.: “Artikel 30 GG...”, p. 993; OSSENBÜHL, F.: “Pluralismo territorial...”, pp. 42 ss.

entrecruzan, en los cuales tanto la Federación como los *Länder* están facultados para legislar. Ello se derivaría –según este autor- del art. 31 GG⁵⁷⁵.

En su opinión, el objetivo pretendido por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de interpretar las determinaciones competenciales y de calificar las normas jurídicas con el fin de asegurar una separación nítida de los ámbitos competenciales es inalcanzable. Además, Bothe sostiene que el propio Tribunal Constitucional Federal en su Sentencia sobre la Ley de responsabilidad estatal (*BVerfGE 61, 18 (20)*), parece no querer excluir totalmente la existencia de dobles competencias, pues si bien es cierto que por un lado califica de “extraña (...) al sistema jurídico constitucional de las normas competenciales una competencia doble”, poco después reconoce que la Federación, en virtud de su facultad legislativa para regular el derecho civil, por medio de una reforma de la responsabilidad funcional puede “intervenir en ese terreno a ella si no vedado de la responsabilidad funcional de los *Länder* y de este modo excluir o desplazar la regulación legal de *Land* (art. 31)”.

De esta formulación del Tribunal –concluye Bothe- lógicamente no se deriva otra cosa que la aceptación de una doble competencia para determinadas cuestiones del derecho de la responsabilidad, si bien, en todo caso, se ha de ser moderado en este ámbito haciendo todo lo posible para que, en interés de la claridad jurídica, la interpretación de las determinaciones competenciales y la calificación de las normas hagan innecesaria la aceptación de esas dobles competencias. Ahora bien, en la medida en que las mismas no puedan ser excluidas, la cuestión se situaría en el terreno de las normas de colisión (art. 31 GG), aplicándose además el principio de la prevalencia de la norma especial, de modo que el derecho especial de *Land* competencialmente adecuado desplazaría al derecho federal general⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ BOTHE, M.: “Artikel 30 GG...”, pp. 1667 ss.

⁵⁷⁶ BOTHE, M.: “Artikel 70 GG...”, pp. 426 ss. Vid. en un sentido similar, KUNIG, P.: “Artikel 70 GG...”, p. 9.

También Pestalozza defiende la existencia de dobles competencias derivadas o bien de un mismo título competencial, cuando éste habilita tanto a la Federación como a los *Länder* a regular idéntico ámbito material (caso de las competencias concurrentes), o bien de dos (o incluso más), cuando la habilitación de la Federación para la regulación de una concreta materia deriva de un título competencial y la de los *Länder* de otro distinto. En este último supuesto, la regulación de *Land* existiría mientras y en la medida en que la Federación no haya actuado con motivo de su título, pues, en caso contrario, por aplicación del art. 31 GG, la ley federal prevalecería sobre la ley de *Land* (coincidente o discordante)⁵⁷⁷.

Parece que, una vez más, el empleo de un mismo término con significados diversos provoca confusiones. Ni las competencias concurrentes ni los supuestos encuadrables en el art. 31 GG (excepcionales, como se apuntó ya y se verá con mayor detalle en el epígrafe siguiente) tienen que ver –en mi opinión– con la específica cuestión de las dobles competencias, aunque presenten, a primera vista, puntos de contacto. En realidad, y el propio Pestalozza así lo reconoce, no cabe que dos legisladores simultánea y válidamente regulen una misma materia y, por consiguiente, habría que concluir, discrepando ahora de lo que ese mismo autor sostiene, que las dobles competencias (al menos, así entendidas) quedan excluidas en el ordenamiento constitucional alemán⁵⁷⁸. Otra cosa es –tal y como Pestalozza afirma– que por competencia doble se haya de entender la eventual facultad de dos legisladores para establecer la regulación de una misma materia, lo que nunca podría traducirse en la práctica en la existencia de dos regulaciones simultáneas de esa materia provenientes de legisladores distintos. Lo expresa claramente en los siguientes términos: “El modo de hablar popular de que la Ley Fundamental no conoce competencias dobles es solo cierto cuando se incluye el hacer uso de la competencia. No obstante, aunque cercano al lenguaje corriente, este no es el uso

⁵⁷⁷ PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 70 GG”..., pp. 25 ss.

⁵⁷⁸ Hasta la reforma constitucional de 2006, en la que, como veremos, con la introducción de la legislación divergente de los *Länder* se acaba con este principio básico del federalismo alemán.

del lenguaje de la Ley Fundamental, como muestra el artículo 72 GG⁵⁷⁹. Ahora bien, lo que no está tan claro es que esa interpretación del uso del lenguaje de este último precepto sea la más adecuada. Al final, poco importa; baste con saber que no es posible que simultáneamente un mismo objeto sea regulado válidamente por el legislador federal y el de *Land*. A esto se le llama aquí negación de las dobles competencias.

Sannwald, por su parte, si bien admite que una competencia doble en virtud de la cual tanto la Federación como los *Länder* pudieran regular uno y el mismo objeto de manera distinta sería extraña al sistema de las normas competenciales jurídico-constitucionales, reconoce, sin embargo, que se produce un cierto debilitamiento de este principio a partir de la reforma constitucional de 1994 con la introducción de la facultad de retransferencia de los arts. 72.3 y 75.1 GG, así como con la disposición transitoria del art. 125a GG, que de ahora en adelante admiten la posibilidad de que la misma materia (de modo igual o diferente) sea regulada exclusivamente por derecho federal en algunos *Länder*, exclusivamente por derecho de *Land* en otros y, en tercer lugar, en parte por derecho federal y en parte por derecho de *Land*⁵⁸⁰.

Pues bien, sin negar la verdad de esta afirmación, se sigue manteniendo en este lugar que, de acuerdo con el concepto de “dobles competencias” adoptado, en puridad ni siquiera en esos supuestos se puede dar válidamente al mismo tiempo una regulación federal y otra de *Land* diferentes para el mismo ámbito territorial sobre idéntica materia. Y es que el apartado 2 del art. 70 GG, sin ir más lejos, prohíbe tal cosa. Las competencias imprecisamente denominadas concurrentes no constituyen una excepción a este principio, tal y como se vio, ya que según el art. 72.1 GG los *Länder* solo tienen la facultad de legislar en este ámbito cuando y en la medida en que la Federación no haya hecho uso de su propia facultad legislativa.

⁵⁷⁹ Pestalozza, Ch. von: “Artikel 72 GG...”, p. 162.

⁵⁸⁰ SANNWALD, R.: Artikel 70 GG (*Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern*), en SCHMIDT-BLEIBTREU, B. / KLEIN, F.: Kommentar zum Grundgesetz, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.ª ed., 1999, p. 1010.

No obstante la validez de esta afirmación, no deja de ser menos cierto que en determinados supuestos no va a ser sencillo decidir a qué órgano legislativo, si al federal o al de *Land*, le corresponde efectuar la regulación de la materia cuestionada, pues como ya se apuntó en el epígrafe precedente parafraseando a Stein, “las conexiones entre las diferentes materias legislativas son casi tan estrechas como las que se dan entre las partes de una misma materia legislativa”, lo que provoca, lógicamente, que con frecuencia se produzcan interferencias o relaciones de conexión entre las mismas⁵⁸¹. Es esta una consecuencia directamente aparejada a un sistema de reparto competencial como el alemán en el que la enumeración de las competencias en forma de catálogo conlleva la existencia de casos en los que una y la misma regulación legal puede y debe apoyarse bajo determinadas circunstancias en varios objetos pertenecientes no solo a tipos legislativos diferentes, lo que ya de por sí sería problemático, sino incluso a diferentes titulares de la competencia⁵⁸². A pesar de todo, como se ha adelantado, siempre se ha de decidir a quién corresponde regular, si al legislador federal o al de *Land*, el objeto controvertido, y, en el supuesto de que solo el primero fuera el competente, qué tipo legislativo es el adecuado.

Así las cosas, hasta la reforma constitucional de 2006, la eventual existencia de las llamadas “dobles competencias” (“*Doppelzuständigkeit*”) ha de ser categóricamente negada en el marco de la legislación. Solo uno de los dos legisladores será competente para establecer la regulación de una determinada materia. La resolución de los casos dudosos evidentemente pasa por la aplicación del método interpretativo. El Tribunal Constitucional Federal, a este respecto, ha demandado una “interpretación estricta de los arts. 73 ss. GG”⁵⁸³. El primer criterio al que ha acudido es al de la “pertenencia natural e histórica de la materia” (“*wesentmäßige und historische Zugehörigkeit der Materie*”), aplicando consecuentemente el principio

⁵⁸¹ VOGEL, J. J.: “El régimen federal...”, p. 645.

⁵⁸² STERN, K.: *Das Staatsrecht...II...*, pp. 600 y 607 ss.

⁵⁸³ *BVerfGE* 12, 205 (228 ss.); 15, 1 (17); 26, 281 (297 ss.).

de la “continuidad competencial” (*“kompetentielle Kontinuität”*), es decir, la materia seguirá perteneciendo a quien por naturaleza e históricamente perteneció. La virtualidad de este criterio se manifiesta, sobre todo, en el caso de las materias que no han cambiado o, al menos, no sustancialmente, con el paso del tiempo. Respecto de aquellas otras que sean menos estáticas y que, en consecuencia, se encuentren más supeditadas a las evoluciones técnicas o sociales, habrá que acudir a otros métodos interpretativos generales y, en concreto, al de la “interpretación adecuada al objeto y función de la norma” (*“auf dem Wege sachgemäße und funktionsgerecht Auslegung”*), esto es, teniendo en cuenta si la correspondiente materia legislativa puede ser regulada, por su propia naturaleza, de manera más adecuada de modo unitario por la Federación o si, por el contrario, se ha de permitir que cada *Land* apruebe su propia normativa. Y solo en el supuesto de que por este camino no sea posible encontrar una solución satisfactoria entra en juego el principio general de la Ley Fundamental que preside todo lo relativo a la distribución de competencias, tal y como se deriva de los arts. 70 y 72 GG (en conexión con el art. 30 GG), de conformidad con el cual en la medida en que la Constitución federal no establezca otra cosa, será el legislador de *Land* el facultado para establecer la regulación de una determinada materia⁵⁸⁴.

Junto a estos métodos de interpretación también se ha de tener en consideración la importancia de la conexión material preponderante de un objeto con otro que corresponda o bien a la Federación o bien a los *Länder*⁵⁸⁵ así como el principio de especialidad que, en ocasiones, serán determinantes para decidir si el facultado para legislar lo es el legislador federal o el de *Land*⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ VOGEL, J. J.: “El régimen federal...”, p. 646.

⁵⁸⁵ A tal efecto, vid. lo dicho en el epígrafe anterior sobre las competencias implícitas en virtud de la conexión material.

⁵⁸⁶ MAUNZ, T.: “Artikel 75 GG...”, pp. 7 ss.

G.6.- La prevalencia del derecho federal sobre el derecho de *Land* (art. 31 GG)

En un Estado políticamente descentralizado como el Estado federal alemán, en el que existen diferentes centros de poder público autónomos, no es infrecuente que se produzcan colisiones entre las normas que la Federación, por un lado, y los *Länder*, por el otro, establezcan. La necesidad de proveer una solución a tales conflictos y de conseguir así una cierta homogeneidad entre los diversos ordenamientos requiere, por regla general, la introducción en el texto constitucional federal de una regla que determine cuál de las dos normas en conflicto ha de prevalecer⁵⁸⁷. En el ordenamiento constitucional alemán es el art. 31 GG esa norma. De acuerdo con el mismo (literalmente) “el derecho federal *rompe* el derecho de *Land*” (“*Bundesrecht bricht Landesrecht*”). Sin ánimo de volver a entrar en la discusión de si con este principio jurídico público, axiomáticamente formulado, se está poniendo de manifiesto que la prevalencia del derecho federal sobre el derecho de los *Länder* no es sino una manifestación de la superioridad del poder del Estado global sobre el poder de los Estados miembros, se pretende en este epígrafe únicamente realizar un análisis del ámbito de aplicación y de las consecuencias jurídicas que se derivan de este precepto.

Que el derecho federal *rompa* el derecho de los *Länder* quiere significar, antes que nada, que cuando una disposición jurídica dictada por un órgano de la Federación sea contradictoria con otra dictada por un órgano de los *Länder*, la primera habrá de prevalecer sobre la segunda, que quedará invalidada. Por tanto, premisa de la aplicación de este art. 31 GG es que ambos preceptos jurídicos regulen un mismo ámbito material válidamente de manera contradictoria. Precisamente, el hecho de que esas regulaciones hayan de ser válidas, tanto formal como materialmente, anticipa ya que la cuestión de la competencia antecede lógicamente a la de la

⁵⁸⁷ MAUNZ, T.: Artikel 31 GG (*Vorrang des Bundesrechts*), en MAUNZ / DÜRIG / HERZOG / SCHOLZ: Grundgesetz Kommentar, Tomo III, C. H. Beck, 1960, p. 2.

aplicación de este precepto⁵⁸⁸. Es decir, una norma federal o de *Land* que haya sido dictada contradiciendo las reglas competenciales formuladas en la Constitución federal más arriba estudiadas es ya nula por ese solo hecho, con lo que carecerá de objeto acudir a la norma de colisión del art. 31 GG. Lo mismo cabría decir en aquellos otros supuestos en que la invalidez de la disposición federal o de *Land* proviniera de otra causa distinta a la de la incompetencia.

En caso de opinión discrepante o de duda sobre la compatibilidad o no del derecho federal con el derecho de *Land* decide el Tribunal Constitucional Federal, según el art. 93.1.2 GG, a petición del Gobierno Federal, de un Gobierno de *Land* o de un tercio de los miembros de la Dieta Federal (control abstracto de normas). La misma cuestión también podría ser objeto de un control concreto de normas por la vía del art. 100.1 GG, si bien en este caso el Tribunal Constitucional Federal, según ha reconocido, únicamente puede controlar la compatibilidad o no de las leyes formales de *Land* con el derecho federal⁵⁸⁹.

Así pues, el art. 31 GG no es ninguna norma de distribución competencial, muy al contrario, presupuesto básico (que no único) de su aplicación es que la disposición federal y la de *Land* hayan sido dictadas de conformidad con el orden competencial constitucionalmente establecido. Se trata, por consiguiente, de una norma de

⁵⁸⁸ En esta línea, MAUNZ, T.: "Artikel 31 GG...", pp. 6 ss.; MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.: Artikel 31 GG, en su obra: *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, Tomo II, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin und Frankfurt a. M., 2.ª ed., 1966, p. 758; MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, p. 234; VOGEL, J. J.: "El régimen federal...", p. 633; DEGENHART, Ch.: *Staatsrecht I...*, p. 51; IPSEN, J.: *Staatsrecht I...*, 11.ª ed., 1999, p. 181; PIEROTH, B.: Artikel 31 GG (*Verhältnis von Bundes- und Landesrecht*), en JARASS, H. D. / PIEROTH, B.: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar)*, C. H. Beck, München, 4.ª ed., 1997, p. 559; DREIER, H.: "Artikel 31 GG...", pp. 613 y 615; HUBER, P. M.: Artikel 31 GG (*Vorrang des Bundesrechts*), en SACHS, M. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2.ª ed., 1999, pp. 1002 ss.; BROCKMEYER, H. B.: Artikel 31 GG (*Bundesrecht bricht Landesrecht*), en SCHMIDT-BLEIBTREU, B. / KLEIN, F.: *Kommentar zum Grundgesetz*, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.ª ed., 1999, p. 673; OSSENBÜHL, F.: "Pluralismo territorial...", p. 42. Por su lado, GUBELT, M.: "Artikel 31 GG...", pp. 400 y 403 ss., matiza este entendimiento del art. 31 GG, al concebirlo como una norma principal, una de cuyas concreciones se encuentra en las regulaciones especiales de los arts. 70 ss. GG, de manera que, en realidad, la cuestión de la competencia no precedería –como mantienen esos otros autores– desde un punto de vista lógico a la de la colisión prevista en el art. 31 GG, sino que la misma vendría a representar un caso especial de colisión regulada.

⁵⁸⁹ *BVerfGE* 1, 184; 1, 261 (262).

colisión que, como tal, requiere para ser aplicada de la existencia de dos disposiciones emanadas de diferentes legisladores que regulen el mismo objeto de modo contradictorio⁵⁹⁰.

¿Qué “papel” juega, por tanto, una “norma principal”⁵⁹¹ de este tipo en el ámbito de la legislación ordinaria? En un plano estrictamente teórico la respuesta sería clara: ninguno. Una argumentación coherente en este sentido reclama una contestación así de categórica, al margen de las matizaciones que más adelante se harán. Porque si la Ley Fundamental prevé un reparto competencial entre la Federación y los *Länder* en el que no hay lugar para las dobles competencias, de manera que o bien aquélla o bien éstos, pero no ambos simultáneamente, establecerán válidamente y en exclusiva la regulación (completa o parcial) de una determinada materia, difícilmente podrá ocasionarse conflicto alguno⁵⁹². Solo la eventual existencia de una competencia concurrente cumulativa en el campo de la legislación

⁵⁹⁰ *BVerfGE* 26, 116 (135); 33, 265 (268 ss.); 36, 342 (363).

⁵⁹¹ Así ha sido también calificada por el Tribunal Constitucional Federal. Vid. *BVerfGE* 36, 342 (365 ss.)

⁵⁹² A favor de esta interpretación, MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.: “Artikel 31 GG...”, pp. 759 ss., para quienes la eventual nulidad de la ley de *Land* contradictoria con la ley federal se derivaría ya de la violación de las determinaciones competenciales de los arts. 70 ss. GG. En esta misma línea, OSSENBÜHL, F.: “Pluralismo territorial...”, pp. 41 ss., quien considera que el supuesto de colisión de normas que presupone este artículo es difícilmente imaginable, dado que, según la Ley Fundamental, “las competencias legislativas están repartidas *por completo* entre la Federación y los *Länder* siguiendo el esquema principio-excepción”, de ahí que “este tipo de colisiones de normas solamente son imaginables como algo excepcional”.

En contra, MAUNZ, T.: “Artikel 31 GG...”, pp. 9 ss., para quien la nulidad de las leyes de *Land* contrarias a las leyes federales de reparto de competencias solo podría derivarse de la aplicación del art. 31 GG, no inmediatamente de los arts. 70 ss. GG. En realidad, en opinión de MAUNZ, el art. 31 GG es una norma de colisión que entra en acción en todo caso en que una norma jurídica federal, cuya nulidad no resulta de la vulneración de una norma de derecho federal superior, entra en contradicción con una norma jurídica de *Land* que no es nula por vulneración de derecho de *Land* superior.

GUBELT, M.: “Artikel 31 GG...”, p. 398, por su parte, si bien reconoce que la nulidad de la ley de *Land*, aprobada desde un principio en contra del orden competencial, se deriva ya inmediatamente de la vulneración de estas normas constitucionales de reparto de competencias, en tanto que normas especiales en relación con la principal contenida en el art. 31 GG, considera, sin embargo, también aplicable este último precepto a aquellos supuestos en que las normas de *Land* son promulgadas en su momento con respeto al sistema competencial, si bien con posterioridad, por reforma constitucional o por actuación del legislador federal, la materia pasa a ser regulada federalmente de manera contradictoria con la ya existente norma de *Land*.

ordinaria posibilitaría algo así. Pero una tal competencia no está prevista, más bien queda excluida, en la Ley Fundamental⁵⁹³.

Más en concreto, en el ámbito de la legislación exclusiva federal solo la Federación es competente para legislar sobre las materias enumeradas de manera primordial en los arts. 73 y 105.1 GG. Una ley de *Land*, por tanto, que pretendiera regular alguna de esas materias sería nula por extralimitación competencial. Solo queda abierta esa posibilidad a los *Länder*, según el art. 71 GG, cuando la propia ley federal expresamente les habilite para ello. No cabe, pues, acudir aquí al art. 31 GG⁵⁹⁴.

En el caso de la legislación concurrente, el que más dudas podría plantear, los *Länder* solo se encuentran facultados para legislar, de acuerdo con el art. 72.1 GG, mientras y en la medida en que la Federación no haya hecho uso por medio de ley de su propia facultad legislativa. Si un *Land* ignorase esos límites temporales y materiales y dictase una ley en este ámbito, la misma sería nula también por extralimitación competencial, de manera que no se daría ni siquiera la posibilidad de que una colisión como la que solventa el art. 31 GG se produjese⁵⁹⁵.

⁵⁹³ Vid. lo dicho *supra* respecto de las impropiamente denominadas competencias concurrentes.

⁵⁹⁴ MAUNZ, T.: "Artikel 31 GG...", pp. 5 ss.; MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.: "Artikel 31 GG...", p. 760; DEGENHART, Ch.: *Staatsrecht I...*, p. 51; DREIER, H.: "Artikel 31 GG...", pp. 615 ss.; BROCKMEYER, H. B.: "Artikel 31 GG...", p. 673.

⁵⁹⁵ El propio Tribunal Constitucional Federal ha reconocido que no es la contradicción con una norma legal de rango superior de la Federación sino la incompatibilidad con las reglas competenciales de la Ley Fundamental lo que conduce a la nulidad de la ley de *Land* (*BVerfGE* 36, 342 (363); 37, 191 (200)).

Vid. también, MAUNZ, T.: "Artikel 31 GG...", pp. 5 ss.; MANGOLDT, H. von/KLEIN, F.: "Artikel 31 GG...", pp. 760 ss.; DREIER, H.: "Artikel 31 GG...", p. 616; HUBER, P. M.: "Artikel 31 GG...", pp. 1005 ss.; BROCKMEYER, H. B.: "Artikel 31 GG...", pp. 673 y 675.

DEGENHART, Ch.: *Staatsrecht I...*, p. 51, sin embargo, curiosamente mantiene, en contradicción con su opinión manifestada en otro lugar (DEGENHART, Ch.: "Artikel 72 GG...", p. 1405), que en el caso de que el legislador federal haga uso de su competencia una vez que la regulación jurídica de *Land* ya existe, la nulidad de esta última, si contradice al derecho federal, se derivará del art. 31 GG, no del propio art. 72.1 GG. En este mismo sentido, IPSEN, J.: *Staatsrecht I...*, 11.ª ed., 1999, p. 181, quien, además, considera que el supuesto de aplicación principal del art. 31 GG es precisamente éste: defensa por parte de la Federación de una facultad legislativa concurrente cuyo objeto haya sido regulado primero por los *Länder*.

También PESTALOZZA, Ch. von: "Artikel 72 GG...", pp. 163 ss., a partir de su diferenciación de los que él denomina tres tipos de competencias dobles y, en concreto, en el ámbito de aquéllas en que

En el ámbito de la (extinta) legislación marco del art. 75 GG el exceso de la Federación en el establecimiento de la regulación de una materia así como el que eventualmente pudiera cometer un *Land* en el desarrollo de la norma marco federal devendrían en la nulidad de la norma de una u otros por aplicación directa del art. 75 GG, y no de la regla de prevalencia del art. 31 GG⁵⁹⁶. Los límites de la ley federal y de la de *Land*, aunque no explícitamente previstos para cada caso concreto en la Constitución federal, sí que se derivan en todo caso implícitamente de ella.

Lo mismo cabría decir en el supuesto de la legislación básica federal. También aquí una eventual extralimitación de la Federación en la fijación de las bases de una materia o una falta de respeto por parte de la disposición jurídica de *Land* de esas bases federalmente establecidas supondría la nulidad de la correspondiente norma federal o de *Land* por infracción del orden competencial constitucionalmente previsto en los preceptos de que en cada caso se trate (arts. 91a.2, 109.4 y 140 GG en

tanto la Federación como los *Länder* se encuentran facultados para legislar sobre diversos campos materiales pero con el fin de establecer un mismo tipo de regulación, considera que cuando la Federación actúe apoyada en su propia competencia y dicte, en consecuencia, leyes que afecten al mismo objeto que con anterioridad los *Länder* habían regulado válidamente, se aplica no el art. 72.1 GG, sino el art. 31 GG, quedando, por consiguiente, el derecho de *Land* "roto" por el derecho federal. No obstante, este autor reconoce que tal vez sea solo una cuestión de uso del lenguaje si la decisión última sobre la nulidad de la ley de *Land*, dictada de acuerdo a la competencia, que colisiona con posterioridad con una ley federal, que entra a regular el mismo objeto, se deriva del art. 31 GG o del art. 72.1 GG. Él, en todo caso, prefiere la primera forma de hablar y reserva así el art. 31 GG para los casos de concurrencia de normas dictadas de acuerdo a las reglas competenciales.

⁵⁹⁶ De esta opinión, DREIER, H.: "Artikel 31 GG...", pp. 616 ss. DEGENHART, Ch.: *Staatsrecht I...*, p. 51, sin embargo, mantiene que en la medida en que la ley marco federal contuviera derecho inmediatamente aplicable, contradictorio con el que el *Land*, por su parte, estableciera, en orden a la resolución del conflicto, sería de aplicación la regla de colisión del art. 31 GG. Para IPSEN, J.: *Staatsrecht I...*, 11.ª ed., 1999, p. 181, también es imaginable que en el campo de la legislación marco los conflictos normativos se solucionen por medio del art. 31 GG. En la misma línea, BROCKMEYER, H. B.: "Artikel 31 GG...", p. 673. Por su parte, PESTALOZZA, Ch. von: "Artikel 75 GG...", p. 1317, considera que en el caso de que las leyes de *Land* sean anteriores y contradictorias con la ley marco federal se aplica el art. 31 GG.

Asimismo, el Tribunal Constitucional Federal ha venido considerando de manera preponderante que en el campo de la legislación marco, a falta de efecto barrera, el derecho de *Land* que exceda el marco fijado por la ley federal o simplemente diverja de ésta cuando sea directamente aplicable, será "roto" de acuerdo con el art. 31 GG (*BVerfGE* 32, 199 (232); 51, 77 (90); 66, 291 (310); 67, 1 (11); 80, 137 (153)).

conexión con el art. 138.1 de la Constitución de Weimar). Así pues, tampoco aquí resta espacio alguno para el art. 31 GG⁵⁹⁷.

A la vista de esta exposición cabría concluir, en consecuencia, que en el ámbito de la legislación ordinaria de la Federación y de los *Länder* la regla de prevalencia del art. 31 GG carece por completo de protagonismo. Sin embargo, ello merece alguna matización, pues, tal y como se apuntó en otro lugar, existen supuestos, no infrecuentes, en los que resulta singularmente complejo decidir si es la Federación o son los *Länder* los facultados para regular una concreta materia (o un aspecto de la misma). Son éstos los así llamados entrecruzamientos competenciales que vienen a desvirtuar la “pureza” de la distribución competencial en el seno del Estado federal alemán. Excepcionalmente, tanto la Federación como los *Länder* pueden “sentirse” legitimados para regular una determinada materia por considerar que ostentan título competencial para ello. Esto no es sino consecuencia de la complejidad de los entramados materiales que, a veces, se empeñan en no dejarse separar nítidamente en orden a la toma de la decisión acerca de quién es el titular de la competencia en cuestión. Pues bien, para algunos autores, solo en estos supuestos de la legislación ordinaria cabe acudir al art. 31 GG, que resolverá el conflicto entre la ley federal y las de los *Länder* contradictorias a favor de la primera⁵⁹⁸.

No obstante, en coherencia con la postura aquí defendida, a mi juicio ni siquiera en estos supuestos es el art. 31 GG el que ofrece la solución correcta, sino que la misma pasa por realizar un esfuerzo de delimitación competencial, en un plano estrictamente jurídico. En efecto, que la realidad material sea un entramado continuo de difícil división, esto es, que la diferenciación entre, por ejemplo, las materias “agricultura” y “medio ambiente” no deje de ser muchas veces artificial, dados los entrecruzamientos que se producen entre esos campos tan estrechamente

⁵⁹⁷ DREIER, H.: “Artikel 31 GG...”, p. 617. De otra opinión, HUBER, P. M.: “Artikel 31 GG...”, p. 1006, quien mantiene que cuando los *Länder* hacen caso omiso de los principios fijados por la ley federal se aplica el art. 31 GG.

⁵⁹⁸ En la línea de lo mantenido por DREIER, H.: “Artikel 31 GG...”, pp. 615 y 631.

relacionados, no significa que, desde una perspectiva puramente jurídica –si es que se puede hablar en estos términos- tal división no solo sea posible, sino que, más bien, resulta imprescindible⁵⁹⁹. Es cierto que delimitar las fronteras objetivas de los ámbitos materiales competencia de la Federación y de los *Länder* constituye, muchas veces, una labor compleja, sobre todo, teniendo en cuenta que, por un lado, existen competencias denominadas horizontales o transversales que despliegan una gran *vis expansiva* y, por el otro, que la definición competencial no se caracteriza habitualmente por su precisión y rigor. Ahora bien, según se adelantaba, una cosa es que en la *realidad fáctica* esto sea así y otra muy diferente que en la *realidad jurídica* –no menos real cuando hablamos de normas fundamentales que distribuyen y delimitan competencias- hayamos de aceptar acriticamente ese planteamiento.

Cuando la Ley Fundamental de Bonn atribuye competencias a la Federación, la pretensión no es otra que dividir la realidad fáctica en diversos campos materiales respecto de los cuales cada entidad territorial podrá ejercer en exclusiva sus respectivas competencias. Sí, en exclusiva. Y es que las materias podrán ser comunes, pero las competencias de la Federación y de los *Länder* no podrán incidir válidamente de igual manera sobre el mismo ámbito material.

En ocasiones, las materias se pueden dividir en sub-materias, de forma que la competencia de cada uno de los niveles territoriales no se refiera al mismo contenido material. En otros supuestos la competencia de la Federación no tiene el mismo alcance que la de los *Länder*. Así, a la primera le puede corresponder la facultad legislativa general o solo básica o marco, mientras que a los segundos puede que

⁵⁹⁹ De manera paradigmática, en España, el profesor Carles Viver formuló esta teoría a finales de la década de los ochenta de la pasada centuria, frente a una doctrina entonces mayoritaria (entre cuyos representantes más destacados se encontraban los administrativistas Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández y Santiago Muñoz Machado), al sostener que “la constatación incontrovertible de que las materias competenciales se refieren a realidades sociales que en el mundo físico-natural forman un verdadero *continuum*, no lleva de forma automática e ineludible a la conclusión de que resulta imposible separar las materias en el plano jurídico, así como de configurarlas como ámbitos exclusivos”; “[e]l hecho de que la partición de las materias sea imposible en el plano fáctico no implica que forzosamente también deba serlo en el plano jurídico” (VIVER i PI-SUNYER, Carles: *Materiales competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989, pp. 22 ss.).

únicamente les esté atribuida la facultad legislativa de desarrollo o, en su caso, la facultad ejecutiva o de gestión. Pero, en ningún caso, insisto, ese binomio de entidades político-territoriales (Federación - *Länder*) dispondrá de la misma competencia sobre la misma materia con el mismo alcance. O, al menos, creo que eso es lo que demandaría un modo correcto de entender la articulación competencial en el seno de estos ordenamientos jurídicos compuestos.

Entra dentro de la lógica del sistema normativo que cuando las competencias han sido distribuidas por la Constitución federal entre la Federación y los *Länder* los conflictos competenciales que se produzcan entre aquella y éstos se resuelvan en base a la aplicación del principio de competencia. Todo conflicto de competencias implica, por tanto, una extralimitación competencial o bien de la Federación o bien de los *Länder*. En el ordenamiento constitucional alemán, al menos, los solapamientos competenciales jurídicamente no son posibles (o, mejor dicho, no lo eran hasta la, en este punto muy controvertida, reforma constitucional de 2006, sobre la que volveremos más adelante). Por muy intrincada que esté la realidad y por muy difícilmente divisibles que sean los campos materiales, desde un punto de vista estrictamente jurídico –discúlpese el abuso de este lenguaje un tanto excesivo- no puede haber dos entidades territoriales que tengan la misma competencia sobre la misma materia. Eso es algo no querido y, por tanto, no permitido por la Constitución federal alemana (hasta la reforma referida).

En ocasiones, para probar la validez de un argumento conviene llevarlo hasta sus últimas consecuencias. Sostener la prevalencia del derecho federal sobre el de los *Länder* supone negar *a radice* la virtualidad del modelo de distribución de competencias. O bien el derecho federal prevalece sobre el de los *Länder*, con todas sus consecuencias, es decir, ilimitadamente (porque ahí se encuentra la esencia de la primacía, en su carácter ilimitado) o bien existe una distribución constitucional de competencias que supone un límite tanto para la Federación como para los *Länder*.

Defender la primera postura significa asumir que la Federación puede en cualquier momento y sin límite alguno ocupar los campos materiales reservados a los *Länder*, sencillamente porque su derecho prima sobre el de éstos. Lo que no parece que tenga demasiado sentido es mantener, por un lado, que existe una distribución constitucional de competencias que se ha de respetar y, por el otro, que cuando se produzca una colisión competencial la misma se ha de resolver por aplicación del principio de prevalencia del derecho federal sobre el de los *Länder*.

La razón es la siguiente: Para determinar que tal colisión competencial se ha producido habrá que realizar, antes de nada, un análisis de la competencia de cada ente territorial, con el fin de determinar si éstos al ejercerla se han mantenido dentro de los márgenes de la misma o si, por el contrario, los han superado. La conclusión de que tanto la Federación como los *Länder* ejercen sus respectivas competencias válidamente y que, sin embargo, se produce un conflicto entre ellas, se ha de contrastar con la pregunta siguiente: ¿En qué lugar de la Ley Fundamental de Bonn se establece que tanto aquella como éstos tengan la misma competencia sobre idéntica materia? En ninguno.

En efecto, cuando la Ley Fundamental de Bonn atribuye una determinada competencia a la Federación, lo hace con carácter exclusivo, con la pretensión de que la facultad de que se trate sobre el ámbito material que sea pueda tan solo ser ejercida válidamente o bien por la Federación o bien por los *Länder*, pero no por ambos simultáneamente y con el mismo alcance. Que la realidad material sea difícil de dividir jurídicamente en compartimentos estancos, como se apuntaba más arriba, solo hace que la labor del intérprete sea más compleja, pero no imposible. En todo caso, nadie dijo que la tarea del legislador o del juez fuera fácil.

Descartada, pues, la posibilidad de que en el terreno de la legislación ordinaria federal y de los *Länder* puedan producirse conflictos normativos de carácter competencial cuya resolución venga de la mano de la aplicación del principio de prevalencia previsto en el art. 31 GG, existen otros supuestos en los que sí es

imaginable la posibilidad de una colisión internormativa cuya solución solo pueda derivarse de la aplicación de la mencionada regla de prevalencia del art. 31 GG. Son éstos⁶⁰⁰:

- Colisión entre el derecho constitucional federal o el derecho “ordinario” federal y el derecho constitucional de *Land*. El ordenamiento constitucional no impide una colisión entre ambos tipos de normas, dado que el orden competencial fijado en los arts. 70 ss. GG, así como en otras disposiciones de la propia Ley Fundamental, únicamente se refiere al derecho “ordinario” de *Land*, no al derecho constitucional de *Land*. Una colisión así solo se podría solucionar acudiendo a la regla de prevalencia del art. 31 GG.

- Colisión entre el derecho constitucional federal y el derecho “ordinario” de *Land*. Tampoco este supuesto está previsto en el orden competencial de la Ley Fundamental, de ahí que igualmente sea preciso acudir al art. 31 GG para resolver el conflicto.

- Colisión entre el derecho reglamentario federal y el derecho de *Land* de cualquier clase.

En resumidas cuentas, las posibilidades de aplicación del art. 31 GG, pese a haber sido calificado por el Tribunal Constitucional Federal como “determinación constitucional fundamental” para la estructura estatal federal⁶⁰¹, se ven considerablemente restringidas, siendo su significado jurídico-práctico más bien escaso⁶⁰². Y es lógico que así sea, pues un axioma tan genérico como el que contiene este precepto, de ser aplicable en cualquier supuesto de colisión entre las

⁶⁰⁰ MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.: “Artikel 31 GG...”, pp. 766 ss.; GUBELT, M.: “Artikel 31 GG...”, p. 398.

⁶⁰¹ *BVerfGE* 36, 342 (362). En este mismo sentido, MAUNZ, T.: “Artikel 31 GG...”, p. 10; GUBELT, M.: “Artikel 31 GG...”, p. 408; DREIER, H.: “Artikel 31 GG...”, p. 613.

⁶⁰² MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.: “Artikel 31 GG...”, p. 768.

leyes federales y las de *Land*, al margen del sistema constitucional de reparto competencial, solo podría conducir a una total desvirtuación de lo que un ordenamiento federal significa, a saber, la convivencia armónica de varios centros de poder público (el de la Federación y el de los Estados miembros o *Länder*) que solo es viable, entre otras condiciones, cuando a cada uno de ellos le corresponde un ámbito competencial, mayor o menor, constitucionalmente garantizado en el que poder desarrollar con autonomía sus propias políticas, sin que ello obvie el otro hecho también fundamental: la necesidad de coordinación de esas políticas que, en muchos casos, habrá de pasar por la atribución a la Federación de determinadas facultades que no serán sino muestra de la, mejor que superioridad, necesidad de primacía de los intereses del conjunto sobre los exclusivamente particulares.

Además de este principio general contenido en el art. 31 GG, se pueden encontrar a lo largo de la Ley Fundamental, más allá de las normas competenciales vistas de los arts. 70 ss. GG, otras reglas de colisión que vendrían a ser *leges speciales* en relación con aquél⁶⁰³. Así, el art. 25 GG afirma la prevalencia de las reglas generales del derecho internacional, parte integrante del ordenamiento jurídico federal, sobre las leyes (federales y de *Land*, se entiende). Por su lado, en lo relativo a los principios de organización estatal, el art. 28.1 GG proclama la necesidad de que el ordenamiento constitucional de los *Länder* responda a los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social en el sentido en que los concibe la propia Ley Fundamental. Finalmente, el art. 142 GG expresamente dispone que aquellos preceptos de las Constituciones de los *Länder* que garanticen derechos fundamentales en concordancia con los arts. 1 al 18 de la Ley Fundamental permanecerán en vigor, con independencia de lo previsto en el art. 31 GG.

¿Qué ha de entenderse por “derecho federal” en el sentido de este artículo? ¿Y por “derecho de *Land*”? En ambos casos se trata del derecho federal y de *Land* de

⁶⁰³ GUBELT, M.: “Artikel 31 GG...”, p. 398; STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 720; VOGEL, J. J.: “El régimen federal...”, p. 631; PIEROTH, B.: “Artikel 31 GG...”, p. 558; HUBER, P. M.: “Artikel 31 GG...”, p. 1001; BROCKMEYER, H. B.: “Artikel 31 GG...”, p. 673.

cualquier tipo y forma dictado por los órganos competentes; esto es, el derecho constitucional, el derecho legal, el derecho reglamentario, el derecho contractual de carácter internacional y el derecho consuetudinario, federal o de *Land*, en cada caso, según corresponda (quedan excluidas, pues, aquellas disposiciones administrativas que carezcan de la cualidad de normas jurídicas: circulares, directrices, instrucciones..., las decisiones de caso único –*Einzelfallentscheidungen*– así como la doctrina jurisprudencial)⁶⁰⁴. Ello se traduce, pues, no solo en la prevalencia del derecho constitucional federal sobre el derecho constitucional de *Land*, sino también en la prevalencia de una simple ley o reglamento federal sobre cualquier derecho de *Land*, sea constitucional o de otro tipo, anterior o posterior⁶⁰⁵. No obstante, en la medida en que se esté hablando de dos tipos de derecho que pueden entrar en conflicto, tendría que excluirse de ese concepto tanto el derecho legal federal “ordinario”, como el de *Land* del mismo carácter, pues entre ambos, según lo mantenido más arriba, no es posible una colisión como la que el art. 31 GG resuelve, dado que uno y otro se dedican a la regulación de objetos diferentes, al igual que sucede con el derecho de organización⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ Vid. *BVerfGE* 18, 407 (414). --- Se discute si el convenio colectivo aplicable en la totalidad del territorio federal es derecho en el sentido del art. 31 GG, prevaleciendo, por tanto, sobre la normativa jurídica de *Land*. MAUNZ, T.: “Artikel 31 GG...”, p. 4, niega la posibilidad de que el convenio colectivo pueda ser incluido en la categoría de derecho federal o de *Land*, dado que el ámbito de validez no es ningún criterio decisivo en este sentido, como lo demuestra el hecho de que también exista derecho federal solo aplicable a una parte del territorio federal. En consecuencia, el art. 31 GG no será aplicable. De esta opinión, PIEROTH, B.: “Artikel 31 GG...”, p. 558; DREIER, H.: “Artikel 31 GG...”, pp. 620 ss., quien también niega que los convenios entre la Federación y los *Länder*, así como los que tengan lugar solo entre estos últimos queden comprendidos en el concepto “derecho federal” del art. 31 GG.

⁶⁰⁵ *BVerfGE* 96, 345 (364) con referencia a *BVerfGE* 26, 116 (135); 36, 342 (363). Vid. también, MAUNZ, T.: “Artikel 31 GG...”, pp. 3 ss.; STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 721; GUBELT, M.: “Artikel 31 GG...”, p. 404; VOGEL, J. J.: “El régimen federal...”, pp. 632 ss.; BATTIS, U. / GUSY, Ch.: *Einführung...*, p. 105; DREIER, H.: “Artikel 31 GG...”, p. 620; HUBER, P. M.: “Artikel 31 GG...”, pp. 1002 ss.; MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, p. 236, quien, sin embargo, reconoce que en la práctica los casos en los que el derecho federal ordinario prevalecerá sobre el derecho constitucional de *Land* apenas se darán, pues por lo general el legislador federal no ostenta competencia alguna en ese ámbito del derecho constitucional de *Land*.

⁶⁰⁶ MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.: “Artikel 31 GG...”, pp. 769 ss.

¿Qué significado jurídico cabe atribuir al término “romper” (“*brechen*”) del art. 31 GG?⁶⁰⁷ Por tal no se ha de entender “lesionar”, sino ser más fuerte o prevalecer. Ello se traduce en la práctica, por lo que respecta al derecho de *Land* ya existente, en la derogación del mismo, en su eliminación o pérdida de vigencia; en relación con el derecho de *Land* aún no existente, la consecuencia sería la imposibilidad de su nacimiento⁶⁰⁸. Así pues, siguiendo la ya clásica fórmula de Gerhard Anschütz en su interpretación del art. 13 de la Constitución de Weimar, auténtico precedente del precepto que aquí se estudia, el mismo supondría de cara al pasado, la derogación del derecho de *Land*, de cara al futuro, un efecto barrera que impediría el nacimiento de este último (“*nach rückwärts als Aufhebung, nach vorwärts als Sperre*”)⁶⁰⁹. Tal derogación, sobra explicitarlo, se traduce en la pérdida de vigencia definitiva de la norma de *Land* que, por tanto, no “reviviría” tras la eventual derogación ulterior del derecho federal derogante⁶¹⁰.

Por supuesto, es imaginable que la confrontación mencionada afecte únicamente a una parte del derecho de *Land* que, consecuentemente, solo en esa medida quedaría derogado. Asimismo, no se puede ignorar que también es posible que el derecho federal prescriba que alguna de sus normas solo será aplicable en tanto que el derecho de *Land* así lo determine o en la medida en que éste no contenga ninguna norma por medio de la cual la aplicación del derecho federal sea

⁶⁰⁷ Vid. la fundamental sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el art. 31 GG de 29 de octubre de 1974 –*BVerfGE* 36, 342–, en la que aquél mantiene que el término “romper” (“*brechen*”), según el caso concreto, podría significar algo distinto. En realidad, para el Tribunal de Karlsruhe el art. 31 GG es una disposición que contiene un principio cuyas diversas posibilidades de concreción permiten eliminar la colisión normativa; precisamente por tratarse de una norma principial, el art. 31 no puede ser interpretado siempre en un solo sentido, sobre todo cuando para la solución de la cuestión litigiosa existen diversas posibilidades jurídicas, reconocidas como válidas en la propia Ley Fundamental.

⁶⁰⁸ MAUNZ, T.: “Artikel 31 GG...”, pp. 2 ss.; s. 720 ss.; GUBELT, M.: “Artikel 31 GG...”, p. 401; HUBER, P. M.: “Artikel 31 GG...”, p. 1004.

⁶⁰⁹ ANSCHÜTZ, G.: Comentario al art. 13 de la Constitución de Weimar, en su obra: *Die Verfassung des Deutschen Reichs, Kommentar*, Berlin, 1933.

⁶¹⁰ *BVerfGE* 29, 11 (17). Vid. también, STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 721; DEGENHART, Ch.: *Staatsrecht I...*, p. 51; DREIER, H.: “Artikel 31 GG...”, p. 624; HUBER, P. M.: “Artikel 31 GG...”, p. 1004; BROCKMEYER, H. B.: “Artikel 31 GG...”, p. 675.

excluida⁶¹¹. Pero ésta sería ya, más bien, otra problemática que escapa al ámbito de regulación del art. 31 GG.

La cuestión de si el derecho federal “rompe” (prevalece) solo el derecho de *Land* contradictorio en cuanto al contenido o también el que sea con él materialmente coincidente o concordante, es decir, aquel derecho de *Land* que se limita a repetir las disposiciones federales, a corroborarlas o interpretarlas, que quedó definitivamente resuelta por el Tribunal Constitucional Federal a favor de la primera alternativa cuando las normas en cuestión pertenecen ambas al ámbito del derecho constitucional federal y de *Land*⁶¹², no está tan clara cuando esas normas federales y de *Land* coincidentes o concordantes se inscriben en el campo del derecho ordinario (aceptando, en contra de la postura aquí mantenida, que ello sea posible, tal y como parte de la doctrina defiende). A favor de la primera alternativa⁶¹³ juega el hecho de que por definición una norma de colisión requiere la existencia de dos disposiciones antagónicas que precisamente por ser tales colisionan. A favor de la segunda⁶¹⁴, se encuentra un argumento interpretativo sistemático: el ya mencionado art. 142 GG que, en tanto que *lex specialis* en relación con el art. 31 GG, sostiene que “con independencia” (“*Ungeachtet*”) de lo dispuesto en este último “permanecen en vigor las disposiciones de la Constitución de *Land* en la medida en que garanticen derechos fundamentales en concordancia (*Übereinstimmung*) con los arts. 1 a 18 de esta Ley Fundamental”. Lógicamente, todo parece indicar que una disposición como ésta no hubiera sido introducida en la Ley Fundamental con un mero carácter declarativo, si lo que afirma ya fuera indudablemente deducible del propio art. 31 GG.

⁶¹¹ MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.: “Artikel 31 GG...”, p. 772.

⁶¹² *BVerfGE* 36, 342 (366); 40, 296 (327); 96, 345 (364).

⁶¹³ De esta opinión, MAUNZ, T.: “Artikel 31 GG...”, p. 6; STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., pp. 722 ss.; GUBELT, M.: “Artikel 31 GG...”, p. 406, MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, pp. 234 ss.; VOGEL, J. J.: “El régimen federal...”, p. 632; DEGENHART, Ch.: *Staatsrecht I...*, p. 51; PIEROTH, B.: “Artikel 31 GG...”, p. 560; BROCKMEYER, H. B.: “Artikel 31 GG...”, p. 675.

⁶¹⁴ De esta opinión, MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.: “Artikel 31 GG...”, pp. 771 ss.

Sin negar la importancia de este último argumento, existen razones de peso para defender que aquellas disposiciones de *Land* que se limiten a repetir, corroborar o interpretar las federales, no son nulas por aplicación del principio de prevalencia del art. 31 GG. En primer lugar, es cierto, desde un punto de vista lógico, que una confrontación o colisión como la que este precepto regula, aunque no se diga expresamente, exige que dos normas (una federal y otra de *Land*) regulen un mismo objeto de manera contradictoria, pues –y he aquí el segundo razonamiento a tener muy en cuenta– negar la posibilidad a un *Land* de repetir parcialmente en la regulación de una determinada materia lo ya establecido por otra norma federal, dificultaría, en ocasiones, hasta el extremo, y sin ninguna necesidad, la propia técnica legislativa a ejercitar por el órgano correspondiente de ese *Land*, que para ser completa, coherente y comprensible requeriría, muchas veces, de esas reiteraciones (sobre todo en los ámbitos de la legislación concurrente y marco en los que con frecuencia el derecho de *Land* contiene regulaciones que coinciden materialmente con las del derecho federal)⁶¹⁵. Además, aunque siempre es meritorio (y conveniente y necesario, también) hacer el esfuerzo por encontrar plena racionalidad y coherencia en la obra del legislador y, más si cabe, en la del constituyente, ello no puede ser razón suficiente para negar la evidencia: que en algunas ocasiones, al menos, éste o aquél introducen en un mismo texto normativo reiteraciones innecesarias, tal vez con un ánimo “pedagógico” (que quizás mereciese no ser descalificado a la ligera), o aparentes contradicciones que, en la medida en que sea posible, corresponde al intérprete salvar.

En efecto, que el art. 142 GG comience con la perífrasis “Con independencia de lo dispuesto en el art. 31....”⁶¹⁶ parece querer indicar que lo que en aquél se establece constituye una excepción a lo dispuesto por éste (regla general). Ello podría ser así,

⁶¹⁵ VOGEL, J. J.: “El régimen federal...”, p. 632.

⁶¹⁶ Y continúa: “... las determinaciones de las Constituciones de Land permanecen en vigor en la medida en que garanticen los derechos fundamentales de conformidad con los artículos 1 a 18 de esta Ley Fundamental” (“*Ungeachtet der Vorschrift des Artikels 31 bleiben Bestimmungen der Landesverfassungen auch insoweit in Kraft, als sie in Übereinstimmung mit den Artikeln 1 bis 18 dieses Grundgesetzes Grundrechte gewährleisten*”).

sin duda, y la coherencia intrasistémica no quedaría soliviantada. Sin embargo, tampoco es impensable otra interpretación de este precepto en el sentido de entender que más que tratarse de una relación regla-excepción lo que el art. 142 GG contiene es una disposición autónoma que no contradice lo dispuesto en el art. 31 GG. ¿Por qué entonces esa apelación a este último precepto? –cabría preguntar. La respuesta, tal vez un tanto forzada, bien está reconocerlo, sería que el art. 142 GG trata de evitar una posible interpretación del art. 31 GG, de entre otras que son posibles. Así, “Con independencia de lo dispuesto en el art. 31...” habría de entenderse de este modo: “Con independencia de la interpretación que se pudiera dar al art. 31...”. Se estaría de este modo reconociendo que el art. 31 GG, dada su generalidad, es susceptible de diversas interpretaciones. Y, quién puede dudarlo, el art. 31 GG es, como quiera que se mire, de una generalidad casi omnicomprensiva. Además, si la *ultima ratio* ha de ser esa coherencia intrasistémica referida, ésta puede otra vez ponerse sin dificultad en cuestión, y de nuevo en relación con el art. 31 GG. Así, cuando el art. 28.1 GG dispone que el orden constitucional en los *Länder* ha de corresponderse con los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social, no parece sino que se está repitiendo algo que ya implícitamente se encuentra establecido en el art. 31 GG. Por supuesto que ha de darse esa correspondencia, ya que de lo contrario las disposiciones de las Constituciones de los *Länder* contradictorias con esos principios serían “rotas”, por aplicación precisamente del art. 31 GG.

En conclusión: el constituyente no ha realizado una obra “perfecta” en la que cada pieza es única y absolutamente necesaria. Se ha de aceptar, pues, la existencia en la Ley Fundamental –como en cualquier otra norma de estas características, seguramente- de disposiciones que, sin ser superfluas, sí que se limitan a clarificar o acentuar lo previsto, expresa o implícitamente, por otras. Y ello, sobre todo cuando se trata de cuestiones tan trascendentales como son los derechos fundamentales o los principios organizativos del Estado, no tiene por qué estar “mal”. No, no está de más insistir en que los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los *Länder* que se encuentren en concordancia con los garantizados en la Ley

Fundamental permanecen en vigor, o que los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social que reconoce como fundamento de su ordenamiento jurídico la Ley Fundamental han de encontrar correspondencia en los ordenamientos constitucionales de los *Länder*. Pero, sobre todo, se ha de insistir en la importancia del argumento principal: que cuando un *Land* decida regular una determinada materia, muchas veces no le va a quedar más remedio, si quiere establecer una regulación comprensible o coherente, que reiterar, al menos parcialmente, lo ya establecido en alguna otra norma por la Federación. La vigencia de una pluralidad de poderes públicos políticamente diferenciados, autónomos pero coordinados, trae consigo estas consecuencias.

H. ELEMENTOS COOPERATIVOS DEL FEDERALISMO ALEMÁN: EL *BUNDESRAT* O CONSEJO FEDERAL

Si hasta ahora hemos centrado toda nuestra atención en el aspecto competitivo del federalismo alemán, analizando cómo se encuentra articulado el reparto de facultades (fundamentalmente, legislativas) entre la Federación y los *Länder* antes de la reforma constitucional de 2006, y que, en alguna medida, sigue siendo la columna vertebral del sistema federal alemán tras la misma, con las correcciones que más adelante estudiaremos con detalle, corresponde ahora poner el foco de interés sobre el aspecto cooperativo y, en particular, sobre el órgano que, de acuerdo con su composición, organización y funciones, mejor lo encarna, el *Bundesrat* o Consejo Federal, sin perjuicio de que ulteriormente dediquemos también un mayor espacio a esta cuestión, que se ha visto asimismo afectada por la modificación constitucional referida.

Las formas de participación de los *Länder* en la toma de decisiones de la Federación son muy variadas. Entre ellas, cabe destacar la participación de los delegados de los *Länder* en la Asamblea federal y en la elección por ésta del Presidente federal (art. 54.3 GG); la participación, en un tercio, de los ministros de *Land* en la Comisión Mixta (art. 53a GG), que, en estado de defensa, asume el poder de legislar; la participación de los ministros de *Land* en la Comisión de selección de jueces federales (art. 95.2 GG); etc. Además, existe un considerable número de asambleas, conferencias y consejos, más o menos institucionalizados, previstos en la Ley Fundamental o en leyes federales, en los que miembros de los Gobiernos y de las Administraciones central y de los *Länder* se han de encontrar para la concertación política (Conferencia del Canciller Federal y de los Jefes de Gobierno de los *Länder*, Conferencias de Ministros de ramo, Consejo de Planificación Financiera, etc.)⁶¹⁷.

⁶¹⁷ En general, sobre las formas que adopta la cooperación en Alemania, vid. en castellano el excelente libro de ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, CEC, Madrid, 1986. En alemán, vid. RUDOLF, W.: "Kooperation im Bundesstaat", en: ISEENSE, J. / KIRCHHOF, P. (Eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo IV (Finanzverfassung - Bundesstaatliche Ordnung), C. F. Müller, Heidelberg, 2.ª ed., 1999; SCHNEIDER, H.-P.: „Kooperation, Konkurrenz oder Konfrontation? – Entwicklungstendenzen des

Sin negar la importancia de esta multiplicidad de formas participativas de los Estados miembros en la configuración de la voluntad del Estado global, expresión todas ellas de la descentralización y de la complejidad del Estado federal alemán, tal participación de los *Länder* al máximo nivel político en la toma de decisiones federales de carácter legislativo y administrativo, así como en lo atinente a los asuntos propios de la Unión Europea, se lleva a efecto, fundamentalmente, por medio del órgano concebido a tal efecto: el *Bundesrat* o Consejo Federal, cuyo régimen jurídico constitucional viene regulado básicamente en los arts. 50 a 53 GG⁶¹⁸.

El estudio del Consejo Federal, caracterizado por la doctrina⁶¹⁹ y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal⁶²⁰ como el órgano constitucional federativo en el Estado federal alemán, resulta imprescindible para poder entender el significado, la trascendencia y la transformación del federalismo en Alemania.

Föderalismus in der Bundesrepublik“, en: Klönne, A. [u. a.], *Lebendige Verfassung – Das Grundgesetz in Perspektive*, Neuwied, Darmstadt, 1981.

⁶¹⁸ En general, sobre el *Bundesrat* o Consejo Federal vid. en castellano, vid. ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, pp. 138 ss.; y LÓPEZ CASTILLO, A.: “El Consejo Federal alemán”, en SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J. (ed.), *Repensar el Senado. Estudios sobre su reforma*, Senado, Madrid, 2008, pp. 287 y ss.; POSSER, D.: “Significado del *Bundesrat*“, en: Benda / Maihofer / Vogel / Hesse / Heyde... (Ed.), *Manual de Derecho Constitucional* (Edición, *Prolegomena* y Traducción de A. López Pina) IVAP, Marcial Pons, Madrid, 1996; BLANKE, H.-J.: “El *Bundesrat* en el sistema constitucional de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania”, en: Pau i Vall, F. [Coord.], *El Senado: cámara de representación territorial* (III Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos), Tecnos, Madrid, 1996. En alemán la bibliografía sobre el *Bundesrat* es prácticamente inabarcable; vid. por todos, REUTER, K.: *Praxishandbuch Bundesrat. Verfassungsrechtliche Grundlagen, Kommentar zur Geschäftsordnung, Praxis des Bundesrates*, 2.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg 2007; ZILLER, G. / OSCHATZ, G.-B.: *Der Bundesrat*, Droste, Düsseldorf, 10.^a ed., 1998; HERZOG, R.: “Aufgaben des Bundesrates“, en: Isensee, J. / Kirchhof, P. (Ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, Bd. II, 2.^a ed., 1995; HOPPENSTEDT, H.: *Die bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes zwischen Unitarismus und Föderalismus* (ein Beitrag zur Entwicklung des föderalen Systems seit 1949 unter besonderer Berücksichtigung des Bundesrates), Würzburg, Ergon-Verl., 2000.

⁶¹⁹ STERN, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 727; BATTIS, U. / GUSY, Ch.: *Einführung...*, pp. 113 y ss.

⁶²⁰ *BVerfGE 24, 184 (197)*.

Se trata de un órgano estatal superior, un órgano constitucional creado por la Ley Fundamental, cuyas competencias se encuentran fijadas principalmente también en esta Norma superior y fundante; de ahí que sea un “órgano constitucional de la Federación”, no de los *Länder*, encuadrable dentro de los órganos especiales a que se refiere el art. 20.2 GG, a través de los cuales se ejerce poder estatal.

Al estar integrado exclusivamente por miembros de los Gobiernos de los *Länder*, su legitimación democrática, aun cuando indiscutible, es solo mediata. El Consejo Federal refleja, en primer término, el principio federativo, solo secundariamente el democrático. En realidad, es la propia Ley Fundamental la que ha querido una conexión de ambos principios; el último vendría a asegurar, entre otras cosas, la unidad, y el primero, la variedad dentro de esa unidad (art. 20.1 GG).

A diferencia de la Dieta Federal, el Consejo Federal carece de discontinuidad; es, por tanto, un órgano constitucional permanente, no sometido a períodos legislativos delimitados por la convocatoria de elecciones.

Entre sus competencias, destaca con creces la participación en la función legislativa junto con la Dieta Federal. Tanto es así que el propio Tribunal Constitucional Federal lo ha caracterizado como la “parte federativa del Legislativo”⁶²¹.

La necesidad del asentimiento del Consejo Federal a las leyes aprobadas por la Dieta Federal ha ido incrementándose con el paso del tiempo, hasta el punto de que antes de la entrada en vigor de la reforma constitucional de 2006 la aprobación de alrededor de un sesenta por ciento de las mismas requiere ineludiblemente del consentimiento de aquél.

⁶²¹ BVerfGE 24, 184 (197).

Por otro lado, se ha de resaltar también la facultad del Consejo Federal para someter a dictamen todos los proyectos de ley del Gobierno (art. 76.2 GG), así como su facultad de iniciativa legislativa (art. 76.1 y 3 GG).

A propósito de la función legislativa del Consejo Federal, se ha de distinguir entre aquellas leyes federales que requieren necesariamente la conformidad de éste, de modo que de no producirse el proyecto de ley no podría prosperar (son las llamadas leyes necesitadas de asentimiento –*Zustimmungsgesetze*–, reguladas en el art. 77.2 y 2a GG y art. 78 GG), y aquellas otras en que tal conformidad no es imprescindible, de modo que un mero voto de rechazo del Consejo Federal podría ser desatendido, reunida la mayoría necesaria, por la Dieta Federal, concluido el oportuno trámite de mediación (son las conocidas como leyes de veto –*Einspruchsgesetze*–, reguladas en el art. 77.3 y 4 GG).

Cuándo una ley requiere la conformidad ineludible del Consejo Federal es algo que, en principio, y según reiterada jurisprudencia constitucional, se ha de derivar de la propia Ley Fundamental, porque así lo prescriba expresamente (principio enumerativo) o, en su caso, por interpretación de la misma⁶²². No obstante, la presencia en la propia Ley Fundamental del art. 84.1 GG viene a complicar las cosas, pues de acuerdo con este precepto (antes de ser sustancialmente modificado en 2006):

“Cuando los *Länder* ejecuten las leyes federales como asunto propio, regularán la organización de las autoridades y el procedimiento administrativo, en la medida en que las leyes federales, con el asentimiento del Consejo Federal, no determinen otra cosa.”

Haciendo un uso extensivo de esta disposición (y del art. 85.1 GG, que establece algo equivalente en el ámbito de la ejecución por encomienda de las leyes de la

⁶²² BVerfGE 1, 76 (79); 48, 127 (179); 48, 127 (179).

Federación por parte de los *Länder*), la Federación en más de la mitad de los casos ha decidido por medio de ley regular la organización de las autoridades así como el procedimiento administrativo, lo que ha provocado la intervención ineludible del Consejo Federal en la aprobación de ésta.

A ello hay que añadir que la interpretación de numerosos preceptos constitucionales realizada por el Tribunal de Karlsruhe ha sido en este terreno también muy generosa, de forma que ha considerado en múltiples supuestos que la aprobación de la ley en cuestión requiere también del imprescindible asentimiento del Consejo Federal⁶²³.

A todo ello se ha de añadir el hecho de que en muchas de las reformas constitucionales previas a la de 2006 la disminución de las facultades legislativas de carácter exclusivo de los *Länder* ha sido compensada mediante el incremento de la participación del Consejo Federal a nivel legislativo federal.

Como resultado de todo ello, con anterioridad a la mencionada reforma se pueden encontrar en la Ley Fundamental alrededor de cincuenta supuestos en que se exige el asentimiento del Consejo Federal para la aprobación de leyes federales, lo que en la práctica se traduce en que más del sesenta por ciento de éstas requiera para su válida aprobación de tal asentimiento.

Estas cifras nos ofrecen una idea muy clara de la importancia sobredimensionada que ha ido adquiriendo el Consejo Federal en el campo de la legislación federal. Hasta tal punto ha sido así que no es exagerado afirmar que el equilibrio de poderes entre los órganos constitucionales diseñado en un principio en la Ley Fundamental se ha visto sustancialmente alterado.

⁶²³ BVerfGE 8, 274 (284 ss.); 37, 363 (374 ss.); 48, 127 (178); 274, 319 (326).

Entre otras cosas, ello tiene trascendentales consecuencias desde la perspectiva del principio democrático, pues no conviene olvidar que, como se advirtió más arriba, el Consejo Federal, al estar integrado por representantes de los Gobiernos de los *Länder*, ostenta una legitimación derivada o mediata, en comparación con la directa o inmediata que corresponde a la Dieta Federal.

Asimismo, desde el punto de vista de la seguridad y la claridad jurídica y, consecuentemente, de la asunción de responsabilidades, la confusión también es mayor, dado que a partir de esta situación será muy difícil para el ciudadano dilucidar en cada caso quién es el responsable del contenido de una determinada ley federal o, llegado el caso, de que la misma no llegue a aprobarse.

La seguridad jurídica y la responsabilidad por el ejercicio de las competencias propias (exclusivas), por tanto, se han visto sustituidas por la imbricación política (*Politikverflechtung*), por una especie de irresponsabilidad organizada, en donde todos (Federación y *Länder*) deciden sobre todo.

Esta es la situación con la que se ha encontrado el reformador constitucional y a la que, en los términos que a continuación veremos, ha tratado de darle respuesta en 2006.

CAPÍTULO 2

LOS ANTECEDENTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2006 DEL ORDEN FEDERAL ALEMÁN

A.- INTRODUCCIÓN

Desde la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn en 1949 la evolución que ha experimentado el orden federal alemán ha sido muy considerable. Caracterizado por una fuerte presencia de rasgos cooperativos, que, como veremos, se han visto acentuados como consecuencia de las sucesivas reformas constitucionales y de la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal a este respecto, el sistema federal germano, muchos de cuyos elementos constitutivos sirven de modelo para otros Estados también territorialmente descentralizados, como el Estado Autonómico español⁶²⁴, se encuentra en los albores del siglo XXI sujeto a un profundo proceso de discusión y, llegado el caso, revisión constitucional.

En las páginas siguientes, tras realizar un repaso de algunos de los distintivos más característicos del federalismo alemán, que nos ayuden a comprenderlo en toda su complejidad actual, sobre todo, en lo relativo al sistema de reparto y delimitación de competencias, centraremos después la atención en los trabajos de la “Comisión de la Dieta Federal y del Consejo Federal para la modernización del orden federal” (*Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung*), constituida en octubre de 2003 con el objetivo de proponer alternativas viables a los graves problemas que aquejaban al sistema federativo germano. Aunque esta Comisión, en un principio, no logró concluir sus trabajos con el éxito esperado y ampliamente demandado, en tanto en cuanto no fue posible alcanzar un acuerdo entre las principales fuerzas políticas acerca de

⁶²⁴ Sobre las precauciones que se han de tomar a la hora de acudir a otros modelos de derecho comparado para extraer conclusiones válidas para el propio ya llamó la atención, entre otros, ROVIRA VIÑAS, A.: “Reflexiones sobre la estructura del Estado y sobre las dificultades de operar con modelos de Derecho comparado”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 13, 2005, pp. 219 ss. Y sobre la dificultad de referirse al Estado autonómico en términos de modelo, véanse, entre otros, CRUZ VILLALÓN, P.: “La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa”, *RFDUCM*, 4, 1982; ARAGÓN REYES, M.: “El Estado autonómico, ¿modelo indefinido o modelo inacabado?”, *Autonomías*, 20, 1995, pp. 187 ss.; CARRERAS SERRA, F. de: “El Estado autonómico español, ¿existe un modelo de Estado?”, en la obra colectiva *Asimetría y cohesión en el Estado Autonómico*. Jornadas sobre el Estado Autonómico: integración y eficacia, INAP, Madrid, 1997, pp. 91 ss.

cuestiones claves para el federalismo alemán, como son las que atañen al ámbito de la política educativa, sin embargo, sí generó un abundantísimo material, provocando un intenso debate, no solo científico y político, sino también de amplio eco social, cuyo conocimiento resulta de indudable interés a fin de comprender mejor las líneas fundamentales de la reforma constitucional que tuvo lugar posteriormente, en el año 2006, y que, en buena medida, se basó en los trabajos realizados por esta Comisión. En efecto, la “nueva” configuración territorial del poder en Alemania, a raíz de la referida reforma constitucional, merece ser observada con cierta perspectiva, pues solo así podremos aprehenderla en toda su variedad⁶²⁵.

Reforma constitucional alemana que, por cierto, resulta asimismo de especial interés en nuestro país, en donde en fechas parejas se emprendió un animado (y seguramente necesario) proceso de reforma constitucional y estatutaria que, en

⁶²⁵ De este largo y complejo proceso de reforma constitucional, a título meramente orientativo, merece ser destacada ahora la transparencia y publicidad con que se desarrollaron los debates, se presentaron las propuestas y se desarrollaron, en general, las negociaciones, durante el año largo en que llevó a cabo sus trabajos la mencionada *Comisión sobre el Federalismo*. Y es que, en efecto, la posibilidad de acceder durante todo ese tiempo a los Protocolos estenográficos de las sesiones públicas (y pocos meses después de concluidos sus trabajos, también a los de aquéllas que no lo eran), a los informes y dictámenes de los expertos independientes así como a los de los representantes políticos, sociales o económicos, con total facilidad (se encontraban disponibles gratuitamente para todo el que quisiera consultarlos en la página web del Consejo Federal o *Bundesrat*: www.bundesrat.de - *Föderalismusreform*), constituye un ejemplar modo de actuación política.

Precisamente, en relación con la importancia de que no solo las negociaciones de las grandes cuestiones de la organización territorial del Estado que afectan al conjunto de la ciudadanía, sino también las reivindicaciones de los partidos políticos que en este contexto aspiran, en ocasiones, a más de lo que dicen, sean claras, en esa misma época se publicó la traducción al castellano de un sugerente y, por momentos, provocador libro de Stéphane DION: *La política de la claridad* (Discursos y escritos sobre la unidad canadiense), Alianza Editorial, Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2005, cuya lectura no dejará indiferente al avezado lector español, que sabrá identificar en él algunos de los rasgos que caracterizan a parte de nuestros nacionalismos periféricos (¿y centralista?), y ello pese a que en el mismo se aborden cuestiones de política interna canadiense (no en vano su autor, Ministro de Medio Ambiente de Canadá en aquel momento, es considerado uno de los grandes valedores de la unidad canadiense, basada, eso sí, en el respeto a la pluralidad y a la diversidad, y, en esa medida, su actuación se ha considerado clave para debilitar la no siempre clara aspiración independentista del nacionalismo quebequés).

algunos aspectos, recordaba al alemán, y que concluyó finalmente con la completa revisión de varios Estatutos de autonomía⁶²⁶, no así del texto constitucional.

En efecto, la República Federal de Alemania tradicionalmente ha sido un referente inexcusable para el constituyente español⁶²⁷, así como posteriormente para el máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, y no solo en lo relativo a derechos fundamentales, organización política o jurisdicción constitucional, sino también en lo que se refiere a la estructura territorial del Estado, si bien a este respecto, como pone de relieve Pedro Cruz Villalón, “quizá sea más importante la influencia de la dogmática alemana que la del propio texto de la LFB”⁶²⁸. Y es que muchas de las categorías jurídicas que hoy forman parte de nuestro acervo jurídico-público encuentran sus raíces precisamente en las grandes construcciones conceptuales (a veces excesivamente prolijas, tampoco se puede ignorar) de la dogmática alemana de la segunda mitad del s. XIX y primera del s. XX. A tal efecto, la contribución de la doctrina científica en lengua alemana a la configuración del

⁶²⁶ La reforma de los Estatutos de Autonomía fueron aprobadas definitivamente mediante las siguientes Leyes Orgánicas: 1/2006, de 10 de abril (Comunidad Valenciana); 6/2006, de 19 de julio (Cataluña); 1/2007, de 28 de febrero (Illes Balears); 2/2007, de 19 de marzo (Andalucía); 5/2007, de 20 de abril (Aragón); 14/2007, de 30 de noviembre (Castilla y León); 7/2010, de 27 de octubre (Navarra); 1/2011, de 28 de enero (Extremadura).

⁶²⁷ Entre otros, Francisco Sosa Wagner así lo ha recordado al señalar que “el Estado del que disponemos en España se ha construido, para bien o para mal, sobre el modelo de aquel país [Alemania]. Es decir, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 ha ejercido una influencia grande sobre nuestra Constitución, al igual que ocurrió con la Constitución de Weimar de 1919 respecto de la española republicana de 1931”, en su Estudio introductorio, titulado “El Estado se desarma”, al libro de Thomas Darnstädt: *La trampa del consenso*, Editorial Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2005, p. 10.

⁶²⁸ CRUZ VILLALÓN, P.: “La recepción de la Ley Fundamental de la R.F.A.”, ADCP, 1, 1989, pp. 82 ss. También se puede consultar en su libro recopilatorio: *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 1999, pp. 73 ss.

Un buen ejemplo del interés que el federalismo alemán despierta en nuestro país lo constituye el ya repetidamente citado trabajo del profesor ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo y cooperación en la República Federal de Alemania*, CEC, Madrid, 1986, en el que de manera particular se realiza un estudio muy completo y exhaustivo de las técnicas de cooperación y colaboración entre la Federación y los *Länder*, que tanto se echan en falta en el entramado institucional español y que en no pequeña medida son las responsables de las dificultades de articular e integrar en la voluntad política del conjunto del Estado a las más particulares voluntades políticas autonómicas.

principio federal, con rasgos diferenciados respecto del estadounidense, son bien conocidas.

Razones de este calibre justifican que en este momento se pretenda, no llevar a efecto un estudio prolijo y exhaustivo de cada una de las piezas de carácter competencial, institucional u organizativo del modelo federal germano, aún caracterizado por sus acusados rasgos cooperativos, sino, antes bien, poner sobre el tapete algunas de las deficiencias más notables del federalismo alemán, algunas de sus virtudes y, sobre todo, la dirección en la que han soplado los vientos de su reforma, a fin de que cuando en nuestro país se oriente de nuevo la mirada hacia este modelo de organización territorial del poder, como de hecho está sucediendo ya⁶²⁹, no volvamos a caer en prejuicios recurrentes e infundados, que nos puedan llevar a la adopción de medidas o categorías que en la República Federal de Alemania ya han quedado superadas o que están siendo sometidas a una fuerte revisión crítica por su inflexibilidad, inadecuación a los nuevos tiempos o, simplemente, ineficacia a la hora de afrontar los complejos problemas que aquejan a todo Estado compuesto, particularmente, en un momento como el actual, en el que el –siempre proceloso- proceso de integración europea, y el inevitable avance de la llamada globalización, están transformando las formas y modos de entender las relaciones de poder en el seno de los Estados territorialmente descentralizados..

⁶²⁹ Me refiero, sobre todo, claro está, a la ya mencionada reforma constitucional y estatutaria que el propio Gobierno nacional, en conjunción con determinados Gobiernos autonómicos, ha impulsado, y muy en particular a la deseable transformación del Senado español en una auténtica Cámara de representación territorial (¿al estilo del Consejo Federal alemán?), así como a la en el futuro no descartable reordenación del sistema competencial con el objetivo de clarificar ámbitos de responsabilidad estatal y autonómica y vías de financiación de unos y otros.

B.- BALANCE DE LA SITUACIÓN DEL FEDERALISMO ALEMÁN PREVIA A LA REFORMA

B. 1.- El orden de distribución de competencias en la Ley Fundamental de Bonn

En los trabajos preparatorios de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, los Gobernadores militares de las potencias de ocupación (Unión Soviética, Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia) desempeñaron un papel decisivo. A la hora de determinar qué modelo de organización territorial del poder público había de ser el más apropiado para la nueva Alemania, defendieron abiertamente la necesidad de la fórmula federal. Se trataba, por encima de todo, de impedir la (re)aparición de un Estado fuerte, centralizado, por decirlo de otro modo, de corte prusiano, que con el paso de los años pudiera convertirse de nuevo en una amenaza para la paz y la prosperidad de Europa (y del resto del mundo). Esta postura chocó, sin embargo, con el deseo muy extendido entre los actores políticos alemanes presentes en el Consejo Parlamentario, órgano encargado de redactar el texto constitucional, de concentrar en la Federación o Gobierno central la mayoría de las competencias más significativas desde un punto de vista cualitativo (sobre todo, las facultades de carácter legislativo), con el fin declarado de poder crear y asegurar condiciones de vida equivalentes para todos los ciudadanos de la República, algo que en aquel entonces, dadas las condiciones en que se encontraba Alemania tras la guerra, resultaba de notoria necesidad.

Desde un punto de vista normativo-competencial, esta dicotomía de posiciones se resolvió atribuyendo un catálogo de materias previsto en el art. 73 GG a la exclusiva facultad legislativa de la Federación, que, no obstante, ésta podía voluntariamente transferir a los *Länder* con el alcance que creyera conveniente (art. 71 GG).

La competencia para la regulación legal de otros importantes campos materiales, los más amplios, de hecho, previstos básicamente en los arts. 74 y 74a GG, se reservó

a los *Länder* “mientras y en la medida” en que la Federación no hiciera uso de su facultad legislativa (art. 72.1 GG); no obstante, esta competencia de la Federación quedó sujeta al cumplimiento de una condición, en concreto, que su intervención fuera necesaria en orden a la preservación de la uniformidad de las condiciones de vida más allá del territorio de un *Land* (art. 72.2 GG), de modo que cuando tal requisito no se cumpliera, solo los *Länder* estarían facultados para legislar en este terreno de la impropriamente denominada legislación concurrente⁶³⁰.

Finalmente, en relación con otras materias, también expresamente delimitadas en la Ley Fundamental, se preveía la existencia de una facultad legislativa marco (art. 75 GG) y de otra de carácter básico de la Federación (arts. 109.3 y 140 GG en conexión, este último, con el art. 138.1 de la Constitución de Weimar). En ambos supuestos, y salvando las mínimas distancias que los separan, a la Federación se le reservaba la regulación principal (marco o básica) de una determinada materia y a los *Länder* el desarrollo legislativo de la misma. En relación con la legislación marco ello significaba que, en principio, las leyes federales de este tipo no podían contener disposiciones de detalle o de aplicación directa. Por consiguiente, a diferencia de lo que sucedía en el supuesto anterior, en el campo de la legislación marco y básica federal sí se podía hablar, aun con reservas, de una concurrencia normativa, en tanto que dos legisladores distintos, uno federal y otro de *Land*, concurrían simultáneamente a la regulación completa de una determinada materia, si bien cada uno dentro de sus respectivos límites competenciales, con lo que, en último término,

⁶³⁰ Es impropia la denominación “legislación concurrente” porque, en realidad, no se da concurrencia alguna entre la legislación federal y la de los *Länder*, ya que cuando actúa la Federación, puede hacerlo con el alcance que quiera, como si se tratara de una competencia de carácter exclusivo, sin tener por qué dejar margen alguno a la legislación de los *Länder*. Joachim WIELAND, Kprot. 3, p. 71, lo ve claramente al afirmar que “[h]ablamos de legislación concurrente, pero no nos referimos, en realidad, a ninguna concurrencia; es decir, la Federación regula, y solo cuando permanece inactiva, pueden los *Länder* establecer su regulación”.

Es por ello que para Hans MEYER, Kprot. 3, p. 63 y Kdruck. 71 -neu f-, pp. 4 ss., más bien habría que hablar de una legislación prevalente de la Federación (*Vorranggesetzgebung des Bundes*). Sin embargo, tampoco esta denominación parece la más adecuada, si es que con ella se quiere hacer referencia a una presunta superioridad jerárquica de la legislación federal sobre la de los *Länder*. Desde otra perspectiva, constitucionalmente más adecuada, a mi parecer, es el principio de competencia el que da respuesta a esta cuestión, y no el de jerarquía.

tal concurrencia quedaba muy matizada sin que, en ningún caso, se pudiera confundir con superposición de regulaciones, federal la una y de *Land* la otra, sobre la misma materia y con el mismo alcance.

Pues bien, este diseño constitucional de distribución de competencias entre la Federación y los *Länder*, aquí expuesto de manera tan esquemática⁶³¹, al margen de algunas modificaciones de alcance menor, particularmente en lo referente a la legislación concurrente (impropia) y a la legislación marco, ha llegado hasta nuestros días. El problema es que en el camino ha sido objeto de interpretaciones, por parte fundamentalmente del legislador federal y del Tribunal Constitucional Federal, que le han otorgado un perfil bastante diferente del que en un primer momento cabía inferir del propio texto constitucional.

Sin ánimo de hacer referencia aquí a cada una de esas reformas de la Ley Fundamental y al alcance de esa hermenéutica legisladora y jurisprudencial en relación con cada uno de los tipos legislativos vistos, sí interesa, al menos, recabar la atención sobre una fórmula constitucional que constituyó precisamente el punto de encuentro que permitió alcanzar el acuerdo a que hacía referencia más arriba entre los Gobernadores militares de las potencias de ocupación y los representantes políticos presentes en el Consejo Parlamentario, en relación con el equilibrio entre las posturas decididamente federalistas de los primeros y más proclives al centralismo de los segundos. Me refiero concretamente al ya mencionado art. 72.2 GG, que, como sabemos, hasta su reforma de 1994, facultaba a la Federación a regular legislativamente las materias previstas en el art. 74 GG, en la medida en que existiera una determinada necesidad jurídica o económica para ello, en concreto, la preservación de la *uniformidad de las condiciones de vida* más allá del territorio de un *Land* (o Estado miembro). Y lo que brevemente quisiera destacar aquí es cómo esta condición, la de la necesidad de salvaguardar la igualdad social entre todos los ciudadanos de la República Federal, concebida originariamente como un límite a la

⁶³¹ Para un estudio más detallado de los diferentes tipos legislativos en la República Federal de Alemania con anterioridad a la reforma constitucional de 2006, cuyos antecedentes aquí se estudian, vid *supra* el apartado G del capítulo 1 (sobre todo, el epígrafe 3).

actuación legisladora de la Federación, acabó convirtiéndose en una de las verdaderas causas responsables del proceso de centralización que veremos, al no considerarla fiscalizable el Tribunal Constitucional Federal, sino más bien sujeta a la libre discrecionalidad del legislador federal. Es decir, el Parlamento federal podía en cualquier momento apreciar la necesidad de establecer una legislación uniforme en relación con alguna de las amplias materias objeto de la legislación concurrente por entender que, de lo contrario, la igualdad de los ciudadanos de los distintos *Länder* podría verse amenazada, sin que una decisión así, aunque fuese contrariada por estos últimos, fuera casi nunca anulada por el Tribunal Constitucional.

B.2.- El “Estado federal unitario” alemán

Lo anterior es solo una muestra de cómo en la propia Ley Fundamental de Bonn, tal y como fue aprobada en 1949, junto al principio federal expresamente mencionado, podemos encontrar también, *in pectore*, al menos, rasgos indudables de lo que años más tarde se ha dado en llamar, en expresión muy extendida, *Estado federal unitario*⁶³². En realidad, yendo aún más lejos, se puede afirmar que la Ley Fundamental, en sus “entrañas”, ha acogido un modelo de Estado federal con importantes rasgos centralizadores, o que los elementos unitarios tienen una presencia tan importante en la Constitución alemana como los federativos (siguiendo la tradición iniciada por la Constitución imperial de 1871, en donde ya se otorgaban amplias facultades legislativas de carácter exclusivo al *Reich*⁶³³, y que encontró continuación en la Constitución de Weimar de 1919). Como destaca Arthur Benz, Profesor de Ciencia Política de la Universidad a Distancia de Hagen, esas tendencias unitarias y de imbricación política que veremos más adelante se vieron

⁶³² HESSE, K.: *Der unitarische Bundesstaat*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1962. Esta expresión se popularizó con posterioridad y fue utilizada por algunos otros autores para caracterizar a la República Federal de Alemania. Vid., por ejemplo, LEHMBRUCH, G.: “Der unitarische Bundesstaat in Deutschland (Pfadabhängigkeit und Wandel)”, Kijln, MPIFG, 2002.

⁶³³ De hecho, quien primero utilizó la expresión “Estado federal unitario” fue Erich Kaufmann en 1917 para referirse al reparto competencial diseñado por la Constitución imperial de 1871.

fortalecidas por la constitución en Alemania occidental de un Estado que además de federal ponía el acento en su carácter social⁶³⁴.

Más allá de estos elementos unitarios positivizados, es preciso reconocer también la existencia en todo Estado (sea o no federal) de una tendencia intrínseca a que la realización de las tareas públicas se concentre en los niveles superiores centrales como consecuencia de la presión que ejercen las fuerzas económicas y sociales a favor de un orden jurídico uniforme, algo que, además, en nuestro entorno político-jurídico se ha visto acentuado en los últimos años por influjo de la legislación proveniente del nivel comunitario, empeñado en crear unas condiciones sociales, políticas y, sobre todo, económicas cada vez más homogéneas en todos los Estados miembros de la Unión. A ello se ha de añadir que, concretamente en Alemania, como destaca Peter M. Huber, Profesor de Derecho Público y Filosofía del Estado de la Universidad de Munich, existe entre la población una fuerte conciencia unitaria, muy escéptica e, incluso, crítica, con las diferenciaciones regionales⁶³⁵.

Conociendo estos antecedentes no puede sorprender, pues, que con el paso de los años en la República Federal de Alemania la Federación haya ido haciendo un uso muy extensivo de sus facultades legislativas concurrentes, agotando, de esa manera, la mayor parte de los ámbitos materiales sobre los que se puede legislar. Práctica ésta que se ha visto confirmada e, incluso, agravada con las sucesivas reformas constitucionales. Así sucedió, al final de la etapa de la llamada *Gran Coalición* entre el Partido Social-Demócrata (SPD) y la Unión Cristiano-Demócrata (CDU), que se prolongó de 1966 a 1969, con la introducción de las llamadas “tareas comunes” (“*Gemeinschaftsaufgaben*”) en los arts. 91a y 91b GG, en virtud de las cuales, a fin de poner remedio a la crítica situación que atravesaban, sobre todo, las finanzas de los *Länder*, se facultó a la Federación a cooperar con éstos en determinados campos (ampliación y construcción de escuelas técnicas superiores,

⁶³⁴ BENZ, A.: Kdruck. 10, pp. 1 ss.

⁶³⁵ HUBER P. M.: Kprot. 3, p. 54.

incluidas las clínicas docentes; mejora de la estructura económica regional; mejora de la estructura agraria y de la protección de las costas), cuando los mismos “revistan importancia para la generalidad y cuando la colaboración de la Federación sea imprescindible para la mejora de las condiciones de vida” (art. 91a.1 GG), así como en otros terrenos (planificación de la enseñanza y fomento de instituciones y proyectos de investigación científica) de “significado suprarregional” en virtud de convenios (art. 91b GG).

De esta misma época data la constitucionalización en el art. 104a GG de la práctica ya consolidada de las ayudas financieras recíprocas entre la Federación y los *Länder*, o, más bien, principalmente de aquella a favor de éstos, que comúnmente se engloba bajo la expresión “financiación mixta” (“*Mischfinanzierung*”) y que viene a significar una gran capacidad de influencia de la Federación en el desarrollo de las políticas de los *Länder*, al ser muchos de éstos en gran medida dependientes de esos fondos federales para la realización de sus actividades (obras, infraestructuras, etc.) y prestaciones sociales.

Todas estas reformas constitucionales de 1969 tienen su origen en el *Informe* que a comienzos de 1966 presentó la *Comisión para la reforma financiera*, integrada por el Canciller Federal y los Ministros-Presidentes de los *Länder* (la conocida como *Comisión Troeger*). En el mismo se llega a la conclusión de que los nuevos desafíos a los que tiene que hacer frente en adelante la República Federal no pueden ser tratados satisfactoriamente en el marco del modelo tradicional de federalismo dual, sino que resulta preciso desarrollar una nueva forma de relaciones federativas que posibilite un sistema común equilibrado y dinámico de cooperación. El federalismo de nuestro tiempo -se afirma- solo puede ser un federalismo cooperativo.

Los intentos de reforma del sistema federal se suceden a partir de este momento, pero, al margen de modificaciones puntuales en el terreno de la distribución competencial, que siempre supusieron, por cierto, un incremento de las facultades

legislativas de la Federación⁶³⁶, más por razones político-partidistas que de otra índole, no se consigue alcanzar un acuerdo para efectuar una revisión profunda del modelo federativo. Merece ser destacada, a este respecto, la institución en 1976 de una *Comisión para la reforma constitucional*, que tras un exhaustivo trabajo presentó sus propuestas de modificación bajo la advertencia de que el federalismo en Alemania seguía “degenerándose”. Pese a ello, tal y como se ha dicho, no fue tampoco posible encontrar el consenso suficiente para acometer las reformas requeridas.

Habrà que esperar al proceso de reunificación de las Repùblicas Democrática y Federal de Alemania a finales de los años ochenta y comienzos de los noventa del pasado siglo para dar un nuevo impulso al desarrollo del federalismo alemán. Este momento histórico quiso ser aprovechado por los *Länder* para reivindicar un fortalecimiento de sus propias facultades legislativas. Intento que desembocó en la reforma constitucional de 1994 que, sin embargo, a pesar de las intenciones que la inspiraron, significó, más que nada, un nuevo incremento de las competencias concurrente y marco de la Federación.

En efecto, a ésta se le atribuyó, por un lado, la facultad legislativa concurrente sobre “la responsabilidad del Estado” (art. 74.1.25 GG) y sobre “la inseminación artificial de seres humanos, la investigación y la modificación artificial de informaciones genéticas, así como las regulaciones del transplante de órganos y tejidos” (art. 74.1.26 GG). Por otra parte, se amplió su facultad legislativa marco al establecimiento de los “principios generales del régimen de la enseñanza superior” (art. 75.1.1a GG), así como a “la protección del patrimonio cultural alemán contra su transferencia al extranjero” (art. 75.1.6 GG).

⁶³⁶ En el ámbito de la legislación concurrente, véase, sobre todo, la introducción por medio de reforma constitucional de 18.03.1971 del art. 74a GG relativo a la remuneración y previsión social del personal perteneciente al servicio público.

Incluso es más que dudoso que la pretensión de recortar el alcance de los poderes federales en el terreno de la legislación concurrente por medio de la sustitución de la cláusula de necesidad (*Bedürfnisklausel*) del art. 72.2 GG por la de imprescindibilidad (*Erforderlichkeitsklausel*), lo que resultaba asimismo trasladable al ámbito de la legislación marco, dada la remisión del (derogado) art. 75.1 GG a aquel precepto, vaya a tener algún efecto práctico significativo; al menos la experiencia demuestra que hasta la reforma constitucional de 2006 esa nueva redacción apenas ha generado algún cambio en la actividad legislativa de la Federación y en la fiscalización de la misma por parte del Tribunal Constitucional Federal, a salvo de que se confirme la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia sobre la Ley de atención a los ancianos⁶³⁷, en donde el Segundo Senado del Tribunal parece aceptar el deber de examen que le corresponde en el enjuiciamiento de la correspondiente regulación legal de la Federación, al exigir con mayor incisión que ésta solo regule legislativamente alguna de las materias a que se refiere el art. 74 GG cuando, en efecto, ello resulte “imprescindible” (*erforderlich*), no tanto para la “creación de condiciones de vida equivalentes” y la “preservación de la unidad jurídica”, requisitos estos que quedan en buena medida relegados, sino, sobre todo, para la “preservación de la unidad económica”, condición que es ahora interpretada de manera muy generosa. Además, el Segundo Senado del Tribunal Constitucional Federal obliga en esta sentencia al legislador federal a tener en cuenta necesariamente material fáctico a la hora de proceder a la valoración de la situación dada a la luz de la equivalencia de las condiciones de vida (y, por ende, también de los otros requisitos mencionados: preservación de la unidad jurídica y económica).

En el año 2004, un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán vino a confirmar e, incluso, agravar las consecuencias de esta línea jurisprudencial, irrumpiendo en la escena política con gran fuerza, particularmente en lo que se refiere al debate sobre la reforma del federalismo. En efecto, en la conocida como Sentencia sobre las cátedras junior (*Juniorprofessur*) de 27 de julio

⁶³⁷ BVerfGE 106, 62. Vid. asimismo las Sentencias sobre los perros de pelea (1 BvR 1778/01 de 16.03.2004) y sobre el derecho de cierre de los comercios (1 BvR 636/02 de 09.06.2004).

de 2004⁶³⁸, de nuevo el Segundo Senado del Tribunal Constitucional Federal, presidido por el magistrado Winfried Hassemer, Vicepresidente del Tribunal, consideró inconstitucional y, por tanto, nula la totalidad de la quinta Ley de modificación de la Ley marco de Universidades (*Hochschulrahmengesetz*) de 16 de febrero de 2002, por resultar incompatible con los arts. 70 y 75 GG en conexión, este último, con el art. 72.2 GG.

El Tribunal con esta sentencia pretendió dejar claro que a los *Länder* les corresponde una competencia de carácter general en el ámbito de la legislación, sin que la Federación, haciendo un uso abusivo de la suya propia, pueda privarles de ella o limitarla hasta tal punto que la haga casi impracticable. En concreto, el Segundo Senado sostiene que una regulación legal de carácter federal solo es “imprescindible”, en el sentido del art. 72.2 GG, en la medida en que sin ella no se puedan crear condiciones de vida equivalentes o garantizar la unidad jurídica y económica en todo el territorio federal, sin entender, a este respecto, que la regulación a nivel federal de la cátedra junior cumpla tales requisitos, pues es esta una materia que puede ser normada con los mismos efectos a nivel de *Land*. En realidad, con este pronunciamiento el Tribunal ha limitado considerablemente las crecientes posibilidades de intervención de la Federación en la política educativa y universitaria, algunos de cuyos hitos más significativos son los intentos de esta última de actuar legislativamente en ese terreno a través del fomento de las Escuelas de día completo y de las Universidades de elite, a lo que hasta la fecha se han opuesto los *Länder*, que defienden el ámbito cultural y educativo como uno de sus últimos reductos competenciales, frente al incesante incremento de las facultades legislativas de la Federación.

Con todo, esta línea jurisprudencial que parece comenzar a abrirse camino a raíz de la nueva redacción del apartado 2 del art. 72 GG con las sentencias mencionadas

⁶³⁸ 2 BvF 2/02 de 27.07.2004. Vid. además en relación con esta jurisprudencia constitucional las observaciones críticas realizadas por los diputados federales del SPD Hermann BACHMEIER, Volker KRÖNING y Joachim STÜNKER (con el apoyo del profesor Hans MEYER), Kdruck. 77, pp. 1 ss.

tampoco resulta sin más asumible, antes bien, presenta algunos problemas de muy graves consecuencias, entre los que cabe destacar el hecho de que con toda seguridad van a perdurar regulaciones federales dictadas con anterioridad a la reforma de 1994 que ahora ya no se ajustan a la nueva interpretación de las condiciones del art. 72.2 GG, porque la Federación, que, de conformidad con el art. 125a.2 GG, es la única que puede “liberarlas”, no lo hará ante el temor de que los *Länder* no establezcan una regulación conforme a sus intereses. De esta manera, lo que se producirá previsiblemente es una “petrificación” (“*Versteinerung*”) del ordenamiento jurídico en absoluto deseable⁶³⁹.

Y es que si hasta la reforma constitucional de 2006, como sabemos ya, las posibilidades que abren estos arts. 72.3 y 125a.2 GG de que la Federación pueda determinar mediante ley que una regulación legislativa federal que ya no sea imprescindible en el sentido del art. 72.2 GG pueda ser reemplazada por la legislación de los *Länder*, no han sido nunca utilizadas por la Federación, no cabe albergar muchas esperanzas de que en un futuro próximo esta situación vaya a cambiar sustancialmente. Al contrario, por las razones dadas, lo más probable es que la Federación mantenga inalterada su normativa, sin que, en consecuencia, los

⁶³⁹ Vid. a este respecto Hans MEYER, Kprot. 3, p. 62, y Kdruck. 13, pp. 8 ss., quien, en general, se muestra muy crítico con la nueva redacción del art. 72.2 GG y la interpretación que de ella hace el Tribunal Constitucional Federal en la Sentencia mencionada en el texto principal sobre la Ley de atención a los ancianos, ya que no queda claro a partir de ella si resta alguna competencia a la Federación para la regulación del derecho de reunión (art. 74.1.3º GG), del fomento de la investigación científica (art. 74.1.13º GG) o de los asuntos relativos a los refugiados y expulsados (art. 74.1.6º GG), dado que los mismos no parecen subsumibles ahora bajo las condiciones previstas en ese art. 72.2 GG. Además, de acuerdo con esta nueva redacción parece que hay que revisar si las condiciones que la misma impone se dan en relación con cada una de las disposiciones de la regulación federal, y no con la ley en su conjunto, con lo que el trabajo se complica enormemente.

Finalmente, también resulta altamente criticable en su opinión que esta nueva redacción del art. 72.2 GG, en realidad, transfiera a un órgano jurisdiccional, en este caso el Tribunal Constitucional Federal, la competencia para tomar una decisión de carácter político: fijar el límite de la imprescindibilidad de la regulación federal.

De otra opinión, Peter M. HUBER, Kdruck. 71 -neu k-, pp. 1 ss., entiende que de esta reciente jurisprudencia constitucional no cabe esperar una “petrificación” del ordenamiento jurídico, pues la misma se limita a hacer realidad la voluntad del legislador constitucional de 1994, que con la reforma del art. 72.2 GG lo único que pretendía era obligar al legislador federal a soportar más firmemente la carga de la prueba y de la motivación de la imprescindibilidad de su regulación legal.

Länder puedan actuar a ese respecto, pese a que se cumplan las condiciones para ello.

Por otra parte, existe también el temor, manifestado, entre otros, por los tres magistrados que formularon Voto particular a la Sentencia sobre la cátedra junior referida⁶⁴⁰, de que este giro en el rumbo de la jurisprudencia del Tribunal pueda conducir a que la competencia marco de la Federación sea interpretada de modo tan estricto que a ésta apenas le reste posibilidad alguna de configuración política de la actividad educativa universitaria en el concreto caso que nos ocupa, lo que sería asimismo trasladable al resto de supuestos a que se refiere el art. 75.1 GG. Temor que de confirmarse se compadecería mal con la creciente (y polémica) intención del entonces Gobierno Federal presidido por el canciller Schröder de devolver más competencias a la Federación en el terreno de la educación a fin de poner remedio a los desastrosos resultados arrojados en 2001 por el llamado “Informe Pisa I”⁶⁴¹ y, aunque algo mejores, confirmados después en el “Informe Pisa II”, que ponen seriamente en entredicho el sistema educativo alemán y que no son fáciles de explicar a una ciudadanía, que achaca en parte las consecuencias de los mismos a la diversidad de las políticas educativas practicadas en cada *Land* como consecuencia del modelo federal imperante⁶⁴².

⁶⁴⁰ Voto particular de las magistradas OSTERLOH y LÜBBE-WOLFF y del magistrado GERHARDT a la Sentencia del Segundo Senado del Tribunal Constitucional de 27 de julio de 2004 (2 BvF 2/02).

⁶⁴¹ ARROYO GIL, A.: “El Estado federal en crisis (*A propósito de la República Federal de Alemania*)” - Recensión a los libros de Edin Šarčević: *Das Bundesstaatsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000; Ronald Sturm: *Föderalismus in Deutschland*, Leske+Budrich, Opladen, 2001; Hans-Georg Wehling (ed.): *Die deutschen Länder*, Leske+Budrich, Opladen, 2.^a ed., 2002, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 117 (2002), pp. 351 ss.

⁶⁴² En efecto, que los estudiantes de Finlandia hayan sido los que mejores resultados han obtenido, ha traído consigo una reflexión sobre la necesidad de diseñar y aplicar políticas educativas homogéneas en todo el territorio federal, tal y como sucede en este país. De hecho, en una Carta abierta a los Presidentes de la *Comisión sobre el Federalismo*, la Alianza de las Organizaciones Científicas (que comprende la Conferencia de Rectores de Universidad, la Comunidad Científica Alemana, la Sociedad Fraunhofer, la Comunidad Leibniz, la Comunidad Helmholtz, la Sociedad Max-Planck así como el Consejo Científico), a través de su Portavoz, Peter GAETHGENS, a su vez Presidente de la Conferencia de Rectores de Universidad, demanda que en el futuro, en el ámbito universitario, existan unas regulaciones unitarias y válidas a nivel federal, y que tanto la Federación como los *Länder* continúen siendo competentes de manera conjunta en lo relativo a la construcción de universidades y al fomento de la investigación. En esta misma línea, Wilfried STEINER, Presidente del Consejo de Padres de Alumnos, y el Sindicato sobre la Educación y la Ciencia en una declaración

Para el Profesor de Derecho Público de la Universidad Humboldt de Berlín, Hans Meyer, que ha representado en este caso de las cátedras junior al Gobierno Federal en Karlsruhe, con esta interpretación tan restrictiva el Tribunal Constitucional Federal, en realidad, ha suprimido la virtualidad de la legislación marco. Crítica esta que se ha de encuadrar precisamente en el contexto de los trabajos de la *Comisión sobre el Federalismo* que veremos más adelante, en donde uno de los objetivos que con más insistencia se han barajado pasa precisamente por la supresión de este tipo legislativo marco y su sustitución por otros de carácter exclusivo⁶⁴³, como finalmente acabaría ocurriendo, según veremos en el capítulo siguiente.

Muy crítica también con esta sentencia se muestra la Comunidad Científica Alemana (*Deutsche Forschungsgemeinschaft - DFG*), que entiende que con la doctrina que en ella se acoge se va a generar falta de claridad y una gran inseguridad jurídica en el terreno de las cátedras junior, lo que en absoluto va a favorecer la actividad investigadora en Alemania, pudiendo ocurrir incluso que muchos jóvenes profesores alemanes, dadas las dificultades que van a encontrar para desarrollar con garantías una carrera universitaria en su país opten por “emigrar” a otros en los que no encuentren tantas trabas⁶⁴⁴.

Así pues, y a la espera de que esta nueva línea jurisprudencial pueda llegar a consolidarse, lo que de producirse, por otra parte y como hemos tenido ocasión de ver, acarrearía no pocos problemas, lo cierto es que, como se decía más arriba, los

conjunta demandan de la Federación, los *Länder* y los Gobiernos locales que consideren la educación una tarea común de todos ellos y que no la sacrifiquen “en el altar del Federalismo”.

⁶⁴³ A favor de esta desaparición de la legislación marco como tipo legislativo autónomo por manifestarse contraria a dos de los principales objetivos que se persiguen con la reforma del federalismo, la desconcentración de las tareas públicas y la determinación clara de las responsabilidades, vid. el documento conjunto presentado por los respectivos Presidentes de las Dietas de los *Länder* de Schleswig-Holstein, Baviera, Rheinland-Pfalz y Sachsen-Anhalt, Heinz-Werner ARENS / Alois GLÜCK / Christoph GRIMM / Christine LIEBERKNECHT / Adolf SPOTKA, Kdruck. 38, p. 3.

⁶⁴⁴ Estas declaraciones se pueden encontrar recogidas en la prensa diaria y semanal. Véase, entre otros, el artículo “Totgesagte leben länger”, publicado el 28.07.2004 en *Der Tagesspiegel* (www.tagesspiegel.de).

elementos unitarios u homogeneizadores del federalismo alemán son muy notables, particularmente en el ámbito de la legislación, en donde la denunciada creciente amplitud o extensión de los poderes federales, frente a lo que se suele defender, no ha podido ser compensada en el terreno del desarrollo y de la ejecución legislativa, pues el grado de concreción o detallismo que alcanzan muchas leyes federales apenas deja margen material alguno a los *Länder* para dictar sus correspondientes normas de desarrollo y ejecución de las mismas.

Recapitulando, pues, la centralización legislativa ha constituido el signo distintivo de la actividad política en la República Federal de Alemania desde su misma fundación, lo que se ha visto además potenciado por las sucesivas reformas constitucionales⁶⁴⁵

⁶⁴⁵ Opinión ésta que, aunque ampliamente generalizada, sin embargo, no es compartida plenamente por Hans MEYER, Kdruck. 13, pp. 1 ss. Para este autor, el reproche consistente en considerar que muchas facultades legislativas de los *Länder* se han trasladado en las sucesivas reformas constitucionales a la Federación no se basa del todo en hecho reales, como pone de relieve la mera observación del catálogo del art. 74 GG. Por un lado, sostiene MEYER, el número de facultades legislativas nuevas es menor de lo que aquel reproche haría suponer. Por el otro, muchas de las materias atribuidas a la facultad legislativa de la Federación no existían en 1949 ni era previsible su existencia para el constituyente de entonces, por lo que no fue posible conferirles en aquel momento ni a la Federación ni a los *Länder*. Por último, tampoco se puede desconocer que a lo largo del período de tiempo transcurrido desde el momento constituyente hasta la actualidad también ha habido competencias que han recaído en manos de los *Länder*.

En concreto, desde 1949 en el ámbito de la legislación concurrente del art. 74 GG a la Federación le han sido atribuidas las siguientes competencias:

- la facultad legislativa ya existente sobre “el cuidado de las tumbas de guerra” se ha ampliado a “las tumbas de otras víctimas de guerra y de la tiranía” (apartado 10a);
- la generalidad del “derecho sobre la energía nuclear” (apartado 11a);
- “la regulación de la ayuda para la formación profesional” (apartado 13);
- “la financiación de los hospitales y la regulación de las tarifas de los mismos” (apartado 19a)
- “la protección de los animales” (apartado 20);
- “la percepción y distribución de tasas por el uso de carreteras públicas con vehículos” (apartado 22);
- “la eliminación de las basuras, el mantenimiento de la pureza del aire y la lucha contra el ruido” (apartado 24);
- “la responsabilidad del Estado” (apartado 25); y
- “la inseminación artificial humana, la investigación y las manipulaciones genéticas así como las regulaciones sobre el transplante de órganos y tejidos” (apartado 26).

Por otra parte, con la introducción del art. 74a GG también le ha sido atribuida a la Federación la competencia sobre la remuneración y previsión social del personal perteneciente al servicio público

y por la línea hermenéutica desarrollada, con las excepciones vistas, por el Tribunal Constitucional Federal en relación fundamentalmente con la cláusula de necesidad (hoy de imprescindibilidad) del art. 72.2 GG. La responsabilidad de este proceso, sin embargo, no es únicamente predicable de los poderes federales; por el contrario, los *Länder* también han contribuido a ello de manera decisiva, pues sin su asentimiento mayoritario en el Consejo Federal no hubiera sido posible llevar a efecto las reformas constitucionales mencionadas. Como veremos enseguida, las motivaciones de esta actuación no son gratuitas. Y, en todo caso, la mayor parte de ellas se

en el ámbito de *Land* que se encuentre en una relación jurídico-pública de servicio y lealtad, y a través del art. 75.1.1a GG, la competencia marco sobre los principios generales de la enseñanza superior.

Como se puede apreciar -señala MEYER- la mayor parte de estas materias o bien eran desconocidas en 1949 o bien tienen que ver con el régimen financiero, por lo que no puede sorprender que posteriormente fueran atribuidas a la facultad legislativa de la Federación, ante la necesidad de una regulación uniforme o, al menos, homogénea de todas ellas. Así, por ejemplo, resulta difícilmente imaginable que, de haberlas conocido, el Consejo Parlamentario en 1949 hubiera atribuido a los *Länder* el derecho sobre la energía nuclear o los avances o el desarrollo de la investigación médica. Algo parecido cabe decir en relación con la competencia sobre la percepción y distribución de tasas por el uso de carreteras públicas con vehículos.

Más problemática resulta la atribución de materias originarias de los *Länder* a la facultad legislativa de la Federación, como sucede con los supuestos previstos en los arts. 74a y 75.1.1a GG. No obstante, también es cierto que algo así se llevó a efecto porque se pudo contar con una mayoría cualificada de votos de los *Länder* en el Consejo Federal a favor de tal operación de traslación competencial (en concreto, dos tercios: art. 79.2 GG).

Además, frente al crecimiento competencial de la Federación y la pérdida parcial de competencias de los *Länder* se ha de tener en cuenta que, como contrapartida, la Federación también ha renunciado a determinadas competencias, como la relativa a la nacionalidad en los *Länder* (antiguo art. 74.1.8 GG), ha restringido su competencia sobre ciertas materias, como el derecho de las contribuciones por urbanización (art. 74.1.18 GG), ha transformado su más amplia competencia concurrente en otra de carácter marco, como en el caso de la protección del patrimonio cultural alemán frente a su traslado al extranjero (antiguo art. 74.1.5 GG y vigente art. 75.1.6 GG) o, finalmente, ha reducido el uso de una competencia propia, como en el supuesto de la Ley marco sobre enseñanza superior (4ª Ley de modificación de la Ley marco sobre la enseñanza superior, BGBl. 1998, pp. 2190 ss.).

En último término, sostiene MEYER, la pérdida de poder de los *Länder* queda relativizada si se tiene en cuenta que el Consejo Federal ha ganado importantísimos derechos de participación en relación con todas las leyes que tengan que ver con los ferrocarriles federales (art. 87e.4 GG) o con el servicio de correos o de telecomunicaciones (art. 87f.1 GG), respecto de las cuales la Federación ostenta una facultad legislativa de carácter exclusivo.

Por lo que afecta al ámbito de la legislación marco y básica de la Federación, concretamente por lo que se refiere a la Ley marco sobre la función pública de la Federación (art. 75.1.1 GG), que en realidad es una Ley completa sobre el funcionariado, así como en relación con la Ley básica del art. 109.3 GG, que constituye asimismo una Ley Presupuestaria completa, el reproche sobre la amplitud de la competencia federal o, mejor, sobre el uso extensivo que de la misma ha realizado la Federación sí está, según MEYER, plenamente justificado.

pueden enmarcar en el seno de un proceso de pérdida progresiva de significado de los órganos parlamentarios y de acentuación del protagonismo de los órganos ejecutivos o gubernamentales.

B.3.- Aspectos institucionales del federalismo alemán: el *Bundesrat* o Consejo Federal

La descripción de la situación normativo-competencial realizada con anterioridad no puede verse, sin embargo, de manera aislada, pues ello nos ofrecería una imagen altamente distorsionada, por estática, del federalismo alemán. Antes bien, para comprender hoy en día en su generalidad el verdadero entramado de las relaciones federativas en el seno de la República Federal de Alemania es preciso hacer referencia a un marco jurídico-institucional más amplio que el que cabe derivar de algunas disposiciones constitucionales aisladas y de su interpretación jurisprudencial. Y ese marco no es otro que el queda comprendido bajo el término ya conocido de “federalismo cooperativo”.

Con esta expresión se hace referencia a la necesidad de colaboración entre las distintas partes que integran un Estado territorialmente descentralizado en orden a la consecución de determinados fines u objetivos de carácter político, económico o social beneficiosos para toda la comunidad. En Alemania pueden encontrarse rasgos de este modo de concebir las relaciones políticas entre las distintas entidades estatales en diversos preceptos de la Ley Fundamental. La sola presencia de competencias de colaboración, esto es, la legislación marco y la legislación básica federal⁶⁴⁶, en donde, al menos en su concepción teórica, a la Federación le corresponde fijar los principios, bases o directrices de la regulación de determinados ámbitos materiales normativamente delimitados y a los *Länder* dictar la normativa de desarrollo y la ejecución, son una buena muestra de ello.

⁶⁴⁶ Antes de la reforma constitucional de 2006, mediante la que, como veremos en su momento, se vió suprimida la legislación marco y alterada la legislación básica.

Pero más allá de su reflejo normativo-competencial, como decía, el ideal de federalismo cooperativo se encuentra también presente en la concepción de una institución central en el orden constitucional alemán, el *Bundesrat* o Consejo Federal. Su composición y sus funciones, al menos tal y como fueron en un principio concebidas, responden a este modo de articulación de las relaciones entre las distintas entidades de carácter estatal. Integrado por miembros de los Gobiernos de los *Länder*, su labor fundamental consiste en contribuir, de forma indispensable en muchas ocasiones, a la formación de la voluntad legislativa (y administrativa) de la República Federal, tanto a nivel interno como en lo que se refiere a los asuntos de la Unión Europea que tengan relevancia para los *Länder* (art. 50 GG).

Esa participación en la legislación federal se articula procedimentalmente a través de dos vías, que de manera resumida se pueden explicar del siguiente modo: en relación con determinados proyectos de ley al Consejo Federal solo le corresponde ejercer un “derecho de veto” que, en sentido estricto, no responde a su denominación, pues, en todo caso, el mismo podrá ser levantado por la Dieta Federal, siempre y cuando la misma reúna la mayoría suficiente de votos requerida a tal efecto (art. 77.4 GG). Son éstas las llamadas *leyes de veto* (*Einspruchsgesetze*). Por el contrario, en relación con otros proyectos de leyes federales resulta ineludible el asentimiento del Consejo Federal, de manera que si éste no se obtuviera la ley en cuestión no podría ser válidamente aprobada (art. 77.2 y 78 GG). Son las conocidas como *leyes necesitadas de asentimiento* (*Zustimmungsgesetze*).

Qué materias pueden ser reguladas legislativamente por uno u otro procedimiento es algo que, en principio, viene determinado de modo individual, concluyente y explícito en la propia Ley Fundamental, como reconoció el Tribunal Constitucional Federal desde un primer momento (“principio enumerativo”)⁶⁴⁷. Sin embargo, este

⁶⁴⁷ BVerfGE 1, 76 (79). Vid. también, entre otras, BVerfGE 48, 127 (179).

orden perfecto de cosas se complica por la presencia de una cláusula constitucional abierta, el art. 84.1 GG, que no ha experimentado ninguna modificación desde la aprobación de la Ley Fundamental hasta la reforma constitucional de 2006 y que ha sido objeto de un uso muy extensivo por parte de la Federación. De acuerdo con este precepto, cuando los *Länder* desarrollen o ejecuten las leyes federales como asunto propio son también competentes para la institución de las autoridades y la regulación del procedimiento administrativo, “en la medida en que las leyes federales, con el consentimiento del Consejo Federal, no determinen otra cosa” (algo similar prevé el art. 85.1 GG en relación con la ejecución por encomienda de las leyes federales por parte de los *Länder*).

A pesar de lo que cabría derivar de una primera lectura de estos preceptos, lo cierto es que en más del cincuenta por ciento de los casos la Federación ha optado también por regular el procedimiento administrativo o por crear u organizar el funcionamiento de las autoridades correspondientes, motivando de ese modo la necesidad de asentimiento del Consejo Federal y, en concreto, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal basada en la “tesis de la unidad” (“*Einheitsthese*”), para la aprobación de la totalidad de la ley⁶⁴⁸, algo que ciertamente, como observa Peter M. Huber, merece ser puesto en cuestión, pues no está en absoluto claro que la *ratio* de los arts. 84.1 y 85.1 GG ofrezca cobertura a esta interpretación constitucional, sobre todo, cuando la misma es observada desde el punto de vista del principio democrático y del equilibrio institucional entre los diferentes órganos constitucionales⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ BVerfGE 8, 274 (284 ss.); 24, 184 (195); 37, 363 (374 ss.); 39, 1 (35); 48, 127 (178); 55, 274 (321); 274, 319 (326).

⁶⁴⁹ Peter M. HUBER, Kdruck. 8, pp. 14 ss. Por su parte, Rupert SCHOLZ, Kprot. 3, p. 70, se muestra muy crítico con esta jurisprudencia constitucional, pues considera que la teoría o tesis de la unidad en absoluto es deducible de la intención de la Ley Fundamental.

Desde otra perspectiva, Dieter GRIMM, Kprot. 3, p. 81, entiende que esta amplia facultad de la Federación para regular la institución de las autoridades de *Land* así como el procedimiento administrativo, siempre y cuando así se establezca por ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal, es reflejo de la asimetría que preside el federalismo alemán: el peso principal de la legislación recae en la Federación y el del desarrollo y ejecución, en los *Länder*. Asimetría ésta, por tanto, que explica y justifica la existencia de contrapesos. En el caso de los *Länder*, ese contrapeso radica en la colaboración en la legislación federal por medio del Consejo Federal y en el caso de la

A este problema se le ha intentado ofrecer la siguiente solución⁶⁵⁰: disociar en dos la aprobación de la ley federal, de modo que la parte que desarrollen o ejecuten los *Länder* como asunto propio sea aprobada como ley de veto, tramitándose lo relativo a la organización de autoridades y al procedimiento administrativo federal por el método agravado. Técnicamente ello se podría resolver -según Rupert Scholz, Profesor de Derecho Público de la Universidad de Munich- de manera muy sencilla, introduciendo, por ejemplo, en el texto de los arts. 84 y 85 GG el adverbio “solo” (“*nur*”), de tal modo que “solo” exista reserva de asentimiento del Consejo Federal respecto de la aprobación de aquellas partes de la ley federal relativas a la organización y al procedimiento administrativo de los *Länder*.

Sin embargo, esta alternativa no resulta del todo convincente, pues aparte de su complejidad, puede llevar a situaciones absurdas como la que se produjo en relación con la Ley de parejas de hecho del mismo sexo, que habiendo sido aprobada en su parte principal en 2002, aún en contra del voto de la mayoría de los *Länder* en el Consejo Federal, e incluso habiendo superado un recurso bávaro ante el Tribunal Constitucional Federal, quedó sin aprobarse en su “parte ejecutiva”, pues para ello se requiere la conformidad del Consejo Federal, controlado en su momento por una mayoría de votos de *Länder* gobernados (a solas o en coalición) por la Unión Cristiano-Demócrata (CDU) y/o su partido hermano en Baviera, la Unión Cristiano-Social (CSU). De ahí que, como observa Arthur Benz, sea preciso crear un procedimiento que impida que el Consejo Federal utilice su reserva de asentimiento en relación con la aprobación de las leyes federales que afecten al procedimiento administrativo de los *Länder* para bloquear la eficacia de las mismas⁶⁵¹.

Federación tal contrapeso deriva de su poder de influencia en la ejecución de las leyes. En definitiva, la necesidad de una cierta homogeneidad a nivel federal no se satisface únicamente por medio del derecho material, sino también a través del derecho procesal.

⁶⁵⁰ Propugnada, entre otros, por Dieter GRIMM, Kprot. 2, pp. 41 ss., Rupert SCHOLZ, Kdruck. 5, p. 9 ss., y Arthur BENZ, Kdruck. 10, p. 7.

⁶⁵¹ Arthur BENZ, Kprot. 3, p. 52.

Desde otra perspectiva, Hans Meyer entiende que de acuerdo con el art. 84.1 GG lo que tiene realmente prohibido la Federación es intervenir en el procedimiento administrativo o en la soberanía organizativa de los *Länder*⁶⁵² sin el consentimiento del Consejo Federal, por lo que ha de exigirse que la negativa de éste se refiera explícitamente a tales regulaciones. Ello significa más que nada que el Consejo Federal debe explicar por qué no quiere aceptar una u otra regla administrativa u organizativa. Un deber de fundamentación de este calibre significaría que el Consejo Federal solo puede negar su asentimiento cuando no se encuentre en condiciones de aceptar determinadas reglas o cuando prefiera establecer otras distintas, lo que, en último término, forzaría a la Dieta Federal y, por tanto, al Gobierno Federal que se encuentra detrás de ella, a adoptar la decisión de o bien hacer suya las alternativas del Consejo Federal y, por consiguiente, eludir el veto o bien renunciar a aquellas reglas administrativas u organizativas⁶⁵³.

Además, sostiene Meyer, una interpretación estricta de la perífrasis “siempre que las leyes federales... *no dispongan otra cosa*”, puede llevar a considerar que aquellas intervenciones normativas de la Federación que no supongan una invasión o irrupción (*Einbruch*) en el derecho organizativo y procedimental de los *Länder*, de conformidad con ese art. 84.1 GG, no pueden considerarse precisadas del asentimiento del Consejo Federal⁶⁵⁴. Es decir, el dominio o el ámbito reservado a los *Länder* no se vería puesto en cuestión, hasta el punto de hacer necesaria la aprobación del Consejo Federal, por el hecho de que una ley federal se limitara únicamente a afectar los intereses de los *Länder* en tanto que titulares de la competencia de ejecución; antes bien, para que tal asentimiento del Consejo Federal

⁶⁵² Aspectos, por cierto, que, en su opinión, deben ir necesariamente unidos (vid. Hans MEYER, Kdruck. 25, pp. 1 ss.).

⁶⁵³ Hans MEYER, Kdruck. 12, p. 7 y Kdruck. 13, pp. 26 ss.

⁶⁵⁴ De esta forma, propone MEYER, el art. 84.1 GG podría establecer lo siguiente: “Si los *Länder* ejecutan las leyes federales como asunto propio, serán los encargados de regular también la organización de las autoridades y el procedimiento administrativo. Las leyes federales podrán establecer una regulación diferente, pero solo cuando se trate, de acuerdo con la frase anterior, de intervenciones jurídicas esenciales precisarán del asentimiento del Consejo Federal.” (vid. Hans MEYER, Kdruck. 13, pp. 33 ss.)

fuera ineludible sería preciso que la ley federal procediera a regular por sí misma la institución o el procedimiento de las autoridades de *Land*, tal y como, por cierto, el propio Tribunal Constitucional Federal tuvo oportunidad de precisar en su Sentencia sobre la Ley del seguro social de los artistas⁶⁵⁵.

Este mismo art. 84 GG en su último apartado prevé, además, la posibilidad de que al Gobierno Federal, en relación con la ejecución de las leyes federales, se le otorgue, por medio de ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal, la facultad de dictar instrucciones singulares para casos especiales; facultad ésta de la que se ha hecho un uso excesivo, dado que muchas leyes federales contienen numerosas disposiciones procedimentales y organizativas ante la creencia de la Federación de que solo de esa manera aquéllas pueden desplegar toda su eficacia.

Finalmente, entre aquellos otros preceptos constitucionales que exigen asimismo el consentimiento del Consejo Federal para la válida aprobación de la ley federal destaca, por su importancia, el art. 105.3 GG, relativo a los impuestos cuyo producto corresponda total o parcialmente a los *Länder* o municipios (o mancomunidades de municipios).

A este ya de por sí complejo panorama, hay que añadir el hecho de que, por su parte, el Tribunal Constitucional Federal ha ampliado los supuestos constitucionalmente previstos de materias cuya regulación ha de realizarse por medio de leyes necesitadas del consentimiento del Consejo Federal a otros que, aun no mencionados expresamente en la Constitución federal, vía interpretación así quepa deducirlo. Y para acabar de complicar aún más las cosas, en las sucesivas reformas constitucionales esos derechos de participación del Consejo Federal se

⁶⁵⁵ BVerfGE 75, 108 (150).

han visto incrementados a cambio de sacrificar los *Länder* la regulación de ámbitos materiales hasta entonces de su exclusiva competencia⁶⁵⁶.

Todo ello motivó que desde hace ya tiempo alrededor del sesenta por ciento de las leyes federales aprobadas en Alemania requiriera la conformidad del Consejo Federal con lo que, a primera vista, la influencia de los *Länder*, o más concretamente de sus Gobiernos, en la configuración de la legislación federal había aumentado considerablemente. Esta forma de actuar recibe el nombre de “federalismo participativo” (“*Beteiligungsföderalismus*”), si se fija el centro de atención en la participación de los (Gobiernos de los) *Länder* vía Consejo Federal en la legislación federal, y de “federalismo ejecutivo” (“*Vollzugsföderalismus*” o “*Exekutivföderalismus*”) si lo que se quiere poner de relieve es que la pérdida progresiva de facultades legislativas exclusivas por parte de los Parlamentos de los *Länder* ha llevado a que éstos desempeñen fundamentalmente una labor de desarrollo y ejecución de las leyes federales.

Como consecuencia, pues, de esta evolución unitaria del federalismo alemán se había producido, desde hace ya tiempo, una situación en la que a las Dietas de los *Länder* cada vez les quedan menos campos materiales de importancia política que regular autónomamente, dada la “voracidad” legislativa de la Federación, que se había apropiado en su práctica totalidad de las materias objeto de la legislación concurrente y que había exagerado asimismo el alcance de su legislación marco; a este respecto, como dijo el ex-Presidente Federal Johannes Rau en su discurso conmemorativo del cincuentenario del *Land* Baden-Württemberg, “el marco se ha vuelto tan grande que ya no se puede ver el cuadro”. En definitiva, lo que se había producido era un evidente desapoderamiento de los Parlamentos de los *Länder*, hasta tal punto que no parecía desmedido poner en duda si estos últimos, los *Länder*, seguían gozando de la cualidad estatal (*Staatsqualität*) que se les presumía,

⁶⁵⁶ Antes de la reforma de 2006, siguiendo el dato ofrecido por Edzard SCHMIDT-JORTZIG, Kprot. 3, pp. 67 ss., la necesidad de asentimiento del Consejo Federal para la aprobación de las leyes federales se encuentra prevista en la Ley Fundamental en 49 lugares.

con las graves consecuencias que de ello podrían derivarse para la buena salud del principio democrático⁶⁵⁷.

Como contrapartida de esta pérdida de autonomía política de los *Länder*, se había producido, como acabamos de ver, un incremento notorio y paulatino de las funciones del Consejo Federal, lo que, en realidad, significaba una potenciación muy significativa de la posición de los Gobiernos de los *Länder*, que son los que envían sus representantes al Consejo. De esa forma, éste se había convertido más en un órgano de la política partidista, al estilo de las segundas cámaras legislativas de otros sistemas políticos, que en una auténtica institución representativa de los intereses de los *Länder*.

Esta politización partidista extrema del Consejo Federal, que ha llegado a ser caracterizada como una enfermedad que desacredita el federalismo en su totalidad, se manifiesta en toda su crudeza cuando la mayoría parlamentaria en la Dieta Federal no se corresponde con una mayoría del mismo partido político (o de la coalición de partidos) en el Consejo Federal, tal y como ha sucedido durante diversos períodos de la historia de la República Federal de Alemania, siendo el más reciente el previo a las elecciones federales de septiembre de 2005, que ha sido incluso utilizado como argumento por el ex Canciller Gerhard Schröder para solicitar su convocatoria. En estos supuestos, en efecto, el Consejo Federal puede actuar como un órgano de bloqueo, que, en el mejor de los casos, lleva muchas veces a la adopción de acuerdos de mínimos, no siempre suficientes para atajar los problemas a los que se trata de dar respuesta. En este sentido, uno de los ejemplos más gráficos fue el que tuvo lugar en marzo de 2002 cuando se sometió a votación en el Consejo Federal la Ley de inmigración. El “lamentable espectáculo” que allí se ofreció⁶⁵⁸ ilustra perfectamente como cuando se trata de aprobar leyes de muy hondo calado político, los intereses partidistas se anteponen y nublan cualquier

⁶⁵⁷ Peter M. HUBER, Kdruck. 8, p. 1.

⁶⁵⁸ Una exposición sintética de lo sucedido en ARROYO GIL, Antonio: “El Estado federal en crisis...”, p. 351.

genuino interés regional, siendo éste, sin embargo, el que habría en todo caso de primar.

Pero es que, además, la pretensión política de compensar esa pérdida gradual de facultades legislativas de los *Länder* a través del incremento de los derechos de participación de los Gobiernos de estos últimos vía Consejo Federal en la política global no deja de ser un camino erróneo, pues, como recuerda Rupert Scholz, en último término, los Gobiernos de los *Länder* representados en el Consejo Federal no son sino partes de un órgano constitucional de carácter federal, es decir, no actúan en el seno del mismo en tanto que Gobiernos de los *Länder*, con lo que difícilmente pueden estar sometidos al control o a la influencia o incluso dirección de las correspondientes Dietas de los *Länder*⁶⁵⁹.

Pese a todo, tampoco se puede ignorar que este proceso descrito se ha llevado a cabo con la aquiescencia de los propios *Länder*, pues las reformas constitucionales mencionadas que lo han hecho posible no hubieran podido materializarse sin su apoyo mayoritario en el Consejo Federal. Los *Länder*, o, mejor, sus Gobiernos, han estado dispuestos a pagar el alto precio de la pérdida de facultades legislativas exclusivas a cambio de incrementar notablemente su cuota de participación en la formación de la voluntad política a nivel federal, dando ello lugar a un “modelo” de federalismo cuya característica principal es que “todos deciden sobre todo”, lo que, en último término, como denuncia Peter M. Huber, desemboca en una especie de “irresponsabilidad organizada”, que tan perniciosas consecuencias acarrea de cara a la percepción que la ciudadanía tiene del funcionamiento del sistema democrático federal⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹ Rupert SCHOLZ, Kprot. 3, pp. 81 ss.

⁶⁶⁰ Peter M. HUBER, Kdruck. 8, pp. 2 ss. También, en esta misma línea, el artículo del entonces Ministro-Presidente de Nordrhein-Westfalen Peer STEINBRÜCK (SPD), publicado el 22 de mayo de 2004 en *Der Tagesspiegel* bajo el título “Wenn der Föderalismus zum Hemmschuh wird”.

Cuando los ciudadanos acuden a votar en las elecciones a la Dieta Federal deben tener claro que con su voto van a elegir a un partido político que de conseguir una mayoría parlamentaria suficiente podrá desarrollar determinadas líneas políticas (en principio, anunciadas ya en el correspondiente programa electoral). Ahora bien, cuando esa confianza se pierde porque la capacidad de decisión de la Dieta Federal se ve tan limitada por la necesidad de asentimiento del Consejo Federal, en última instancia, el que está sufriendo un gran daño es el propio principio democrático. La utopía de la representación no puede convertirse en quimera si no se quiere perder en ese tránsito la confianza de quien, en último término, y pese a sus contornos poco definidos, constituye, todavía hoy, el basamento esencial de la teoría de la democracia, el pueblo (entiéndase, de manera más precisa, cuerpo electoral). Crítica esta que, con todas las matizaciones que sean necesarias, perfectamente se podría predicar respecto del proceso de construcción europea, tal y como tuvo ocasión ya de denunciar el Tribunal Constitucional Federal en su célebre Sentencia Maastricht⁶⁶¹.

Con todo, tampoco se puede desconocer que esta imbricación política denunciada se encontraba ya implícita en la propia Ley Fundamental, desde su misma aprobación. En aquel momento, como sabemos, una de las mayores preocupaciones, sobre todo, de las potencias de ocupación no era otra que impedir el (re)nacimiento de un Estado central poderoso, que tan críticas consecuencias había tenido durante la época nacional-socialista; se estaba pensando, pues, en términos exclusivamente de Estado nacional, y, por ello, lo que se perseguía era encontrar el modo de dificultar que los órganos centrales de la futura Alemania fueran libres para tomar decisiones orientadas a crear ese Estado fuerte; de ahí las facultades de colaboración de los *Länder* ya previstas y que luego tanto se desarrollaron.

⁶⁶¹ BVerfGE 89, 155.

Sin embargo, en el momento actual, en esta recién comenzada era de la llamada globalización (y, por lo que nos afecta, europeización), ese diseño constitucional descrito deja de ser válido; hoy ya no sirve de mucho pensar en términos de mero Estado nacional, pues el capital, las empresas y los trabajadores (por utilizar tres categorías clásicas de reminiscencias marxistas) cada vez están menos “apegados” a una nación o “patria” (en parte, por fortuna, cabría añadir); las fronteras se abren cada día más (no siempre de manera ventajosa para los más desfavorecidos, sino, más bien, todo lo contrario) y la competencia comienza a campar a sus anchas, sin que las medidas proteccionistas de un solo Estado sirvan de mucho para impedir su paseo triunfal (a salvo, claro está, de las que se practican en los llamados Estados occidentales en relación con determinados productos, agrícolas, sobre todo, con las conocidas consecuencias perniciosas que ello tiene para los países en vías de desarrollo o los conocidos como del tercer mundo). Todo ello, de una manera u otra, obliga a cada Estado a disponer de un marco flexible de adopción de decisiones. El tiempo en la respuesta es determinante. El federalismo alemán -se asegura- no ha sabido adaptarse a este nuevo horizonte. Órganos constitucionales como el Consejo Federal pertenecen, en su concepción, a otra época; han dejado de ser eficaces en ésta.

Este breve análisis y sus conclusiones finales, sin embargo, no son compartidos en igual medida por todos los actores políticos en Alemania. Así, Henning Scherf, ex Alcalde de Bremen (SPD), tiene una opinión muy distinta acerca del rol que desempeña el Consejo Federal en la construcción de la voluntad federal. Para él, éste es un órgano constitutivo de la República Federal de Alemania desde su mismo origen, que ha jugado un papel muy importante en el desarrollo de la misma y que si bien está necesitado de reformas que mejoren su funcionamiento no es en absoluto el único responsable de la llamada política de bloqueo. En realidad, sostiene Scherf, está por ver que esta práctica viciada haya sido una constante en la República Federal. Más bien, un repaso histórico prueba que la política de bloqueo no es lo característico del federalismo alemán, sino todo lo contrario. Los cancilleres Konrad Adenauer, Helmut Schmidt y Helmut Kohl tuvieron que gobernar en su momento con

mayorías parlamentarias contrarias y pese a ello lograron alcanzar acuerdos trascendentales. El Consejo Federal no impidió, por tanto, desarrollar una política constructiva a nivel federal⁶⁶².

En efecto, las estadísticas muestran que de las alrededor de seis mil leyes tramitadas por la Dieta Federal desde 1949 solo un muy pequeño porcentaje (que no llega al 1,5 %) no han obtenido el necesario asentimiento del Consejo Federal, con lo que no han podido ser válidamente aprobadas. Ahora bien, esta certeza no contradice otro hecho también incuestionable: que en muchos casos los acuerdos alcanzados, al tratarse de compromisos, no han sido suficientes para dar solución a los graves problemas planteados, de modo que la crítica generalizada de que el Consejo Federal actúa con frecuencia (cuando la mayoría de sus votos no se corresponde con la mayoría parlamentaria de la Dieta Federal) como un contrincante político-partidista del Gobierno Federal no se puede sin más desconocer.

Por otra parte, la constatación de esos datos nos obliga, además, a preguntarnos ahora si esta situación ha cambiado en los últimos años y, particularmente, a partir de la reunificación alemana. Una respuesta afirmativa, que no parece del todo descartable, pese a los matices que quepa introducir, conduce necesariamente a otra pregunta: el por qué de ese cambio. No es este el lugar para realizar una investigación profunda sobre el tema, pero algún indicio sí es posible ofrecer. Esa transformación de las relaciones políticas en el seno del Consejo Federal, que desde hace algunos años dificulta o impide la consecución de acuerdos que plasmar en las correspondientes leyes federales, tiene que ver, en gran medida, con el hecho de que las circunstancias históricas tan singulares en que se encontraba Alemania desde el final de la II Guerra Mundial han cambiado en los últimos años. Dicho de manera un tanto reduccionista: Alemania paulatinamente se ha ido convirtiendo en un país „normal”; „normalidad” que no tiene por qué significar que las formas y modos de negociación entre los partidos políticos sean más eficaces y constructivas.

⁶⁶² Henning SCHERF, Kprot. 1, pp. 17 ss.

La necesidad imperiosa de encontrar acuerdos para superar las gravísimas consecuencias del conflicto bélico primaba entonces con más fuerza que ahora sobre los intereses (electoralistas) de los partidos. Si ello es distinto en estos momentos (lo que tampoco resulta tan evidente como se quiere hacer creer) se debe en alguna medida a que muchas de las dificultades que se arrastraban de ese reciente pasado han sido superadas y a que el proceso de reunificación de las dos Alemanias ha traído consigo nuevas formas y modos en el quehacer político, derivados de la aparición de nuevos factores sociales, económicos y, por ende, también políticos.

B.4.- Pérdida de protagonismo de los Parlamentos e imbricación política

Aun siendo muy importante, la dificultad no se encuentra tan solo, como se señalaba en el apartado precedente, en las complejas relaciones entre la Dieta Federal y el Consejo Federal a la hora de alcanzar acuerdos sobre la aprobación de leyes que requieren inexcusablemente el asentimiento de este último; antes al contrario, el auténtico problema proviene del hecho de que cada vez más decisiones legislativas de significado central son adoptadas por consejos y/o comisiones extraparlamentarias, con lo que se está produciendo un vaciamiento del significado de los Parlamentos de la Federación y de los *Länder* como foros de discusión de las diversas opciones políticas y una conversión de los mismos en meros órganos de ratificación de decisiones que ya han sido negociadas en otro lugar, por lo general, en ausencia de publicidad, y por otros agentes que carecen de la legitimación directa de la que gozan los diputados⁶⁶³.

⁶⁶³ Hans MEYER, Kdruck. 12, p. 3.

Sobre la pérdida de protagonismo del Parlamento y el consiguiente debilitamiento del Estado durante la segunda mitad del s. XX como consecuencia de la vinculación de grupos de interés, asociaciones, sindicatos, etc., a la toma de decisiones políticas a través de negociaciones y acuerdos, véase el Estudio introductorio de Francisco SOSA WAGNER, titulado "El Estado se desarma", al libro de DARNSTÄDT, T.: *La trampa del consenso*, Editorial Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2005, pp. 30 ss., en donde se hacen unas interesantísimas reflexiones (-advertencias) sobre la pérdida de legitimidad del Parlamento por la apelación al consenso social, lo que supone, en último término, una degradación de la dignidad de la elección democrática, que viene acompañada de un

En este sentido, no faltan pronunciamientos autorizados, como el de Hans-Jürgen Papier, ex Presidente del Tribunal Constitucional Federal, reclamando una nueva configuración del federalismo alemán que fortalezca los Parlamentos de la Federación y de los *Länder*, y animando a sustituir el Consejo Federal actual por un Senado, al estilo del de los Estados Unidos de América, en donde por cada uno de los cincuenta Estados federados son elegidos directamente dos senadores⁶⁶⁴. En definitiva, se trataría de apostar por un fortalecimiento de los elementos personales en las elecciones al Consejo Federal, evitando de ese modo el control absoluto que hoy ejercen los Gobiernos de los *Länder* sobre sus representantes en el seno de este órgano constitucional; además, con esa pérdida por parte de los Gobiernos de los *Länder* de su influencia inmediata en la política federal se conseguiría en gran medida -según Papier- que las elecciones a las Dietas de cada *Land* recuperaran su verdadero punto de referencia, contribuyéndose así a aminorar algo la de hecho constante lucha electoral que tiene lugar como consecuencia de la permanente sucesión de elecciones parlamentarias a nivel de *Land*, que no viene acompañada precisamente de efectos muy beneficiosos para el buen desarrollo de la labor legislativa de la Federación.

Esta opinión del ex Presidente del Tribunal Constitucional Federal, sin embargo, no fue unánimemente bien recibida. Dieter Grimm, Profesor de Derecho Público y ex-Magistrado del Tribunal Constitucional Federal, por ejemplo, advierte de los riesgos que supone la adopción de instituciones de derecho extranjero acríticamente. A tal

oscurantismo en los procesos de toma de decisiones que favorece, destacadamente, a los más favorecidos, en tanto en cuanto la apelación a la participación para justificar estas prácticas, en el fondo, se traduce en la participación de unos pocos, los mejor dotados económica, social o culturalmente, en detrimento de los demás, incapaces de hacer oír y valer su voz en la defensa de sus intereses.

⁶⁶⁴ A favor también de convertir el Consejo Federal en un Senado inspirado en el modelo estadounidense (art.1.3 Constitución de los Estados Unidos de América) o en el austriaco (art. 35 Constitución Federal de Austria) se pronuncian los entonces Presidentes de los Grupos parlamentarios del FDP en las Dietas de los *Länder*, en un documento conjunto presentado por Jörg-Uwe HAHN, Kdruck. 58, p. 11. Un breve y actual estudio del *Bundesrat* desde un punto de vista de derecho comparado en STURM, R.: "Zur Reform des Bundesrates - *Lehren eines internationalen Vergleiches der Zweiten Kammern*", *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 29-30, 2003.

efecto, pone de relieve las grandes diferencias que existen entre el federalismo estadounidense y el alemán, no siendo una de las menores el hecho de que en los Estados Unidos de América, por regla general, tanto el Gobierno Federal como los Estados desarrollan y ejecutan sus propias leyes, tratándose, por tanto, de un federalismo de separación mucho más marcado que el imperante en la República Federal de Alemania, en donde a la Federación le corresponde la aprobación de la mayoría de las leyes y a los *Länder* la ejecución de la mayor parte de las mismas. Siendo esto así, tiene sentido que entre ambos niveles exista un órgano bisagra compuesto por los ejecutivos de los *Länder*, como de hecho sucede con el Consejo Federal⁶⁶⁵.

De la propuesta de Papier se critica además que adoptar la institución de un Senado al estilo estadounidense significaría, en realidad, introducir un nuevo nivel de legitimación por medio de la elección directa, que más que reforzar la independencia de los senadores elegidos por cada *Land*, potenciaría el rol que están llamados a jugar los partidos políticos, lo que, en último término, supondría anteponer los intereses federales a los de los *Länder*, dado que las decisiones que aquéllos adoptaran no tendrían como horizonte principal el ámbito restringido de un *Land*, sino el más amplio de la política federal.

A tal efecto, como alternativa se ha planteado también la posibilidad de que los Ministros-Presidentes de cada *Land* sean elegidos directamente por su pueblo respectivo, lo que les permitiría, en alguna medida, distanciarse de la política federal y, en contrapartida, centrar su atención en los problemas reales de sus territorios (Herbert von Arnim, Profesor de Derecho Público y de Teoría constitucional en la

⁶⁶⁵ Dieter GRIMM, Kprot. 2, pp. 41 ss. Tampoco Edzard SCHMIDT-JORTZIG, Kprot. 3, p. 68, se muestra a favor de la propuesta de PAPIER, resaltando cómo esa discusión entre "*Bundesratsprinzip*" o "*Senatsprinzip*" fue ya resuelta en los debates del Consejo Parlamentario en 1949 con argumentos que también son válidos hoy en día y que, en buena medida, tienen que ver con los expuestos en el texto principal. También la Comisión de reforma constitucional constituida a mediados de los años 70 del pasado siglo encargada de adaptar la Constitución federal a los nuevos tiempos discutió de nuevo esa disyuntiva, optando asimismo por ratificar la solución del Consejo Federal frente a la del Senado.

Universidad de Speyer). Pero, como veremos más adelante, tampoco ésta parece una solución muy convincente.

Como es fácil de imaginar, toda esta situación descrita, tan compleja, repercute decisivamente, como se apuntaba más arriba, en la percepción que los ciudadanos tienen (tenemos) de la política. Resulta muy difícil para ellos (nosotros) determinar quién es de qué responsable. Se produce una confusión en la titularidad de las competencias y, por ende, un desvanecimiento de las responsabilidades políticas asociadas a su ejercicio⁶⁶⁶. Cada parte puede reclamar para sí, indemostrablemente, el mérito por los éxitos alcanzados y achacar el perjuicio de los fracasos a la parte contraria. En último término, llegado el momento de las elecciones, éstas dejan de cumplir correctamente con uno de sus principales sentidos: pensadas como la factura por los aciertos o errores en la acción de gobierno, cuando los electores no saben (sabemos) a quién atribuirle la responsabilidad de la misma, sea positiva o negativa, esto es, cuando el enjuiciamiento de la actuación gubernamental es tan intrincado, aquéllos no se encuentran (no nos encontramos) en condiciones de votar con conocimiento de causa, lo que, finalmente, provoca un desencanto por la política que se traduce en una apatía electoral. Como sostiene Ferdinand Kirchhof, Profesor de Derecho Público de la Universidad de Tübingen, “una democracia capaz de reaccionar con agilidad y generalmente aceptada precisa siempre de una atribución nítida de la responsabilidad por la actuación a una persona o a un órgano. Las imbricaciones recíprocas reducen la legitimación de las decisiones. (...) La competencia exclusiva trae consigo agilidad, necesidad de explicación y conocimiento de la responsabilidad en las decisiones públicas”⁶⁶⁷.

La generalidad de esta compleja problemática referida se puede aglutinar bajo la invocación de un término acuñado en los años ochenta del pasado siglo por el

⁶⁶⁶ Como tuvo oportunidad de denunciar en su discurso de investidura el 1 de julio de 2004 en una sesión conjunta de la Dieta Federal y del Consejo Federal el entonces Presidente Federal Horst KÖHLER.

⁶⁶⁷ Ferdinand KIRCHHOF, Kdruck. 11, p. 3.

sociólogo alemán Fritz W. Scharpf, y que enseguida se generalizó, “*Politikverflechtung*”, que podríamos traducir por “imbricación política”⁶⁶⁸. En un principio, como este propio autor reconoce, en realidad, durante los primeros decenios de vida de la República Federal, los efectos de esa imbricación política no solo no fueron valorados negativamente, sino que incluso la alta necesidad de consenso entre la Federación y los *Länder*, a fin de adoptar decisiones legislativas de gran calado, constituyó una de las claves para impedir los cambios radicales en la actuación gubernamental, garantizándose de ese modo una política del “término medio” de gran seguridad que, en todo caso, desde el punto de vista de los actores económicos fue considerada muy beneficiosa en comparación, por ejemplo, con la política británica del “frena y avanza” (“*Stop-go-Charakter*”). Sin embargo, esta situación cambia y a partir de mediados de los años setenta y principios de los ochenta del pasado siglo, como ya se ha dicho, con aquel término (“imbricación política”) se comienza a hacer referencia a toda esa amalgama de relaciones federales inextricables entre la Dieta Federal y el Consejo Federal que conducen a un entorpecimiento o paralización de la actuación política que tanto dificulta a los ciudadanos localizar al responsable de la misma y, en su caso, a través de las elecciones periódicas, premiarle o sancionarle⁶⁶⁹.

⁶⁶⁸ SCHARPF, F.W.: “Die Politikverflechtungs-Falle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich”, *Politische Vierteljahresschrift*, 26, 1985. Sobre el significado de este concepto en la actualidad política alemana y las implicaciones que bajo el mismo se engloban, vid. WACHENDORFER-SCHMIDT, U.: *Politikverflechtung im vereinigten Deutschland*, Wtdt. Verlag, Wiesbaden, 2003.

⁶⁶⁹ Tal y como precisa Arthur BENZ, Kprot. 1, pp. 8 ss., el problema principal del Estado federal alemán no es tanto la imbricación competencial en sí misma como la imbricación en la toma de decisiones, es decir, la enorme dificultad que existe para organizar funcionalmente las estructuras de decisión, en tanto que en muchas ocasiones Gobierno y oposición deben alcanzar compromisos para llevar a cabo determinadas reformas legislativas. Esta peculiar estructura de decisión proviene del mismo momento constituyente en 1949, al conjugar entonces en la Ley Fundamental el modelo de Estado federal del s. XIX con una democracia parlamentaria fuertemente caracterizada por la concurrencia de partidos políticos. En contra de la intención del constituyente, el Consejo Federal en vez de actuar como una representación de los *Länder* en la que éstos hicieran valer su voluntad en la elaboración de la legislación federal, acabó manifestándose como una Cámara en la que los partidos de la oposición en la Dieta Federal podían actuar como un contrapoder de la mayoría parlamentaria.

Quizá quien con mayor claridad ha retratado esta situación en la práctica⁶⁷⁰, con unas declaraciones no exentas, eso sí, de alguna dosis de alarmismo, ha sido la ex Ministra federal de Defensa del Consumidor, Alimentación y Agricultura, Renate Künast (Alianza 90/Los Verdes), quien en una entrevista publicada el once de octubre de 2004 en *Berliner Zeitung* realizó afirmaciones del siguiente tenor: “Las personas vinculan el concepto federalismo con bloqueo, pelea y meticulosidad exagerada”; “La Federación y los *Länder* se bloquean permanentemente, el entrelazado de competencias es horrible. El ciudadano tiene a veces la impresión de que nada avanza. No puede ser que una ley en lugar de tres años precise tres legislaturas hasta que pueda entrar en vigor. Por eso es preciso separar claramente las competencias entre la Federación y los *Länder*”; “Las propuestas de los *Länder* conducen a una Federación de Estados⁶⁷¹. Los *Länder* quieren cada vez más competencias y dinero”, y ello a pesar de no ser capaces de cumplir con las que ya tienen; en relación con la Unión Europea, las demandas de los *Länder* conducen a una situación en virtud de la cual serían éstos los que habrían de representar junto con el Ministro federal del ramo de que se trate a la República Federal, lo que resulta

⁶⁷⁰ Desde un punto de vista más teórico, véase el libro de DARNSTÄDT, T.: *La trampa del consenso*, Estudio introductorio de Francisco Sosa Wagner: “El Estado se desarma”, Editorial Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2005, en donde el autor se dedica a denunciar con vehemencia, no exenta de sarcasmo, algunas de las principales deficiencias en el funcionamiento del sistema institucional alemán, derivadas ya del propio texto constitucional, que han llegado a un estado tal de complejidad que hacen prácticamente imposible la adopción de decisiones legislativas trascendentales tendentes a atajar los muchos problemas que aquejan a la República Federal de Alemania. Si el análisis resulta, sin duda, sugerente, aunque no siempre asumible, se echa tal vez en falta una mayor contribución alternativa al tan denostado consenso.

En una línea similar, que le lleva a dudar de la validez actual del modelo federal alemán y a proponer, a cambio, una renovación de los fundamentos federativos del Estado que permita acabar con el actual estado de bloqueo con que se topan todas las reformas importantes que se quieran realizar, KÜHNE, H.: *Auslaufmodell Föderalismus?: den Bundesstaat erneuern - Reformblockaden aufbrechen*, Olzog, München, 2004.

⁶⁷¹ Advertencia ésta que el propio ex Canciller Federal Gerhard SCHRÖDER avanzó ya ante los medios de comunicación y que provocó un gran revuelo político y social. En realidad, la idea de que la reforma del sistema federal pueda conducir a una desvertebración del Estado alemán similar a la que existía antes de la unificación de los territorios germánicos en 1871, más allá de su alejamiento de la realidad, opera con gran efectismo a la hora de transmitir un mensaje, cada vez con mayor insistencia, por parte de altos representantes del Gobierno Federal de entonces, que apunta hacia la necesidad de mantener o incluso reforzar las instancias centrales del poder, frente al peligro que podría significar, sobre todo para los ciudadanos y *Länder* más desfavorecidos, un incremento de la autonomía política de estos últimos.

a todas luces inviable en los procesos europeos de negociación. Algo parecido sucede en el ámbito de la educación y de la protección del medio ambiente: en el primer caso, una atomización de competencias acarrea graves problemas para aquellos alumnos que se trasladan a estudiar a otros *Länder* y, en el segundo, desanima la inversión en Alemania cuando las empresas deben solicitar diferentes licencias en cada *Land* porque la regulación medioambiental es distinta en cada uno de ellos. Como consecuencia de todo ello, la Ministra Künast considera “un anacronismo” la existencia de tantos *Länder*.

Pues bien, al margen de lo grueso de algunas de estas afirmaciones, respaldadas, por cierto, entre otros, por el entonces Ministro Federal de Finanzas, Hans Eichel (SPD), lo que sí parecen poner perfectamente de relieve las mismas es que Alemania se encuentra inserta en un debate de alto calado político, en el que se enfrentan, al menos, dos maneras radicalmente diferentes de concebir las relaciones entre el todo y las partes. Así, mientras que para algunos destacados representantes de los *Länder*, éstos han de gozar de una mayor autonomía competencial y capacidad de influencia en la política federal, desde otros ámbitos, particularmente desde el (antiguo) Gobierno Federal, se ve con gran preocupación esta deriva, que, como ya se ha dicho, se ha llegado a tildar de confederal.

Así las cosas, sin caer en un extremo ni en otro, y saliendo del terreno de las reflexiones de carácter exclusivamente nacional o, mejor, estatal, conviene no perder de vista un par de fenómenos ya mencionados, que pese a ser relativamente novedosos, en los últimos lustros se han agudizado de manera singular, hasta el punto de transformar ampliamente las hasta entonces imperantes concepciones político sociales y, sobre todo, económicas. Me refiero a la europeización, primero, y a la globalización, después, que, por lo que afecta al objeto de esta investigación, han venido a poner seriamente en entredicho los sólidos fundamentos sobre los que hasta ahora se asentaba el orden federativo alemán. La necesidad de integración, por un lado, y de competición, por el otro, consustanciales a esos movimientos de carácter socio-político y, como se decía, fundamentalmente económico, sitúan al

federalismo alemán en una difícil encrucijada, cuyo intento de desenmarañamiento constituye el objeto de estudio y reflexión de la segunda parte de este capítulo, que a continuación se abordará.

C.- EL INTENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL DEL ORDEN FEDERAL ALEMÁN: LA COMISIÓN SOBRE EL FEDERALISMO

A fin de dar solución a los graves problemas descritos en el apartado anterior⁶⁷², en alguna medida responsables de la difícil situación política, económica, financiera e, incluso, social, por la que atraviesa Alemania desde finales de los años noventa de la pasada centuria, que se ha llegado a calificar como la más crítica del período de posguerra, los días 16 y 17 de octubre de 2003, en la Dieta Federal y en el Consejo Federal, respectivamente, se constituyó bajo la presidencia conjunta del entonces Jefe del Grupo parlamentario del Partido Social-Demócrata (SPD), Franz MÜNTEFERING, por parte de la primera, y del Ministro-Presidente de Baviera, Edmund STOIBER (de la Unión Cristiano-Social -CSU-, partido hermano de la Unión

⁶⁷² Generalmente aceptados tanto entre la doctrina científica como, sobre todo, entre los responsables políticos. Son muy numerosos los trabajos que en los últimos años se han publicado en Alemania acerca de la necesidad de reformar los fundamentos del Estado federal. A tal efecto, valgan, como mera muestra, los siguientes: HUBER, P.M., *Deutschland in der Föderalismusfalle?*, C. F. Müller, Heidelberg, 2003; MEIER-WALSER, R. C. / HIRSCHER, G. [Ed.], *Krise und Reform des Föderalismus (Analysen zu Theorien und Praxis bundesstaatlicher Ordnungen)*, Olzog, München, 1999; MÄNNLE, U. [Ed.], *Föderalismus zwischen Konsens und Konkurrenz (Tagungs- und Materialienband zur Fortentwicklung des deutschen Föderalismus)*, Nomos-Verl.-Ges., Baden-Baden, 1998; STURM, R., "Föderalismus in Deutschland", Leske und Budrich, Opladen, 2001; WEHLING, H.-G., *Die deutschen Länder (Geschichte, Politik, Wirtschaft)*, Leske+Budrich, Opladen, 2.^a ed. revisada, 2002; vid. también los trabajos recogidos en la revista *Aus Politik und Zeitgeschichte* (B 29-30/2003) de FISCHER, Thomas, "Deutscher Föderalismus vor der Herausforderung einer europäischen Verfassung", MARGEDANT, U., "Die Föderalismusdiskussion in Deutschland"; y THAYSEN, U., "Der deutsche Föderalismus zwischen zwei Konventen - Zur Reform des deutschen Bundesstaates un die Jahrtausendwende".

Muy interesante asimismo resulta el artículo del Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Público de la Universidad de Maguncia, VOLKMANN, U.: "Wozu Bundesstaat?", publicado en *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 04.12.2004, en donde reflexiona agudamente sobre la grave crisis de legitimación a que se enfrenta el Estado federal alemán.

Por parte de los actores políticos, téngase en cuenta la sucinta descripción que de la situación de crisis del federalismo alemán mencionada realizan Günter KRINGS y Tanja GÖNNER en representación del Grupo joven de la Fracción de la CDU/CSU en la Dieta Federal, bajo el título "¡Renovar nuestro Federalismo! Se trata de nuestro futuro", Kdruck. 19, pp. 1 ss., en donde caracterizan explícitamente a la imbricación y "confusión" de las competencias y responsabilidades entre la Federación y los *Länder* como freno institucional decisivo y apuestan por un incremento sustancial de las facultades legislativas de los *Länder* en correspondencia con la reducción de los derechos de participación del Consejo Federal, lo que conduciría lógicamente a un fortalecimiento de los Parlamentos de los *Länder* en detrimento de los Gobiernos de los mismos. Vid. también la intervención del Ministro-Presidente de Baviera Edmund STOIBER en la octava sesión de la *Comisión sobre el Federalismo* (Kprot. 8, pp. 164 ss.), en la que constata cómo uno de los motivos de las referidas dificultades que padece Alemania tiene que ver con la estructura federal del Estado.

Cristiano-Demócrata -CDU- en este *Land*), por parte del segundo, una Comisión compuesta por 16 miembros de cada uno de estos órganos constitucionales⁶⁷³.

Además, de esta “Comisión de la Dieta Federal y del Consejo Federal para la modernización del orden federal” (*Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung*), más conocida como *Comisión sobre el Federalismo* (*Bundesstaatskommission* o *Föderalismuskommission*), también formaron parte 10 miembros asesores (4 elegidos por el Gobierno Federal y otros 6 que actuaron en representación de las Dietas de los *Länder*), 3 invitados permanentes seleccionados por las federaciones locales (*Spitzenverbände*) y 12 expertos o profesionales, todos ellos sin derecho a voto⁶⁷⁴.

⁶⁷³ Un primer acercamiento a los trabajos de la *Comisión sobre el Federalismo* se puede encontrar en castellano en ARROYO GIL, A.: “Realidades y perspectivas del federalismo alemán”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 24 (2004), pp. 405 ss., trabajo éste que también se puede consultar en la página web de la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico: http://www.fundacionmgimenezabad.es/images/Documentos/2004/20040329_opt_arroyo_a_es_o.pdf, así como de manera más resumida en ARROYO GIL, A.: “Presente y futuro del federalismo alemán (*Apuntes y reflexiones para un debate*)”, *Cuadernos de Alzate*, n.º 30 (2004), pp. 15 ss. En alemán, ver el trabajo introductorio y la documentación previa a la constitución de la *Comisión sobre el Federalismo* que sirvió para la preparación de la misma, recopilada por HRBEK, R, / EPPLER, A, (Ed.): *Deutschland vor der Föderalismus-Reform* (Eine Dokumentation), Occasional Papers, Nr. 28, Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung, Tübingen, 2003.

⁶⁷⁴ Vid. www.bundesrat.de (Föderalismusreform): http://www.bundesrat.de/nn_6904/DE/br-dbt/foedref/foedref-node.html?__nnn=true. Sobre este aspecto particular de la composición y organización de la *Comisión sobre el Federalismo* y, en general, acerca de los trabajos de la misma, vid. KIRCHOF, F.: “Ein neuer Ansatz zur Reform des Grundgesetzes”, *ZG*, 3, 2004; HAUG, V.: “Die Föderalismusreform (*Zum Ringen von Bund und Ländern um die Macht im Staat*)”, *DÖV*, 5, 2004; BÖSERT, B.: “Die Reform des Bundesstaates - Das 7. Berliner Forum der Deutschen Gesellschaft für Gesetzgebung (DGG)”, *ZG*, 1, 2004; KLOEPFER, M.: “Bemerkungen zur Föderalismusreform”, *DÖV*, 13, 2004; SCHWANENGEL, W.: “Die Malaise des deutschen Bundesstaates (*Zu Möglichkeiten und Grenzen der Föderalismusreform*)”, *DÖV*, 13, 2004, y “Zustand und Perspektive des Föderalismus in Deutschland und Europa (*Bericht über eine Tagung des “Staatswissenschaftlichen Forums e.V.”*)”, *DVBl.*, 7, 2004; MÖSTL, M.: “Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern - Hintergrund, Stand und Bewertung der aktuellen Reform-diskussion”, *ZG*, 4, 2003; y KLINGEN, K.: “Lage und Zukunft des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland. *Das 33. Cappenberger Gespräch der Freiherr-vom-Stein-Gesellschaft am 8. Oktober 2003 in Wiesbaden und die 2. Tagung des Staatswissenschaftlichen Forums e.V. der Universität Erfurt am 15. Oktober 2003 in der Landvertretung des Feistaats Thüringen*”, *ZG*, 3, 2004. En castellano y catalán, respectivamente, véase SOSA WAGNER, F.: Estudio introductorio “El Estado se desarma”, al libro de Thomas Darnstädt: *La trampa del consenso*, Editorial Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2005; y CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A.: “L’inici del debat sobre la reforma del federalisme a Alemanya”, *El Clip*, n.º 26, Institut d’Estudis Autònoms, marzo 2004.

Para facilitar el desarrollo de sus tareas, la *Comisión* se encontraba dividida en dos grupos de trabajo (*Arbeitsgruppen*), dedicándose el primero de ellos al estudio y discusión de las cuestiones relativas a las facultades legislativas y a los derechos de participación del Consejo Federal en la legislación federal, y el segundo a todo lo relativo a las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*. Más tarde, además, se instituyeron siete grupos de proyectos (*Projektgruppen*) encargados del estudio de cuestiones más concretas sobre las que hubieron de presentar unos informes que después sirvieron de base al pleno de la *Comisión* para debatir y, en su caso, aprobar determinadas propuestas de reforma constitucional. El primer grupo se dedicó a las cuestiones relativas al art. 84 GG, así como a los derechos de intervención material de los *Länder* y a los asuntos europeos. El segundo, a las facultades legislativas en el ámbito del servicio público, a los derechos de remuneración y previsión social, a la seguridad interna y al derecho de reunión. El tercero, a la educación y a la cultura, incluido el régimen de la enseñanza superior, la construcción de centros de enseñanza superior, el fomento de la formación educativa, la formación profesional extraescolar, y el fomento de la investigación científica, del arte y de la cultura. El cuarto, a las facultades legislativas sobre el derecho medioambiental y de protección de los consumidores. El quinto, a las facultades legislativas de significado regional. El sexto, a los temas financieros. Y, por último, el séptimo, a la inclusión de una cláusula de capitalidad en la Ley Fundamental⁶⁷⁵.

Esta composición de la *Comisión sobre el Federalismo* nos ofrece ya una primera idea de cuáles fueron sus intereses y prioridades fundamentales. Que solo los miembros elegidos por la Dieta Federal y el Consejo Federal tuvieran auténtico poder decisorio evidenciaba que las cuestiones a tratar, pese a sus implicaciones locales, tenían un fuerte calado constitucional, de organización territorial del Estado al más alto nivel. En tanto que representantes del pueblo federal y de los respectivos pueblos de los *Länder*, los miembros de la *Comisión* hubieron de acometer la

⁶⁷⁵ Sobre las conclusiones provisionales de estos grupos de proyectos, vid. el Informe estenográfico de la octava sesión de la *Comisión sobre el Federalismo*, Kprot. 8.

compleja tarea de, a través del estudio, la reflexión y el debate público, proponer formas y modos de organización institucional y de reparto de competencias, básicamente, que resultaran adecuadas para favorecer un mejor desenvolvimiento de las relaciones federativas en el seno del Estado global y una mayor eficacia en los procesos de toma de decisiones políticas que articular a través de las correspondientes normas de rango legal.

Con todo, no deja de resultar cuando menos cuestionable que las entidades, o, mejor dicho, los Gobiernos locales hubieran quedado relegados a un papel tan secundario, pues todo lo que atañe a la distribución territorial del poder es algo que les importa directamente y porque, además, su estrecha conexión con el principio democrático no debería quedar tan a la sombra de las superiores entidades estatales, la Federación y los *Länder*. Una gran reforma del sistema federal, como la que parecía (parece) querer llevar a cabo a partir de los trabajos de esta *Comisión* en la República Federal de Alemania, no debió (debe) ignorar la relevancia que los (grandes) municipios y las asociaciones de los mismos tienen en la implementación de importantes políticas públicas⁶⁷⁶. Seguro que una mayor presencia de los representantes locales en el seno de la misma hubiera además aportado dosis de experiencia al debate de una innegable riqueza.

Esta *Comisión sobre el Federalismo* realizó puntualmente su trabajo durante más de un año, reuniéndose en pleno periódicamente y dando lugar a una producción documental extensísima y sumamente interesante, que constituye una fuente de estudio, análisis y reflexión sobre el federalismo alemán de primer orden. Sin embargo, pese a las grandes esperanzas suscitadas, la misma concluyó su tarea en diciembre de 2004 sin que fuera posible alcanzar un acuerdo entre las grandes

⁶⁷⁶ De ahí que, tal y como defiende, entre otros, el Director de la Dieta Alemana de las Ciudades, Stephan ARTICUS, sea preciso que en el futuro a los municipios, al menos, les corresponda el derecho a ser oídos en el proceso legislativo en relación con aquellas materias que les afecten directamente (reforma del art. 28 GG). En último término, a lo que aspiran es a disponer de mayores márgenes de configuración política autónoma.

fuerzas políticas para sacar adelante la tan necesaria reforma constitucional⁶⁷⁷. Se confirmaban de este modo las cautelas y temores expresados desde un principio por destacados actores políticos acerca de la dificultad de la tarea -"hercúlea", en la terminología del propio Presidente de la Dieta Federal, Wolfgang THIERSE (SPD)- encomendada a esta *Comisión*. Y es que, en efecto, la revisión de los fundamentos constitucionales del sistema federal alemán constituye una labor de inmensas proporciones que, más allá de las dificultades técnico-jurídicas con que se encuentre, ha de sortear, sobre todo, infinidad de obstáculos políticos, derivados del hecho lógico de que los intereses que persigue cada una de las partes implicadas no son necesariamente comunes ni menos aún coincidentes, sino más bien, en ocasiones, todo lo contrario⁶⁷⁸.

En este sentido, por ejemplo, la Ministra federal de Justicia, Brigitte ZYPRIES (SPD), ya advirtió que el debate no solo podía tratar del incremento o fortalecimiento de las competencias de los *Länder*, ya que la Federación también reclama para sí mayores ámbitos materiales sobre los que poder legislar, a fin de evitar, en último término, que un exceso de competencias en poder de los *Länder* pueda agudizar la atomización jurídica ya existente⁶⁷⁹. Además, en su opinión, de lo que se trata es de

⁶⁷⁷ Exactamente, la undécima y última sesión de la *Comisión sobre el Federalismo* tuvo lugar el 17 de diciembre de 2004. En ella, cada uno de los Co-Presidentes, Franz MÜNTEFERING y Edmund STOIBER, expuso las razones que impidieron la consecución final del acuerdo, haciendo especial hincapié en los diferentes intereses que la Federación y los *Länder* defendían en relación con la política educativa (Kprot. 11, pp. 279 ss.).

⁶⁷⁸ Esta disparidad de intereses políticos y, más en concreto, la imbricación política (*Politikverflechtung*) más arriba referida, antes que la disputa entre la Federación y los *Länder* por la distribución de competencias en materia de educación, son percibidas por SCHULTZE, R-O.: "Die Föderalismusreform zwischen Anspruch und Wirklichkeit", *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 13-14/2005, pp. 13 ss., como las auténticas causas responsables de que finalmente la *Comisión sobre el Federalismo* no pudiera alcanzar un acuerdo de amplio espectro para proceder a la reforma del orden federativo en Alemania.

⁶⁷⁹ También las entonces Ministras federales de educación, Edelgard BULMAHN, y de asuntos familiares, Renate SCHMIDT (SPD), a propósito de los debates suscitados a raíz de los informes de la OCDE sobre el nivel educativo preuniversitario (Estudios Pisa I de 2001 y Pisa II de 2004) y sobre el cuidado y la asistencia a la infancia (2004), que, al contrario de lo que se esperaba, no dejan en muy buen lugar a Alemania, se mostraron singularmente críticas con el modelo federal germano, al que consideraban responsable en buena medida de la desigualdad de oportunidades entre los niños y jóvenes de unos y otros *Länder*, lo que les llevó a defender abiertamente un incremento de las facultades de intervención de la Federación en este terreno de la protección y tutela de la infancia y de la educación en todos sus niveles. Y es que, como muy expresivamente, en este sentido, señaló

conseguir que el federalismo alemán sea más eficiente en un marco de integración europea que progresivamente va adquiriendo una presencia cada vez más determinante, siendo insostenible la situación del momento que llevaba a que una y otra vez la Federación hubiera de pagar multas en Bruselas porque los *Länder* no transponían con rapidez el derecho comunitario⁶⁸⁰. Asunto éste que se alcanza a vislumbrar en su verdadera trascendencia a la luz de las amplias competencias que se les atribuyeron a los *Länder* a través del Consejo Federal en el desarrollo del proceso de integración europea con motivo de la reforma constitucional de 1992, que supuso la introducción en la Ley Fundamental del nuevo art. 23 GG⁶⁸¹.

Rupert SCHOLZ, Kprot. 3, p. 69, “[e]l desarrollo y la reestructuración del reparto competencial en el Estado federal no es una calle de un solo sentido”, es decir, aunque existe un acuerdo generalizado sobre la necesidad de incrementar y fortalecer las facultades legislativas de los *Länder*, tampoco se puede ignorar que algunos campos materiales atribuidos a estos últimos o algunos otros de nueva aparición han de ser atribuidos a la competencia de la Federación por encontrarse ésta en mejores condiciones para regularlos legislativamente. Vid. también STETTNER, R.: “Kollusives Zusammenwirken von Bund und Ländern beim Ganztagsschulprogramm”, ZG, 4, 2003.

⁶⁸⁰ El que fuera Ministro federal de medio ambiente, Jürgen TRITTIN (Alianza 90 / Los Verdes), denunció asimismo con gran severidad la existencia de esas sanciones provenientes de Bruselas atribuibles a la responsabilidad de los *Länder* por falta de transposición del derecho comunitario dentro de plazo, como ocurrió, por ejemplo, con la directriz marco sobre la protección de los acuíferos del año 2000, que cuatro años más tarde seguía sin haber sido transpuesta, circunstancia ésta que le llevó a solicitar una nueva división de competencias entre la Federación y los *Länder* en este terreno, en virtud de la cual aquélla ostentase facultades legislativas exclusivas en relación con el derecho de aguas, la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje (vid. el artículo titulado “Trittin will neues Umweltrecht” de 26.08.2004, en *Berliner Zeitung*).

De otra opinión, Kurt BECK, Ministro-Presidente de Rheinland-Pfalz (SPD), para quien los retrasos en la transposición de las directrices comunitarias, en su mayor parte, no eran achacables al deficiente funcionamiento del sistema federal y, en particular, como consecuencia de la eventual política de bloqueo que a tal efecto pudiese practicar el Consejo Federal, pues por lo general el Gobierno Federal solo en muy pocos casos se encuentra sujeto al consentimiento inexcusable de aquél (Kurt BECK, Kdruck. 34, pp. 1 ss.).

⁶⁸¹ Brigitte ZYPRIES, Kprot. 1, pp. 19 ss. En efecto, una de las grandes preocupaciones del anterior (¿y del actual?) Gobierno Federal en relación con los procesos de transposición de las directivas europeas es la que deriva de la complejidad y demora del procedimiento legislativo a nivel interno, en donde la Federación se limita a establecer una legislación marco o básica necesitada de desarrollo por parte de los *Länder*; de ahí que, como expresara el Secretario de Estado del Ministerio de Justicia, Hansjörg GEIGER, Kprot. 3, pp. 75 ss., no parezca una alternativa muy adecuada la de reformar la legislación marco federal tomando como patrón de referencia el modelo de la legislación básica a la luz de las directrices europeas, pues ello conlleva el riesgo de sostener o, incluso, agravar una situación ya de por sí preocupante: la dificultad y lentitud en la incorporación del derecho comunitario al ordenamiento jurídico alemán. Vid. también Edzard SCHMIDT-JORTZIG, Kprot. 3, p. 76.

Ver asimismo la entrevista realizada por *Die Zeit* (21.10.2004) a la Ministra ZYPRIES, en la que ésta anticipó ya en buena medida la posición del Gobierno Federal acerca de algunas de las cuestiones claves que se debatieron en el seno de la *Comisión sobre el Federalismo*, y de la que cabe extraer

El hecho de que los *Länder*, por otra parte, hubieran encontrado una eficaz palanca de poder en su capacidad de participación vía Consejo Federal en la configuración de la legislación federal, con las importantes consecuencias que esto lleva aparejadas para la dirección de la política global, tampoco permitía albergar mucho entusiasmo en torno a los resultados que cabía esperar de este nuevo intento de reforma del sistema federal alemán. Lo mismo cabía decir en relación con el Gobierno Federal de turno, que en ningún momento parecía haberse mostrado muy dispuesto a renunciar sin más a dos medios tan eficaces como la legislación marco y la financiación mixta para dar cumplimiento a las demandas político-sociales y satisfacción, así, a los deseos de los votantes.

En definitiva, todos estos elementos de análisis permitían prever que la consecución de acuerdos en el seno de la *Comisión sobre el Federalismo* no iba a ser fácil, en tanto que las concepciones políticas a este respecto de cada uno de los partidos en el gobierno y en la oposición no eran plenamente coincidentes. Mientras que para los primeros de lo que se trataba fundamentalmente era de fortalecer el Estado central⁶⁸², disminuyendo el número de leyes necesitadas del asentimiento del Consejo Federal, para los partidos en ese momento en la oposición, la Unión Cristiano-Demócrata (CDU) y su partido hermano en Baviera, la Unión Cristiano-

una idea muy clara: el Gobierno Federal apuesta por el mantenimiento e, incluso, fortalecimiento de los poderes de la Federación en ámbitos de muy diverso alcance (política exterior y de defensa, representación en la Unión Europea, derecho económico y laboral, formación profesional, universidades, y, en definitiva, todo aquello cuya regulación exclusiva o básica por parte de la Federación sea precisa para garantizar la equivalencia de las condiciones de vida de todos los ciudadanos en el territorio federal), con el fin de que Alemania, en tanto que Estado global, pueda competir de mejor manera y sea capaz de desempeñar un papel más activo y coherente en los distintos foros internacionales (destacadamente el europeo) en los que participa.

⁶⁸² Posición ésta que, pese a no pronunciarse con claridad, era la que defendía el Gobierno Federal, que no parecía dispuesto a permitir que los aspectos nucleares de la política social, económica y de régimen interior fueran regulados autónomamente por los *Länder*. En realidad, mientras el Jefe del Grupo parlamentario del Partido Social-Demócrata y copresidente de la *Comisión*, Franz MÜNTEFERING, se mostraba más dispuesto a descentralizar competencias a favor de los *Länder*, el Canciller Federal Gerhard SCHRÖDER, por el contrario, temía que algo así pudiera significar una pérdida excesiva de influencia de la Federación en el conjunto de la política federal.

Social (CSU), sobre todo, así como el Partido Demócrata-Liberal (FDP), lo prioritario era incrementar el número de competencias de los *Länder*.

Con todo, lo cierto es que hasta el último momento la *Comisión* desarrolló sus trabajos con una importante dosis de consenso, primando la practicidad sobre las grandes concepciones ideológicas, lo que se vio fomentado por el hecho de que entre los dos Presidentes de la misma, Franz Müntefering (SPD) y Edmund Stoiber (CSU), parecía existir una sintonía personal favorecedora de los acuerdos. Todo ello abrigaba cada vez más la esperanza de que finalmente la *Comisión* fuera capaz de consensuar ambiciosas propuestas de reforma del sistema federal alemán que, con el tiempo, acabaran traducándose en las correspondientes modificaciones constitucionales. Y es que existía plena conciencia de que de no conseguirse ese acuerdo, la consecuencia, como advertía el Presidente de turno del Consejo Federal en su discurso de investidura a comienzos de noviembre de 2004, no sería otra que una pérdida de confianza de los ciudadanos en el sistema político, de ahí la necesidad de apelar a la responsabilidad de cada uno de los actores políticos e institucionales para evitar un (nuevo) fracaso de la reforma del federalismo⁶⁸³.

Además, desde otra perspectiva, como señalaba Fritz W. Scharpf, Profesor del Instituto Max-Planck de Colonia sobre Investigaciones Sociales, la concurrencia entre los partidos políticos entonces en el Gobierno y en la oposición en el Consejo Federal no solo debía ser vista como un obstáculo para la futura reforma del sistema federal alemán, sino también como una posibilidad, pues, en tanto no se produjera la mencionada modificación, los primeros encontrarían con frecuencia en el veto insalvable del Consejo Federal un impedimento muy serio para llevar a cabo sus proyectadas reformas, dificultad que los partidos en la oposición no pueden ignorar. Tanto unos como otros, en virtud de las legítimas expectativas que tienen de

⁶⁸³ En este mismo sentido apuntan las reflexiones de MARGEDANT, U.: "Ein bürgerfernes Machtspiel ohne Gewinner", Aus Politik und Zeitgeschichte, 13-14/2005, pp. 20 ss., al considerar que el fracaso de la *Comisión sobre el Federalismo* en su intento de reformar algunos de los aspectos estructurales del sistema federal alemán ha supuesto la pérdida de una importante oportunidad de acercar las instituciones estatales a los ciudadanos que permita mitigar la desconfianza que éstos puedan tener ante las mismas.

prolongar su mandato, en el primer caso, y de alcanzar las máximas responsabilidades de gobierno a nivel federal, en el segundo, podrían encontrar sin demasiado esfuerzo razones más que justificadas para llevar a buen puerto esa modificación del federalismo que, en definitiva, les permitiera en el futuro actuar con mayores márgenes de maniobra en la dirección de la política global, fundamentalmente mediante una reducción de las posibilidades de bloqueo del Consejo Federal⁶⁸⁴.

En esta misma línea, también pudieron observarse determinados movimientos por parte de los *Länder* que permitían alimentar ciertas ilusiones. El 31 de marzo de 2003, los Presidentes de las Dietas de los *Länder* así como los Presidentes de los Grupos parlamentarios de las mismas, con una poco usual unanimidad, acordaron un documento conocido como *Declaración de Lübeck*, en el que expresaron sus deseos de reforma en el siguiente sentido: los *Länder* se encuentran dispuestos a renunciar a parte de sus derechos de participación en el Consejo Federal siempre que la Federación les ceda determinadas competencias que ejercer en régimen de exclusividad⁶⁸⁵. Acuerdo éste que vino a complementar las directrices que pocos días antes (el 27 de marzo de 2003) fueron ya fijadas por la Conferencia de Ministros-Presidentes⁶⁸⁶ y que posteriormente fue ratificado en la conocida como Declaración de Munich, consecuencia de la sesión conjunta celebrada en esta ciudad bávara el 18 de octubre de 2004 de nuevo por parte de los Presidentes de las

⁶⁸⁴ Fritz W. SCHARPF, Kdruck. 7, pp. 3 ss.

⁶⁸⁵ Lübecker Erklärung der deutschen Landesparlamente: "Bekenntnis zum Föderalismus und zur Subsidiarität – Landesparlamente stärken!" (31.03.2003), en HRBEK, R. / EPPLER, A. (Ed.): *Deutschland ...*, pp. 36 ss. Esta preocupación por fortalecer la posición de las Dietas de los *Länder*, con el fin de evitar que queden relegadas a un segundo plano en relación con sus respectivos Gobiernos, motivó la redacción de un documento conjunto, titulado "La reforma del Federalismo", por parte de algunos Presidentes de Grupos parlamentarios de distinto signo político de diversas Dietas de los *Länder*, en el que éstas se posicionaron a fin de hacer valer sus intereses en la *Comisión sobre el Federalismo*, lo que se tradujo, de manera clara, en la reclamación de campos materiales que regular legislativamente en exclusiva (vid. Wolfgang DREXLER / Jörg-Uwe HAHN / Martin KAYENBURG / Winfried KRETSCHMANN / Volker RATZMANN / Jürgen RÜTTGERS / Ingo WOLF, Kdruck. 36, pp. 1 ss.)

⁶⁸⁶ Ministerpräsidentenkonferenz: "Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung – Leitlinien für die Verhandlungen mit dem Bund" (27.03.2003), en HRBEK, R. / EPPLER, A. (Ed.): *Deutschland ...*, pp. 26 ss.

Dietas de los *Länder* y de los Presidentes de los grupos parlamentarios de las mismas presentes en la *Comisión sobre el Federalismo*, en la que exhortaron al Gobierno Federal a realizar un gesto inequívoco favorable a una reforma del sistema federal que trajera consigo un fortalecimiento de la democracia parlamentaria, la desconcentración de las decisiones políticas y un aumento significativo de la transparencia y de la cercanía a los ciudadanos que desembocase en una revitalización política a nivel general⁶⁸⁷.

Pese a todos estos índices favorables, y como ya sabemos, después de más de un año de negociaciones, finalmente no fue posible alcanzar un acuerdo en el seno de la *Comisión sobre el Federalismo* en relación con la política educativa⁶⁸⁸, lo que dio al traste con el amplio consenso logrado en otros muchos terrenos. La responsabilidad del fracaso se achacó, por parte del Gobierno y de los partidos que lo sustentaban, a los *Länder* gobernados por la CDU y, muy en particular, al Ministro-Presidente de Hessen, Roland Koch (CDU), que tensó el debate sobre las competencias educativas hasta el extremo del todo o nada. Al parecer, los *Länder* gobernados por la CDU no se mostraban dispuestos a que la Federación dispusiera de ningún derecho de intervención en el ámbito de la educación⁶⁸⁹.

⁶⁸⁷ Declaración de Munich, Kdruck. 83, p. 1.

⁶⁸⁸ Sobre la política educativa como núcleo de la controversia entre la Federación y los *Länder* para alcanzar un acuerdo en el seno de la *Comisión sobre el Federalismo*, vid. MÜNCH, U.: "Bildungspolitik als föderativer Streitpunkt: Die Auseinandersetzung um die Verteilung bildungspolitischer Zuständigkeiten in der Bundesstaatskommission", en: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.): *Jahrbuch des Föderalismus 2005* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, pp. 150 ss.

Lo más que se pudo acordar de manera genérica, tal y como pone de manifiesto Erwin TEUFEL al exponer las conclusiones provisionales del grupo de proyectos número 3, es que la competencia marco de la Federación para el establecimiento de los principios del régimen de la enseñanza superior ha de ser suprimida, aumentando, en consecuencia, el margen de configuración legislativa de los *Länder* a este respecto, si bien queda abierta la cuestión de si y, llegado el caso, en qué medida a la Federación le debe restar alguna competencia en relación con los requisitos de admisión en las universidades, con la conclusión de los estudios, con el servicio científico y con el aseguramiento de la calidad investigadora (Kprot. 9, p. 224).

⁶⁸⁹ Además de Roland KOCH, destacaba la postura del Ministro-Presidente de Saarland, Peter MÜLLER, para quien la soberanía cultural de los *Länder* era irrenunciable, así como la del Ministro-Presidente de Niedersachsen, Christian WULFF.

Por su lado, los partidos de la oposición recriminaron al Gobierno Federal, integrado por la coalición rojiverde, y, en particular, al Canciller Federal, Gerhard Schröder, una inconmensurable “avaricia de poder”, lo que les llevó a mostrarse inflexible a la hora de renunciar a determinadas competencias en el terreno de la política educativa (Dieter Althaus, Ministro-Presidente de Thüringen -CDU-). Los *Länder* gobernados por la CDU querían compensar la reducción de las leyes federales necesitadas de asentimiento del Consejo Federal con el reconocimiento de la soberanía en la toma de decisiones sobre las escuelas y los centros de enseñanza superior, accediendo en el último momento a conceder a la Federación una competencia marco en lo relativo al acceso a la Universidad y a la equivalencia de las titulaciones académicas, quedando bajo su competencia exclusiva la regulación completa de la planificación de la enseñanza así como las decisiones sobre las tasas a aplicar sobre los estudios, pero esto no fue aceptado por los partidos en el Gobierno.

Lo más lamentable es que, como se decía, existía acuerdo acerca de más del ochenta por ciento de las cuestiones debatidas, y prácticamente solo en este ámbito de la educación había discrepancias irreconciliables⁶⁹⁰. Hubiera sido preferible, como defienden algunos analistas políticos, haber dejado el tema de la educación al margen de las propuestas de reforma constitucional, con el fin de haber podido alcanzar un acuerdo en todos los demás aspectos. Se ha recriminado, además, al Gobierno Federal haber guardado silencio hasta el último momento, interviniendo en la debate de una forma inflexible solo cuando las negociaciones estaban prácticamente concluidas. También se ha criticado mucho la ausencia en el debate de la presidencia de la CDU (Angela Merkel, actual Canciller federal), por no haber realizado ninguna propuesta seria sobre la reforma del federalismo.

Algún análisis político ha señalado que el fracaso de los trabajos de la *Comisión sobre el Federalismo* no puede haber sorprendido a nadie, y menos aún que el

⁶⁹⁰ Fritz W. SCHARPF: “Eigentor der Länder?”, FAZ de 29.12.2004.

mismo haya venido en buena medida motivado por la oposición de los entonces Ministros-Presidentes de Niedersachsen, Christian Wulff (actual Presidente Federal), y de Hessen, Roland Koch, dos de los dirigentes políticos de la CDU que tenían más aspiraciones de poder a nivel federal y que no se mostraban dispuestos a perder su gran capacidad de influencia vía Consejo Federal en la política global, ni aunque se les quisiera compensar con mayores márgenes de configuración política autónoma en determinados campos materiales que hasta ese momento pertenecían a la competencia concurrente de la Federación. Es más, la compensación por esa importante pérdida de poder a nivel federal era percibida casi como una broma cuando lo que se les otorgaba a cambio era la competencia exclusiva sobre la regulación de materias de tan poco peso político como el horario de cierre de los comercios, el derecho de la hostelería, el derecho de reunión o la ejecución de las penas. Esta razón de fondo era la que parecía esconderse tras la reclamación de una competencia completa de los *Länder* en el ámbito de la educación⁶⁹¹.

Sea como fuere, el (momentáneo) fracaso en la reforma del modelo federal fue percibido tanto por unos como por otros, como una auténtica “catástrofe” (esta fue la expresión que literalmente empleó el Ministro-Presidente de Brandemburgo y entonces Presidente del Consejo Federal, Matthias Platzeck, y después Presidente federal del SPD)⁶⁹². Y así lo hicieron ver los medios de comunicación, extendiendo de esta forma esa percepción al conjunto de la ciudadanía. Se hablaba de la pérdida de una oportunidad histórica que no se volvería a repetir hasta dentro de muchos años.

⁶⁹¹ Matthias GEIS: *Jeder für sich, keiner für alle*, Die Zeit 53/2004.

⁶⁹² De las graves consecuencias que un fracaso de la *Comisión sobre el Federalismo* podría tener para el futuro de Alemania ya había advertido Edmund STOIBER en su intervención en la octava sesión de la *Comisión sobre el Federalismo*, Kprot. 8, p. 165.

Desde otra perspectiva, Fritz W. SCHARPF: “Eigentor der Länder?”, FAZ de 29.12.2004, entiende, que los grandes perdedores por la falta de acuerdo son los propios *Länder*, pues el consenso al que se había llegado en la *Comisión sobre el Federalismo* les favorecía extraordinariamente, por lo que, en realidad, lo que han hecho, al permitir que fracasara el intento de reforma del sistema federal es meterse un gol en propia puerta.

No obstante, como veremos enseguida que demuestran los hechos, aún era demasiado pronto para declarar la defunción irreversible de este intento de modificación del sistema federal germano, pues no solo desde posiciones doctrinales⁶⁹³ sino también, y, en este caso, tal vez sea lo más determinante, desde diversos sectores políticos (de todos los partidos) se requirieron nuevos impulsos para llevar a buen puerto la tan necesaria reforma. El propio Presidente Federal Horst Köhler así lo reclamó solemnemente, involucrándose de manera personal en el asunto hasta el punto de reunirse con los dos Presidentes de la *Comisión sobre el Federalismo*, Franz Müntefering (SPD) y Edmund Stoiber (CDU), a fin de exigirles esos esfuerzos que, en último término, permitan materializar los muchos acuerdos ya alcanzados en el seno de la *Comisión*⁶⁹⁴. Éstos, por su parte, se mostraron asimismo firmemente partidarios de continuar con el intento de reforma y de hacerlo realidad en el más breve plazo posible (se hablaba, incluso, de que estuviera listo un texto definitivo para ser aprobado antes del verano de 2005⁶⁹⁵), si bien para ello, en opinión de Stoiber, era preciso un movimiento del Gobierno Federal en el ámbito de la política educativa que desbloqueara la situación de parálisis que se vivía.

A favor también de no dejar en saco roto los importantes avances logrados en el seno de la *Comisión sobre el Federalismo* se pronunciaron la Ministra Federal de

⁶⁹³ A título de ejemplo, vid. RENZSCH, W.: "Bundesstaatsreform – nach dem Scheitern der KOMBO?", en: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.): *Jahrbuch des Föderalismus 2005* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, pp. 91 ss.

⁶⁹⁴ Postura ésta que, por cierto, no cayó igual de bien entre todos los actores políticos. Así, mientras el ex-Presidente Federal, Roman HERZOG, el Alcalde de Berlín, Klaus WOWEREIT (SPD) o el Presidente de Honor del FDP, Otto Graf LAMBSDORF, saludaron esta iniciativa del Presidente Federal con optimismo, el Ministro-Presidente de Saarland, Peter MÜLLER (CDU), declaró que no es tarea del Jefe del Estado "convertir en asunto propio" la reforma del federalismo. Incluso el propio Edmund STOIBER señaló que no se debe sobrevalorar el papel del Presidente Federal. También algunos medios de comunicación se mostraron muy cautos sobre la posibilidad de que el Presidente Federal pudiera inmiscuirse en cuestiones de calado político, adoptando decisiones o interviniendo en el debate público de manera comprometedora para el Gobierno Federal.

⁶⁹⁵ Ese plazo de seis meses tenía su razón de ser, pues se pensaba que las próximas citas electorales que se preveían para 2006, harían prácticamente inviable con posterioridad al verano de 2005 un acuerdo político entre los grandes partidos. No se pudo anticipar entonces el adelanto electoral motivado por la pérdida forzada de la cuestión de confianza planteada por el canciller SCHRÖDER en ese mismo verano de 2005.

Educación, Edelgard Bulmah (SPD), así como la Presidenta del Grupo parlamentario de Alianza 90/Los Verdes, Krista Sager, el Alcalde de Berlín, Klaus Wowereit (SPD), y el Ministro-Presidente de Sachsen-Anhalt, Wolfgang Böhmer (CDU), que reclamó, al igual que el Ministro-Presidente de Nordrhein-Westfalen, Peer Steinbrück (SPD), que todas las partes se “tranquilizaran” a fin de poder retomar de nuevo las negociaciones. Por su parte, el ex-Presidente Federal y Profesor de Derecho Público, Roman Herzog, consideró igualmente urgente llevar a efecto la citada reforma, porque, en su opinión, el Federalismo alemán había llegado a un punto en el que ya no resultaba adecuado para dar respuestas a las crecientes demandas derivadas de la nueva situación política, social y económica por la que atravesaba (atravesaba) Alemania, Europa y, en general, todo el mundo, como consecuencia del llamado proceso de globalización. Los procedimientos eran demasiado largos y prolijos y las estructuras organizativas de los Ministerios federales demasiado inflexibles y jerárquicas.

Desde los sectores socio-económicos, destacaban los pronunciamientos del Presidente de la Federación Sindical Alemana, Michael Sommer, del Presidente de la Patronal, Dieter Hundt, y del Presidente de las Cámaras Alemanas de Comercio e Industria, Ludwig Georg Braun, quienes se mostraban asimismo a favor de continuar con la reforma del sistema federal y de no posponerla en demasía.

También desde las ciudades y municipios se reclamó un nuevo impulso para llevar a cabo esa reforma. Así, el Vicepresidente de la Dieta Alemana de Ciudades y Alcalde de Hannover, Herbert Schmalstieg. O el portavoz de la política local del grupo parlamentario democristiano, Peter Goetz, que señaló la necesidad acuciante de acometer la modificación de las relaciones financieras en el seno del Estado federal porque a los municipios ya no les quedaba apenas margen financiero alguno para acometer sus tareas. Situación que podría verse paliada si, como se había acordado en el seno de la *Comisión*, la Federación en el futuro no se encontrara facultada para atribuir a las entidades locales la realización de tareas, cuya financiación ha de correr a cargo de ellas mismas.

Entretanto, el Ministro-Presidente de Hessen, Roland Koch (CDU), a quien, como ya se ha señalado, desde el Gobierno Federal y desde los partidos que lo sostenían (SPD y Alianza 90/Los Verdes) se le hizo en buena medida responsable del fracaso de la reforma, puso como condición para ese reinicio de las negociaciones que la Federación transigiera en el terreno de la política educativa, que, en su opinión, había de quedar exclusivamente en manos de los *Länder*. Postura ésta, por cierto, que se encontraba muy generalizada entre los Ministros-Presidentes de los *Länder* gobernados por la CDU (por ejemplo, Peter Müller, en Saarland).

Así pues, existía un consenso bastante generalizado entre los responsables políticos, sociales y económicos, sobre la necesidad de concluir con éxito la revisión del orden federativo⁶⁹⁶; ahora bien, sobre lo que no parecía existir acuerdo alguno era acerca del modo en que se había de articular la misma. Así, para la Ministra Federal de Defensa del Consumidor, Alimentación y Agricultura, Renate Künast (Alianza 90/Los Verdes), la *Comisión sobre el Federalismo* no tenía ya como gremio ningún futuro; había de ser la Dieta Federal la que comenzara de nuevo un debate, al término del cual se tomara una decisión sobre cómo seguir adelante. En su opinión, había que constituir un foro de debate compuesto de políticos, expertos y profesionales de las escuelas y universidades, tanto del interior como del exterior de Alemania, que fuera capaz de ofrecer soluciones al bloqueo existente.

En este mismo sentido, la Presidenta del Grupo parlamentario de Alianza 90/Los Verdes, Krista Sager, era partidaria de constituir un Consejo de expertos independientes que se ocupara exclusivamente del ámbito de la educación, que era en el que se concentraban las principales discrepancias.

⁶⁹⁶ Sobre la presencia en el orden del día de la agenda política de la necesidad de acometer la reforma del orden federal en Alemania, más allá del fracaso de la *Comisión sobre el Federalismo* y de las dificultades políticas que haya que sortear, dejan constancia KÜHNE, H.: "Föderalismusreform – Laufen oder Stolpern?", y SCHMIDT-JORTZIG, E.: "Reformbedürftigkeit des deutschen Föderalismus", ambos en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 13-14/2005, pp. 3 ss. y 6 ss., respectivamente.

Por su parte, el Ministro-Presidente de Nordrhein-Westfalen, Peer Steinbrück (SPD), se mostraba más proclive a la creación de una Convención constitucional. Postura que también fue defendida por el Partido Demócrata-Liberal (FDP), y que la Presidenta del Grupo parlamentario de Alianza 90/Los Verdes, Krista Sager, tampoco rechazaría en el caso de que el foro de expertos sobre la educación que ella proponía no resultara viable. Sin embargo, no parecía que esta vía fuera la que tuviera visos de prosperar, pues como declaró el Ministro-Presidente de Baviera y Co-Presidente de la *Comisión*, Edmund Stoiber, no se trataba de un problema de incompetencia de los comisionados sino de otro que consistía meramente en la existencia de dificultades en la adopción de decisiones por parte de quienes, en este caso, eran competentes para ello, la Dieta Federal y el Consejo Federal.

Sea como fuere, lo que parecía claro es que la *Comisión sobre el Federalismo* no podía seguir siendo el lugar de encuentro adecuado para dar respuesta a los problemas que quedaban pendientes de resolver. La recuperación de las conversaciones y negociaciones se había de llevar a efecto de otra forma. Y lo que tampoco parecía del todo descartable era que esas conversaciones se retomaran y que finalmente se llegara a algún acuerdo entre la Federación y los *Länder*, más que nada porque incluso aunque aquélla no renunciara por completo a todas las competencias que reclamaba en el ámbito de la educación, lo cierto es que el consenso que se pudiera alcanzar iba a ser en todo caso más beneficioso para los *Länder* que la situación vigente, en virtud de la cual la Federación disponía de una gran capacidad de influencia en el terreno de la política educativa de éstos a través del instrumento de las ayudas financieras (que, por cierto, en la *Comisión sobre el Federalismo* se había decidido suprimir).

Todas estas incógnitas comenzaron a quedar despejadas cuando tras la pérdida (forzada) de la cuestión de confianza a la que sorpresivamente el Canciller federal, Gerhard Schröder, decidió someterse, se convocaron nuevas elecciones a la Dieta Federal el 18 de septiembre de 2005, que arrojaron como resultado una mínima ventaja de la coalición cristiano demócrata (CDU) y cristiano social (CSU) frente a

los social demócratas (SPD): 226 diputados, de los primeros, frente a 222 de los segundos. Ante la imposibilidad de formar una mayoría de gobierno estable por parte de una de estas fuerzas políticas en colaboración con otras minoritarias (los liberales del FDP y los verdes de Alianza 90/Los Verdes, fundamentalmente, pues con el partido de izquierdas *Die Linke* ni unos ni otros aspiraban siquiera a entablar negociaciones, dado su presunto carácter populista y poco democrático), y tras arduas negociaciones, finalmente se consiguió alcanzar un acuerdo entre las tres formaciones mayoritarias (CDU-CSU y SPD), dando lugar así a la denominada segunda Gran coalición (*Große Koalition*) de la historia de Alemania (la primera tuvo lugar, como sabemos ya, entre 1966 y 1969). Como consecuencia de la misma, salió elegida Canciller federal la Presidenta del partido (o coalición de partidos) más votado, Angela Merkel (CDU).

El Acuerdo de gobierno (*Koalitionsvertrag*) alcanzado entre los tres partidos integrantes de la Gran coalición, quedó plasmado el once de noviembre de 2005 en un documento detallado, cuyo título, muy significativo, reza: “Unidos por Alemania, con coraje y humanidad” (*Gemeinsam für Deutschland - mit Mut und Menschlichkeit*)⁶⁹⁷. Como segundo anexo del mismo se incluyeron las “Conclusiones del grupo de trabajo de la Coalición sobre la reforma del Federalismo”, que constituyen el “Resultado de las negociaciones entre la Federación y los *Länder* sobre la base de las conversaciones mantenidas entre Franz Müntefering, diputado federal [del SPD], y Edmund Stoiber, Ministro-Presidente [de Baviera]”, antiguos presidentes, como sabemos, de la *Comisión sobre el Federalismo*. Así pues, la reforma del sistema federativo alemán entró a formar parte del acuerdo de la nueva coalición de gobierno, que poseía una mayoría amplia, aunque no suficiente en el Consejo Federal, para llevarlo a la práctica. El mismo se basa de manera inequívoca, aunque no la reproduzca literalmente, en la Propuesta que los Presidentes de la *Comisión sobre el Federalismo* presentaron ante ésta como

⁶⁹⁷ Se puede consultar de manera completa en la página web del Gobierno Federal: http://www.cdu.de/doc/pdf/05_11_11_Koalitionsvertrag.pdf

conclusión de los debates y negociaciones que se desarrollaron en su seno⁶⁹⁸ y que, tal y como descubrimos con anterioridad, finalmente no fue posible sacar adelante. Se previó que durante la legislatura que entonces comenzaba se pudiera llevar a efecto una reforma de la Ley Fundamental en este sentido. El Gobierno ya lo anunció como uno de sus objetivos prioritario y los Ministros Presidentes de los 16 *Länder*, el 14 de diciembre de 2005, dieron su visto bueno a este propósito. Todo hacía pensar, por consiguiente, que, en breve, antes de la pausa parlamentaria de verano de 2006, se aseguraba, la República Federal de Alemania viera ampliamente modificada su arquitectura federal, en aspectos tan importantes como los que se refieren a los tipos legislativos, a las concretas competencias de la Federación y los *Länder*, al Consejo Federal, etc. No obstante, todo apuntaba a que los escollos a sortear no iban a ser pocos. De momento, por ejemplo, ya se decidió dejar para un momento ulterior la reforma de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, dada la complejidad de este tema y la sensibilidad que el mismo despertaba (despierta) entre los *Länder* más necesitados de las políticas de solidaridad.

En todo caso, el camino ya había empezado a recorrerse, y con independencia de que se llegara o no exitosamente a su última etapa, entonces resultaba ya incuestionable que los pasos que se fueran a dar iban a estar directamente guiados por los sustanciosos trabajos que se desarrollaron en el seno de la citada *Comisión sobre el Federalismo*. Es por ello, precisamente, que resulta de indudable interés analizar con cierto detalle las principales líneas de reforma que allí se discutieron y propusieron, pues, entre otras cosas, su adecuada comprensión va a proporcionar una información y una experiencia contrastada que podrá, en su caso, servir para evitar en otros lugares el tránsito de caminos que allí ya se están desandando. Sin duda alguna, el federalismo alemán sigue siendo un referente para muchos Estados que se organizan política y territorialmente de manera descentralizada. En nuestro país, tal afirmación no precisa de mayores insistencias. Por eso resulta preciso saber qué problemas planteaba (plantea) en Alemania su

⁶⁹⁸ Vid. Arbeitsunterlage 104neu, de 13.12.2004.

organización territorial y qué alternativas se han ido barajando a cambio. A ello dedicaremos con profusión el próximo epígrafe.

D.- OBJETO Y CONTENIDO DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA

Aunque han sido muchas y muy variadas las cuestiones objeto de debate en la mencionada *Comisión sobre el Federalismo*⁶⁹⁹, se puede decir que, como mínimo, se logró llegar a un acuerdo más o menos pacífico entre la mayoría de las fuerzas políticas en torno a la necesidad de, al menos, discutir y, en su caso, revisar constitucionalmente algunos aspectos esenciales del vigente sistema federal alemán. Los veremos a continuación.

D.1.- Un nuevo orden de distribución de competencias entre la Federación y los *Länder* orientado por el principio de subsidiariedad

La necesidad de llevar a efecto una separación nítida entre los asuntos federales y los propios de los *Länder* que disminuya en lo posible los futuros conflictos competenciales, dado que hasta el momento -según reconoce la Ministra federal de Justicia, Brigitte Zypries- Alemania es, después de La India, el Estado federal del mundo en donde existe una mayor mezcla o confusión de facultades legislativas, supone redefinir, en parte, el orden de distribución de competencias en base al principio de subsidiariedad. Con esa clarificación de los ámbitos competenciales se evitarían, además, muchos de los largos y difíciles procedimientos de mediación entre la Dieta Federal y el Consejo Federal que entorpecen enormemente la toma de

⁶⁹⁹ Ejemplarmente resumidas en las palabras que sirven de introducción al documento de trabajo presentado por Winfried KRETSCHMANN, Presidente del Grupo parlamentario de Alianza 90 / Los Verdes en la Dieta del *Land* de Baden-Württemberg, en colaboración con los demás Presidentes de los Grupos parlamentarios del mismo partido político en las restantes Dietas de los *Länder* en las que éste ostenta representación (Sepp DÜRR y Margarete BAUSE, en Baviera; Tarek AL-WAZIR, en Hessen; Stefan WENZEL, en Niedersachsen; Sylvia LÖHRMANN, en Nordrhein-Westfalen; y Karl-Martin HENSCHHEL, en Schleswig-Holstein), Kdruck. 69, p. 2, y que dicen así: “Con la vigente discusión sobre el Federalismo de lo que se trata es de conseguir que el Estado federal sea de nuevo operativo, para lo que resulta necesaria una mayor dosis de subsidiariedad y de transparencia, así como [una distribución] clara de las competencias. A tal efecto, al tiempo que las competencias federales deben ser desconcentradas, se ha de conseguir que cada nivel estatal ostente tareas diáfanos asociadas a una responsabilidad calculable. Solo así puede verse fortalecida la democracia y nuestro orden político configurarse de manera eficiente y eficaz. Los derechos de asentimiento de los Ministros-Presidentes en el Consejo Federal deben ser sustancialmente reducidos y los Parlamentos de los *Länder* han de ver potenciados ampliamente sus márgenes de configuración.”

decisiones, con las consecuencias perniciosas que ello tiene, fundamentalmente, a nivel europeo, pues aquí se compite con otros Estados que reaccionan de modo mucho más rápido a las nuevas exigencias sociales o económicas⁷⁰⁰.

En efecto, ese estricto reparto de materias completas entre la Federación y los *Länder* traería consigo sencillez y claridad al orden competencial, pues de esta forma solamente un nivel, el federal o el de *Land*, sería en cada caso competente y, en consecuencia, responsable de la regulación que estableciera, sin necesidad de andar proTomo en cada supuesto concreto algo tan difícilmente calculable como es la existencia o no de la imprescindibilidad de una regulación federal a que se refiere el art. 72.2 GG⁷⁰¹.

⁷⁰⁰ Tal fue la conclusión provisional que se alcanzó en los grupos de proyectos y de trabajo número 1 de la *Comisión sobre el Federalismo*, según la expuso el diputado federal Hermann BACHMAIER en la novena sesión de ésta: “llevar a cabo una separación de competencias entre la Federación y los *Länder* tan clara como sea posible” (Kprot. 9, p. 204).

Vid. también a este respecto la “Declaración de Quedlinburg”, que, bajo el lema “Modernizar el orden federal - Fortalecer los Parlamentos - Una Constitución para Europa”, constituye el resultado de la Conferencia de Presidentes de los Parlamentos de los *Länder* alemanes celebrada durante los días 17 y 18 de mayo de 2004 en Quedlinburg (Sachsen-Anhalt), Kdruck. 51, pp. 2 ss. Ténganse asimismo en cuenta las deliberaciones desarrolladas en la Sección de Derecho Público de la 65ª edición del Congreso Anual de los Juristas Alemanes celebrado en Bonn entre los días 21 y 24 de septiembre de 2004, relativas a la necesidad de llevar a efecto un reparto claro de competencias no solo entre la Federación y los *Länder*, sino también entre éstos y los municipios, para lo cual resulta preciso otorgar un mayor protagonismo a los principios de subsidiariedad, autonomía y autorresponsabilidad, así como al de efectividad en el cumplimiento de las tareas (Vid. NOSKE, E.: “Beratungen und Ergebnisse des 65. Deutschen Juristentages in Bonn 2004”, ZRP, 7, 2004; KELLER, S.: “Reform des Föderalismus und Wege zu besserer Gesetzgebung. *Der 65. Deutsche Juristentag in Bonn*”, ZG, 4, 2004; así como el Informe presentado a este respecto en la *Comisión sobre el Federalismo* por el representante del órgano directivo de la Dieta de los *Landkreise* alemanes, Hans-Günter HENNEKE, Kdruck. 76, pp. 1 ss.).

Un análisis de este objetivo de la reforma de la desconcentración de las tareas una vez concluidos los trabajos de la *Comisión sobre el Federalismo* se puede ver en el trabajo de FISCHER, T.: “Reformziel Aufgabenentflechtung – Die Beratungen der Föderalismuskommission zur Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen”, en: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.): *Jahrbuch des Föderalismus 2005* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, pp. 100 ss.

⁷⁰¹ En este sentido, valga por todos, Hans MEYER, Kdruck. 12, p. 20 y Kprot. 3, pp. 62 ss. Vid. también la “Propuesta de los Presidentes de los Grupos parlamentarios del FDP en las Dietas de los *Länder* sobre la reforma del Federalismo”, formulada por Jörg-Uwe HAHN, Kdruck. 58, pp. 3 ss., que exige expresamente una nueva distribución de competencias legislativas según el llamado modelo de separación.

Además, una separación precisa de las materias legislativas entre la Federación y los *Länder* como la que se propone aquí presenta también una importante ventaja en comparación con la otra alternativa barajada por algunos autores: el agravamiento de las condiciones habilitantes de ese art. 72.2 GG⁷⁰², pues esta última, como ponen de manifiesto las sentencias vistas del Tribunal Constitucional Federal relativas a la Ley de atención a los ancianos⁷⁰³ y a la cátedra junior⁷⁰⁴, conlleva el riesgo de conducir a una situación en la que a la Federación apenas le quede margen alguno para poder dictar leyes propias en el ámbito material en cuestión por no satisfacerse alguna de esas condiciones habilitantes tan agravadas. Las consecuencias que se derivan de esta jurisprudencia, como lo ejemplifica la Ley reguladora del derecho de reunión, son muy graves, pudiendo incluso, tal y como se anticipó más arriba, conducir a una “petrificación” del ordenamiento jurídico a causa de la inactividad legislativa de la Federación, que, ante el temor de que la reforma que establezcan los *Länder* no se adecue a sus intereses, puede negarse a abrir a éstos la posibilidad de reformar esa ley federal que ya ella misma no puede acometer por carecer de título competencial.

Todas estas razones son las que han llevado a un autor como Hans Meyer a proponer abiertamente la supresión del art. 72.2 GG, si bien ello no tiene por qué traducirse en la eliminación de la posibilidad de que los *Länder* puedan actuar legislativamente en aquellos terrenos sobre los que la Federación no ha hecho uso de su propio derecho a legislar⁷⁰⁵.

⁷⁰² Sobre la posición de la cláusula de imprescindibilidad del art. 72.2 GG en la estructura competencial de la Ley Fundamental a la luz de la nueva jurisprudencia constitucional, véase el reciente trabajo de LECHLEITNER, M.: “Die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG”, Jura, 11, 2004.

⁷⁰³ BVerfGE 106, 62.

⁷⁰⁴ 2 BvF 2/02 de 27.07.2004. Vid., entre otros, el análisis que de esta sentencia realiza JANZ, Norbert: “Aus für die Juniorprofessur? - BVerfG, NJW 2004, 2803”, JuS, 10, 2004.

⁷⁰⁵ Hans MEYER, Kdruck. 13, p. 13, y Kdruck. 71 -neu f-, pp. 6 ss. A favor de esta tesis de MEYER, Fritz W. SCHARPF, Kdruck. 14, pp. 4 ss. Este mismo autor, en un escrito ulterior (Kdruck. 71 -neu a-, p. 1), sin embargo, propone una nueva redacción del art. 72.2 GG del siguiente tenor: “Si la Federación ha hecho uso de su competencia legislativa, las leyes de *Land* pueden desviarse de la regulación jurídica federal en la medida en que una ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal no excluya tal desviación”. Para SCHARPF la existencia de Estados miembros

A este respecto existe, además, consenso entre todos los partidos políticos, que se muestran favorables a la disminución de las interrelaciones entre la Federación y los *Länder*, introduciendo de ese modo un mayor grado de transparencia, seguridad y previsión en la actuación política; se trata también de reducir con ello considerablemente la duración del procedimiento de aprobación de las leyes, así como de evitar la duplicidad de medios personales y materiales derivada de la existencia de una competencia doble, de la Federación y de los *Länder*, sobre un mismo ámbito material⁷⁰⁶.

desiguales impide, en realidad, el establecimiento de una regla normativa *uniforme* como la del actual art. 72.2 GG limitativa de la competencia legislativa del Estado central, de ahí que, en su opinión, sea preciso explorar una nueva vía más respetuosa con las diferencias y necesidades de cada *Land*, que podría consistir en permitir que en el campo de la legislación concurrente la Federación legislase sobre determinados ámbitos materiales sin consideración alguna a la presunta necesidad o imprescindibilidad de su actuación, y que los *Länder*, en concreto, sus órganos legislativos, se encontrasen habilitados para establecer en relación con esas mismas materias una regulación propia en el supuesto de que la federal no les resultase aceptable, sin perjuicio de que ésta, en tanto que susceptible de vulnerar los intereses de otros *Länder* o de la generalidad, solo pudiera entrar en vigor cuando la Dieta Federal, con el asentimiento de la mayoría del Consejo Federal, no la contradijera; solo de este modo el principio de subsidiariedad como criterio de determinación del legislador competente sería viable a pesar de las diferencias fácticas o de intereses que puedan existir entre los diversos *Länder* o entre alguno de éstos y la Federación (Kdruck. 87, pp. 1 ss.).

Por su parte, Stefan HOMBURG, Kdruck. 71 -neu b-, p. 2, asumida la necesidad de mantener el tipo "legislación concurrente", considera preciso conservar asimismo las condiciones del art. 72.2 GG, si es que no se quiere ampliar aún más la discrecionalidad del legislador federal para actuar legislativamente en este campo. En este mismo sentido, Ferdinand KIRCHOF, Kdruck. 71 -neu e-, p. 2, entiende que la barrera general del art. 72.2 GG únicamente devendría obsoleta en el improbable supuesto de que tan solo se contase con competencias legislativas exclusivas de la Federación o de los *Länder*. En una línea semejante, Arthur BENZ, Kdruck. 71 -neu c-, pp. 4 ss.

En contra de la posibilidad planteada por el diputado federal del SPD Volker KRÖNING, Kdruck. 71 -neu-, p. 1, de ampliar los tres criterios del art. 72.2 GG a un cuarto relativo a la "mejora de la capacidad competitiva internacional de Alemania", se pronuncian Fritz W. SCHARPF, Kdruck. 71 -neu a-, p. 1; Stefan HOMBURG, Kdruck. 71 -neu b-, p. 2; Arthur BENZ, Kdruck. 71 -neu c-, p. 4.; Rupert SCHOLZ, Kdruck. 71 -neu g-, pp. 1 ss.; Hans-Peter SCHNEIDER, Kdruck. 71 -neu h-, p. 2; Edzard SCHMIDT-JORTZIG, Kdruck. 71 - neu j-, p. 3, y Ferdinand KIRCHOF, Kdruck. 71 -neu e-, p. 1 ss., quien expresamente aconseja, en lugar de una ampliación de los criterios del art. 72.2 GG, llevar a cabo una separación estricta de competencias exclusivas de la Federación y de los *Länder*.

⁷⁰⁶ Desde un punto de vista doctrinal, esta distribución clara de responsabilidades entre la Federación y los *Länder* (y, en su caso, los municipios) había despertado también gran interés; vid. al respecto los trabajos de HUBER, P.M.: "Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?", Anexo de NJW 27, 2004; HILLGRUBER, C.: "Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Gemeinden?", JZ, 17, 2004; y WILMS, H.: "Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?", ZRP, 5, 2004.

La gran dificultad estribará muchas veces, lógicamente, en determinar a qué materias de los catálogos de los arts. 74 y 74a GG, relativos a la legislación concurrente, y del art. 75 GG, relativo a la legislación marco, puede renunciar (o, mejor dicho, conviene que renuncie) la Federación desde un punto de vista político-constitucional, de modo que se trasladen a la exclusiva facultad legislativa de los *Länder*. A tal efecto, y siguiendo de nuevo en este punto a Hans Meyer, se pueden mencionar una serie de ámbitos materiales que, en términos generales, deberían corresponder exclusivamente a los *Länder*⁷⁰⁷. Así, todas aquellas materias que afectan a la organización propia de los *Länder*, en tanto que expresión de su cualidad estatal, deben pertenecer a la competencia exclusiva de los mismos: la totalidad de lo previsto en el art. 74a GG y en el subapartado 1 del art. 75.1 GG, en relación con las personas pertenecientes al servicio público, quedando garantizado a este respecto un mínimo de homogeneidad por medio de los apartados 3 a 5 del art. 33 GG; al mismo tiempo, la Ley marco reguladora de la función pública debería ser derogada y la Ley relativa a las remuneraciones así como las correspondientes Leyes adyacentes, por ejemplo, la Ley reguladora del período de vacaciones, en la medida en que sean válidas en el ámbito de *Land*, habrían de convertirse en derecho de *Land*.

A la Federación le deben quedar reservadas las regulaciones sobre la estructura básica del ordenamiento jurídico, por ejemplo, las materias mencionadas en el subapartado 1 del art. 74.1 GG (el derecho civil, el derecho penal y el régimen

⁷⁰⁷ Hans MEYER, Kdruck. 12, pp. 20 ss. y Kdruck. 13, pp. 14 ss. Este autor, en realidad, es partidario de suprimir el art. 75 GG en su totalidad (como después se hizo, según veremos) y repartir sus materias entre la Federación y los *Länder*, así como de revisar cada una de las materias del catálogo del art. 74 GG a fin de decidir cuáles pueden ser transferidas a los *Länder* sin que ello ocasione perjuicio grave alguno a la Federación; a tal efecto, considera que el derecho de reunión debe corresponder a la exclusiva regulación de los *Länder* (vid. también Hans MEYER, Kprot. 3, p. 63). En una línea similar, vid. Heinz-Werner ARENS / Alois GLÜCK / Christoph GRIMM / Christine LIEBERKNECHT / Adolf SPOTKA, Kdruck. 38, p. 4, quienes incluso consideran preciso, en el ámbito de la legislación exclusiva federal, dividir la materia "telecomunicación" (art. 73.7 GG) en diversas submaterias, cayendo algunas de ellas bajo la facultad legislativa exclusiva federal (procedimientos de transmisión, transmisión digital de noticias, radiotelevisión por satélite, etc.) y otras bajo la de los *Länder*, de acuerdo con la aplicación de la regla de subsidiariedad del art. 70.1 GG (organización, programación, tasas de radiotelevisión, etc.). Vid. también las propuestas de Peter M. HUBER, Kdruck. 71 -neu d-, pp. 1 ss., y de Edzard SCHMIDT-JORTZIG, Kprot. 9, p. 208.

penitenciario, la organización judicial, el procedimiento judicial, el régimen de la abogacía y del asesoramiento jurídico), con excepción, tal vez, de lo relativo al régimen del notariado en sus aspectos personales, dado que esto era algo tradicionalmente regulado en Alemania de manera diferenciada; también habría de ser regulado unitariamente por la Federación lo referente al estado civil de las personas (subapartado 2), al derecho de asociación (subapartado 3), a las transacciones inmobiliarias y al régimen de los arrendamientos rurales (subapartado 18).

A la Federación también habría de corresponder la competencia de dirección de la economía, a la que el propio Tribunal Constitucional Federal en la Sentencia sobre la Ley de atención a los ancianos le ha otorgado una importante eficacia legitimadora de la actuación federal⁷⁰⁸, y, en particular, lo que afecta al extenso título competencial del subapartado 11 del art. 74.1 GG sobre el derecho económico, así como el derecho laboral en sentido amplio (subapartado 12), o todas aquellas materias que por definición solo puedan ser reguladas adecuadamente a nivel nacional, como las medidas contra enfermedades humanas y animales contagiosas y peligrosas para la colectividad (subapartado 19) o como el aseguramiento del abastecimiento de alimentos y la importación y exportación de productos agrícolas (subapartado 17), en la medida en que tales materias, a causa del desarrollo del derecho europeo, no se hayan quedado obsoletas; también todas aquellas materias de responsabilidad nacional, como los asuntos relativos a los refugiados y expulsados (subapartado 6), a los daños de guerra y sus reparaciones (subapartado 9), así como todas las materias con efectos sobre las relaciones exteriores, tales como la navegación de alta mar y de cabotaje (subapartado 21). Lo mismo cabría decir en relación con el derecho medioambiental, incluido el derecho de aguas y el régimen hidráulico, respecto de los cuales carecería de sentido una miríada de regulaciones parciales.

⁷⁰⁸ BVerfGE 106, 62.

Más dudas plantean, por el contrario, las numerosas competencias individuales en el ámbito del régimen de transportes marítimos, terrestres y ferroviarios (subapartados 21, 22 y 23), respecto de las cuales no está claro si resulta imprescindible en todo caso una regulación federal. Habrá que determinar en cada supuesto concreto si cabe (y con qué alcance) la intervención legislativa de los *Länder* al respecto⁷⁰⁹.

Finalmente, se encuentra también necesitado de un examen singular el amplio y trascendental bloque competencial que se engloba bajo el término “asistencia social” (subapartado 7). Habría que preguntarse aquí si la Federación no debería limitarse a establecer un estándar mínimo, dejando en manos de los *Länder* la legislación complementaria y de desarrollo⁷¹⁰.

⁷⁰⁹ En relación con la regulación y administración de las autopistas y carreteras federales, cuyo régimen jurídico constitucional básico se encuentra hoy previsto en el art. 90 GG, vid. el Informe del Presidente del Tribunal Federal de Cuentas de 11.10.2004, Kdruck. 82, en el que se propone limitar la competencia de la Federación a la administración propia (no por encomienda o delegación) de las autopistas federales, dejando en manos de los *Länder* tanto la propiedad como la administración de las carreteras federales, si bien dotándoles de una compensación financiera a fin de asumir las nuevas cargas (pp. 43 ss.).

⁷¹⁰ Más específicamente, las propuestas de Hans MEYER, Kdruck. 13, pp. 23 ss., de reforma de las facultades legislativas se traducen en lo siguiente:

Art. 72 GG - suprimir los apartados 2 y 3.

Art. 74.1 GG - núm. 1: introducir, detrás de “el notariado”, “con excepción de la posición jurídica de los notarios” (si bien sobre esto se ha de reflexionar más detenidamente);
- núm. 3: reducirlo al “derecho de asociación”;
- núm. 18: suprimir “el régimen de las viviendas, de las colonias y hogares”.

Introducir los siguientes números en el art. 74.1 GG:

- núm. 27: “la admisión a los estudios, la conclusión y el graduado de los estudios universitarios, el personal científico”;
- núm. 28: “la protección de la naturaleza”;
- núm. 29: “la ordenación del territorio federal”;
- núm. 30: “el derecho de aguas y el régimen hidráulico”;
- núm. 31: “el empadronamiento y el régimen de los documentos de identidad”;
- núm. 32: “la protección del patrimonio cultural alemán frente a su traslado al extranjero”.

Art. 74.2 GG - suprimirlo.

Art. 74a GG	- suprimirlo.
Art. 75 GG	- suprimirlo.
Art. 79.2 GG	- podría establecer: “Una ley de este tipo precisa, <i>con la excepción de la atribución de nuevas materias legislativas</i> , la aprobación de dos tercios de los miembros de la Dieta Federal y de los votos del Consejo Federal”.
Art. 125a GG	- “1) El derecho que haya sido aprobado como derecho federal pero que debido a la reforma del art. 74.1 o del art. 75.1 por medio de las Leyes 42. ^a y 52. ^a de modificación de la Ley Fundamental no pudiera ser aprobado ya como derecho federal se convierte en derecho de <i>Land</i> , a salvo de lo que establece el apartado 3. 2) En lo demás sigue siendo de aplicación como derecho federal el derecho que con motivo de los arts. 72.2 y 75.2 según la nueva redacción de la 42. ^a Ley de modificación de la Ley Fundamental no hubiera podido ya ser aprobado. 3) La Ley marco sobre la función pública y la Ley básica presupuestaria [si bien esto se ha de estudiar más detenidamente] quedan derogadas. El resto de las leyes marco se convierten en derecho de <i>Land</i> , en la medida en que sus reglas no estén atribuidas a una competencia del art. 74. La Federación y los <i>Länder</i> adaptarán hasta el ... sus leyes marco a la nueva situación jurídica.”

Vid. también del mismo autor, Kdruck. 71 -neu f-, p. 11, en donde observa cómo desde el punto de vista del legislador federal, una traslación de determinadas materias objeto de la legislación concurrente al ámbito de la legislación exclusiva federal carece de relevancia para la Federación, pues ésta, aceptada la supresión del art. 72.2 GG, puede incondicionalmente regular esas materias en todo su alcance. Además, desde la perspectiva de los *Länder* tal traslación competencial tampoco presenta muchos atractivos, en tanto que la misma significaría un debilitamiento de su posición actual, dado que hasta ahora los *Länder* pueden regular todas aquellas materias objeto de la legislación concurrente que no hayan sido previamente reguladas por la Federación, mientras que en el supuesto de la legislación exclusiva federal del art. 71 GG éstos solo pueden actuar legislativamente en la medida en que estén expresamente autorizados para ello por la Federación, constituyendo ésta una muestra nada despreciable de la flexibilidad de la legislación concurrente.

En esta misma línea, Edzard SCHMIDT-JORTZIG, Kdruck. 71 -neu j-, p. 2, tampoco se muestra partidario de suprimir la legislación concurrente, considerando además que la cláusula de imprescindibilidad del art. 72.2 GG ha de mantenerse también y, en concreto, de acuerdo con la interpretación restrictiva que cabe derivar de la última jurisprudencia constitucional en las sentencias sobre las cátedras junior (2 BvF 2/02 de 27.07.2004) y la Ley de atención a los ancianos (BVerfGE 106, 62).

Véanse asimismo las propuestas de distribución competencial formuladas en la Sección de Derecho Público del Congreso Anual de los Juristas Alemanes (Hans-Jürgen HENNEKE, Kdruck. 76, pp. 2 ss-), en donde se puso el énfasis de forma mayoritaria en la necesidad de eliminar la legislación marco y de potenciar las facultades legislativas exclusivas y concurrentes de la Federación y los *Länder*. En concreto, se recomendó extender el tipo de la legislación exclusiva federal a todos aquellos ámbitos que afecten al Estado global como tal, que no tengan ninguna relación con las entidades regionales o que superen la capacidad de prestación de éstas, entre los que cabe incluir el régimen estatutario de los funcionarios, la remuneración y cobertura social de los empleados al servicio de la Federación y de las corporaciones federales de derecho público, la lucha contra la delincuencia internacional de carácter suprarregional, la ordenación del territorio de la Federación y la planificación urbanística, la protección del medio ambiente con exclusión de la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje, la construcción, conservación y utilización de las carreteras federales así como la

Sin perjuicio de que en el capítulo siguiente veamos detenidamente cómo la legislación marco del art. 75 GG acabó siendo suprimida en la reforma constitucional aprobada en 2006, interesa destacar ahora que para la Federación, en relación con este tipo legislativo, ya desde antes se consideró renunciable no solo el régimen jurídico general de la prensa (subapartado 2) y el régimen de la caza y la protección de la naturaleza (subapartado 3), sino también lo relativo a la distribución de la tierra (subapartado 4). En relación con los principios generales de la enseñanza superior (subapartado 1a), la Comisión constitucional conjunta de 1994 ya se puso de acuerdo en que la competencia de la Federación habría de limitarse a la admisión a los estudios, los cursos correspondientes, los exámenes, los títulos universitarios así como el personal científico y artístico⁷¹¹. En lo demás, el régimen de la enseñanza superior habría de caer bajo la facultad legislativa exclusiva de la Federación. No obstante, también era imaginable que la competencia federal marco hasta entonces existente pudiera ser sustituida por una regulación a través de convenios entre la Federación y los *Länder*⁷¹². Con todo, esta (sub)materia de la política educativa

responsabilidad estatal de la Federación. Por otro lado, se recomendó también trasladar las siguientes materias del campo de la legislación concurrente y marco federal al de la legislación exclusiva de los *Länder*: el régimen jurídico de los empleados de los *Länder* y de las corporaciones y establecimientos de derecho público de los *Länder*, el derecho de las Universidades, el derecho de reunión, la ordenación del territorio de los *Länder*, el régimen de las viviendas, el derecho de las vías públicas así como la regulación de la organización, forma jurídica y constitución de los establecimientos, corporaciones y fundaciones de derecho público de los *Länder* (vid. NOSKE, E.: "Beratungen und Ergebnisse des 65. Deutschen Juristentages in Bonn 2004", ZRP, 7, 2004; KELLER, S.: "Reform des Föderalismus und Wege zu besserer Gesetzgebung. Der 65. Deutsche Juristentag in Bonn", ZG, 4, 2004).

Vid., en este mismo sentido, Rupert SCHOLZ, Kdruck. 71 -neu g-, pp. 1 ss., Edzard SCHMIDT-JORTZIG, Kdruck. 71 -neu j-, pp. 1 ss., y Hans-Peter SCHNEIDER, Kdruck. 71 -neu h-, pp. 1 ss. Este último se muestra partidario de un sistema de doble lista de competencias, pues solo así quedarán garantizadas las competencias de los *Länder* frente a posibles intromisiones o ejercicios expansivos por parte de la Federación de sus propias facultades legislativas.

En general, vid. la sinopsis de las propuestas de los expertos independientes (BENZ, HUBER, KIRCHOF, MEYER, SCHOLZ, SCHNEIDER y SCHMIDT-JORTZIG), así como de los Presidentes de las Dietas de los *Länder* y de la Conferencia de los Ministros-Presidentes, acerca de la transferencia de materias de la legislación concurrente y marco federal a la competencia legislativa exclusiva de la Federación o, en su caso, de los *Länder* (Kdruck. 85).

⁷¹¹ Impreso de la Dieta Federal 12/6000, p. 35.

⁷¹² Kurt BECK, Kdruck. 35, p. 3. Por su parte, Rupert SCHOLZ, Kdruck. 71 -neu g-, p. 1, considera que la ordenación del territorio (art. 75.1.4º GG), el empadronamiento y los documentos de identidad

relativa al terreno de la enseñanza superior, como sabemos, ha sido una de las más debatidas, hasta el punto de que la falta de acuerdo final en torno a la misma es lo que hizo fracasar, en un principio, el intento de reforma del sistema federal en su conjunto; o, al menos, eso es lo que desde determinados sectores se quiso hacer ver.

Finalmente, problemática resulta también la aparición de nuevos ámbitos materiales que no se encuentran previstos en la Ley Fundamental y que, en consecuencia, no queda claro por quién, si por la Federación o por los *Länder*, han de ser objeto de regulación legislativa. Más allá de las denominadas competencias implícitas, la solución que se ha arbitrado con frecuencia ha pasado por una reforma de la Constitución de forma que la materia en cuestión ha sido atribuida, cuando así se ha considerado conveniente, a la Federación en régimen de exclusividad, de concurrencia o de compartición. Sin embargo, como se decía, para efectuar tal operación ha sido preciso llevar a efecto una modificación constitucional⁷¹³, que, como sabemos, de acuerdo con el art. 79.2 GG está sometida al asentimiento de dos tercios de los votos del Consejo Federal, con lo que los *Länder* disponen a este respecto de un generoso derecho de veto que pueden utilizar en su propio provecho, como así ha sucedido, facilitando la aprobación de la reforma constitucional siempre que el desarrollo legislativo de la nueva materia quede sometido a la reserva de asentimiento del Consejo Federal, y ello aun cuando por su propia naturaleza tal materia no afecte al ámbito de intereses propios de los *Länder*. Como solución posible a este grave problema, se ha propuesto que la clasificación de las nuevas materias legislativas quede sometida a un procedimiento de reforma constitucional más aliviado, como el que, por ejemplo, estaba previsto en la redacción originaria de

(art. 75.1.5° GG) y la protección del patrimonio cultural alemán frente a su traslado al extranjero (art. 75.1.6° GG), podrían ser transferidos a la facultad legislativa exclusiva de la Federación.

⁷¹³ Por ejemplo, en relación con la producción y el uso de la energía nuclear: art. 74.1.11a GG, introducido en 1959; o en relación con la inseminación artificial, la investigación sobre manipulaciones genéticas y los trasplantes de órganos y tejidos: art. 74.1.26 GG, introducido en 1994.

1949 del art. 107 GG, que permitía la regulación jurídico constitucional definitiva del núcleo esencial del equilibrio financiero por medio de ley ordinaria⁷¹⁴.

Frente a estas opiniones favorables a la separación estricta de ámbitos materiales que sean regulados en exclusiva o bien por la Federación o bien por los *Länder* a través de ley (o, dado el caso, por la Unión Europea) como solución a los graves problemas que aquejan al sistema federal alemán, Fritz W. Scharpf se muestra muy escéptico. En primer lugar, porque no cree que la oferta de una devolución de competencias a los (Parlamentos de los) *Länder* por parte de la Federación venga aparejada de una renuncia voluntaria de los Gobiernos de éstos a los importantes derechos que ostentan de participación vía Consejo Federal en la construcción de la voluntad federal o, dicho de otro modo, porque a través de esta vía no va a ser posible compensar políticamente a los *Länder* por esa renuncia. Además, tampoco está claro qué competencias han de ser devueltas a los *Länder*, para que éstos las ejerzan en exclusiva de manera diferenciada, y qué otras han de permanecer en el campo de la Federación, dada la necesidad de una regulación uniforme de la materia en cuestión. Y es que los criterios normativos en virtud de los cuales se opta porque un concreto ámbito material sea regulado de manera centralista o unitaria o, por el contrario, descentralizada o diferenciada, varían notablemente de país a país. Así, mientras que en Francia el régimen educativo constituye parte del núcleo esencial de la identidad nacional, en Suiza una regulación uniforme del mismo sería inimaginable. En Alemania, lógicamente, habrá que hacer al respecto las oportunas valoraciones de cada materia, pero no parece que sea fácil encontrar un acuerdo sobre aquello que requiere una regulación descentralizada y, por tanto, más cercana a los ciudadanos, y aquello otro que, por encontrarse seriamente en juego los intereses de la generalidad, demanda una regulación unitaria por parte de las instancias centrales. Lo que para los *Länder* más grandes y con mayor capacidad prestacional, como Baviera o Nordrhein-Westfalen, constituye un reparto de competencias “correcto”, supone algo inasumible para los *Länder* más pequeños

⁷¹⁴ Hans MEYER, Kdruck. 12, pp. 24 ss. y Kdruck. 13, pp. 22 ss.

como Saarland o Bremen, sin que exista razón alguna de peso que impida que aquéllos puedan disponer de competencias distintas a las de éstos⁷¹⁵.

En el *principio de subsidiariedad*, reconocido a nivel europeo, y a nivel interno deducible de los arts. 70.1 y 72.2 GG, se encuentra, pues, la clave de la controversia. Así, por ejemplo, en relación con el derecho económico (que, según MEYER, ha de ser regulado completamente de manera uniforme por la Federación), se puede sostener que un funcionamiento del mercado que favorezca a la generalidad en un espacio económico unitario demanda unas normas de producción y un derecho mercantil homogéneos, si bien muchas otras regulaciones de las condiciones de producción, de la formación e instrucción de los trabajadores o de los horarios de apertura de los establecimientos podrían realizarse de forma distinta a nivel regional. Si con ello se consigue fomentar la actividad económica en la región al tiempo que favorecer la capacidad competitiva a nivel internacional, habrá que concluir que la existencia de ordenamientos jurídicos diferenciados constituye una ventaja para el interés general⁷¹⁶.

En definitiva, a la vista de estas opiniones discrepantes, se confirma el temor anunciado con anterioridad: que la distribución de competencias entre la Federación y los *Länder* es un tema sumamente espinoso, por la existencia de intereses dispares no solo entre aquella y éstos, sino, incluso, y esto es lo más complejo, entre los distintos *Länder*. A ello se ha de añadir el hecho de que no siempre va a resultar posible establecer con nitidez una separación competencial estricta entre la Federación y los *Länder*, pues, como sabemos, la realidad es un *continuum* que no siempre se deja dividir fácilmente en departamentos estancos. Esta circunstancia es la que ha llevado a autores como Hans-Peter SCHNEIDER, Director del Instituto

⁷¹⁵ Fritz W. SCHARPF, Kdruck. 62, p. 1.

⁷¹⁶ Fritz W. SCHARPF, Kdruck. 14, pp. 2 ss. y Kdruck. 71 -neu i-, pp. 1 ss. En este último documento de trabajo, sostiene que en caso de que no se pueda lograr un reparto detallado de competencias absolutamente convincente, habrá que reconocer que en el caso del derecho económico existe una presunción fundamentada a favor de la transferencia competencial de esta materia a cada uno de los *Länder* individuales.

para la Investigación del Federalismo de la Universidad de Hannover, a sostener la virtualidad del art. 72.2 GG, que aporta dosis de dinamismo y flexibilidad en las relaciones entre la Federación y los *Länder* que no se deben sin más ignorar⁷¹⁷.

No obstante, sin desconocer la certeza de esta afirmación, me parece que la misma no es suficiente para deslegitimar en nada ni la “bondad” del objetivo último entendido de manera tendencial, establecer un reparto estricto de facultades legislativas entre la Federación y los *Länder* basado en el principio de exclusividad, ni la virtualidad del método a seguir para alcanzarlo, fundamentado en el principio de subsidiariedad. Tanto aquél como éste han de inspirar y conducir cualquier intento de reforma del federalismo alemán.

D.2.- Mejora de la idoneidad europea del federalismo alemán

Para conseguir este objetivo resulta también preciso llevar a cabo en el concreto ámbito de la Unión Europea una clara separación de las competencias de la Federación y de los *Länder* en relación con la salvaguardia de los derechos de la República Federal de Alemania en tanto que Estado miembro de aquélla. También a este respecto fueron diversas las opiniones sobre el sentido que debería inspirar esa reforma. Entre los representantes políticos, destaca la postura del entonces Ministro-Presidente de Baden-Württemberg, Erwin Teufel (CDU), para quien cuando se discuta sobre materias de la exclusiva competencia de los *Länder* habría de ser un representante de éstos el encargado de defender en el foro comunitario los intereses del conjunto de la República Federal, lo que, en realidad, ya es el caso; si, por el contrario, las afectadas son materias de la exclusiva competencia de la Federación, debería ser un representante de la misma el que habría de asumir aquella tarea.

⁷¹⁷ Hans-Peter SCHENEIDER, Kdruck. 71 -neu h-, pp. 2 ss.

Finalmente, en el ámbito de la legislación concurrente sería imaginable una representación común de la Federación y de los *Länder*⁷¹⁸.

En un sentido semejante se pronuncia Arthur Benz, quien también se muestra partidario de distinguir claramente entre aquellas materias atribuidas a la exclusiva facultad legislativa de la Federación o de los *Länder* como criterio de decisión sobre a quién corresponde asumir la representación y, en último caso, adoptar la última decisión sobre la posición alemana en los procesos mediadores y normativos comunitarios. No obstante, reconoce este mismo autor, a la vista del orden competencial de la Unión Europea cabe dudar mucho sobre la posibilidad de establecer una clara diferenciación entre las materias concernientes a la Federación y aquellas otras que afectan a los *Länder*, dada la convergencia entre muchas de ellas, al no existir una correspondencia exacta entre éstas y las previstas en el orden constitucional interno⁷¹⁹.

Más allá va Hans Meyer, quien se muestra muy crítico con el art. 23 GG, en tanto que obliga a tomar en consideración la opinión del Consejo Federal al tiempo que a garantizar los intereses generales, sin que quede en absoluto claro qué sucede cuando éstos no se correspondan con el parecer de aquél. En su opinión, los intereses generales han de ser formulados únicamente por la Federación. Con la introducción del art. 23 GG en 1992 se ha intentado establecer un equilibrio entre la Federación y los *Länder*, lo que, en sí mismo, no está mal, el problema es que se ha olvidado que la consecución de ese difícil equilibrio cuesta normalmente más tiempo del que se suele disponer en los procesos de negociación a nivel europeo. De ahí que sea preferible para la Federación encontrarse investida de un mandato de negociación libre, lo que significaría, entre otras cosas, realizar una profunda

⁷¹⁸ Erwin TEUFEL, Kprot. 2, pp. 27 ss.

⁷¹⁹ Arthur BENZ, Kdruck. 10, pp. 4 ss. y 9 ss. Sobre las nuevas perspectivas que se abren para los *Länder* y sus Parlamentos a la vista del nuevo orden competencial que se prevé en el (por el momento, frustrado) Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, vid. STRAUB, P.: "Der Entwurf des EU-Verfassungsvertrags aus Sicht der deutschen Länder und ihrer Parlamente", ZG, 4, 2003.

reforma del art. 23 GG que ofrezca mayor efectividad a la influencia alemana en Europa. Lógicamente, ello no tiene por qué excluir la posibilidad de que los *Länder* se encuentren también representados, por ejemplo, en la oficina en la que se sienta el representante alemán, dado que resulta necesario que los canales de información entre la Federación y los *Länder* funcionen con fluidez y que los intereses de estos últimos sean bien conocidos⁷²⁰. A tal efecto se puede pensar también en la posibilidad de que el representante de los *Länder* ante la Unión Europea sea elegido por las Dietas de los mismos, reforzándose de este modo el elemento democrático y la autonomía de los *Länder* en el proceso de integración europea⁷²¹.

Precisamente esa necesidad de adoptar decisiones que vinculen a toda la República Federal en un plazo breve de tiempo y de manera eficaz es lo que llevó al Gobierno Federal a demandar la presencia de un solo nivel y un solo voto en los procesos comunitarios de negociación. La estructura federal de Alemania -se sostiene- requiere que con ese voto unitario se hagan valer los intereses y necesidades de todos los *Länder* y de la Federación en su conjunto, sin que aquella pueda suponer, por el contrario, un obstáculo en los mencionados procesos negociadores. Y es que defender la existencia de un derecho exclusivo de los *Länder* que incluya la facultad de representación exterior contradice de plano el derecho que a este respecto

⁷²⁰ Hans MEYER, Kprot. 3, pp. 63 ss. También CHARDON, M.: "Art. 23 GG als "institutionalisiertes Misstrauen": Zur Reform der europapolitischen Beteiligung der Länder in den Beratungen der Bundesstaatskommission", en: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.): *Jahrbuch des Föderalismus 2005* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, pp. 135 ss., hace hincapié en las deficiencias de este art. 23 GG, que en su origen ya está inspirado en la desconfianza frente a la participación política de los *Länder* a nivel europeo. En una línea similar se pronuncia Fritz W. SCHARPF, Kprot. 3, p. 66, partidario también de suprimir los apartados 2 a 7 del art. 23 GG y de potenciar la coordinación efectiva a nivel federal, en donde los representantes de los *Länder* deben participar ampliamente a fin de que la información entre Bruselas y Berlín así como con las capitales de los *Länder* fluya con rapidez. Asimismo, Peter M. HUBER, Edzard SCHMIDT-JORTZIG y Dieter GRIMM, Kprot. 3, pp. 85 ss., así como Rupert SCHOLZ, Kdruck. 40, pp. 9 ss., se muestran muy críticos con el art. 23 GG y particularmente con el hecho de que un representante de los *Länder* actúe ante la Unión Europea defendiendo los intereses de toda la República Federal, por mucho que la materia de que se esté tratando afecte al ámbito de sus competencias exclusivas. En la misma línea, las conclusiones de la Sección de Derecho Público del Congreso Anual de Juristas Alemanes (Hans-Jürgen HENNEKE, Kdruck. 76, pp. 7 ss.), y HÜTTMANN, M.G.: "Wie europafähig ist der deutsche Föderalismus?", Aus Politik und Zeitgeschichte, 13-14/2005, pp. 27 ss.

⁷²¹ Sobre esta posibilidad, vid.^a edzard SCHMIDT-JORTZIG, Kdruck. 37, pp. 7 ss.

ostenta la Federación, lo que puede suponer un impedimento importante para la representación unitaria de los intereses político-europeos alemanes. A tal efecto, se impone la necesidad de modificar las previsiones de los apartados 3 a 7 del art. 23 GG con el fin de garantizar y mejorar la capacidad de actuación de Alemania a nivel europeo. Se ha de simplificar el procedimiento de colaboración del Consejo Federal en la formación de la voluntad federal, de forma que Alemania pueda hacer valer de forma óptima sus intereses (los del conjunto del Estado, que comprenden, por supuesto, los de cada uno de los *Länder*) hablando con una sola voz en Bruselas⁷²².

Y es que, como observa Arthur Benz, en una estructura organizativa como la de la Unión Europea, en la que pueden llegar a superponerse tres niveles distintos de estatalidad, el comunitario, el de cada Estado miembro y, en el caso de los Estados territorialmente descentralizados, el de los Estados federados (*Länder*, en Alemania), no es fácil articular de manera armónica la consecución de los tres objetivos básicos de la efectividad de la política europea a nivel del Estado global (la República Federal de Alemania, en este caso), de fortalecimiento del federalismo y de aseguramiento de la legitimación democrática. Así, una representación de los intereses de los *Länder* por medio del Gobierno Federal, quedando solo garantizado a los *Länder* un derecho a ser oídos, es cierto que asegura una representación efectiva de los intereses alemanes al tiempo que satisface las exigencias de la responsabilidad parlamentaria, sin embargo, vulnera de manera grave el principio federal. Por su parte, el procedimiento previsto en el art. 23.5 GG puede debilitar la

⁷²² Así se expresaba, manifestando la posición del Gobierno Federal, el Secretario de Estado del Ministerio de Justicia Hansjörg GEIGER, Kdruck. 41, pp. 1 ss. Vid. también las intervenciones en la sexta sesión de la *Comisión sobre el Federalismo* de la diputada federal del SPD Angelica SCHWALL-DÜREN, de la Ministra federal de Justicia Brigitte ZYPRIES, de la Ministra federal de Defensa del Consumidor, Alimentación y Agricultura Renate KÜNAST y del Ministro federal de Finanzas Hans EICHEL, Kprot. 6, pp. 130 ss. y 146 ss. Asimismo, véase la intervención de Angelica SCHWALL-DÜREN en la décima sesión de la *Comisión sobre el Federalismo* (Kprot. 10, pp.239 ss.).

La reacción de los *Länder* frente a esta postura del Gobierno Federal quedó expresada con la respuesta del Ministro-Presidente de Baviera Edmund STOIBER al Ministro federal de Finanzas Hans EICHEL, advirtiéndole sobre las dificultades que el Gobierno Federal encontraría para que el Consejo Federal ratificara el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (Kprot. 6, p. 148). Vid. también la defensa que de los intereses de los *Länder* en el estadio de formación de la voluntad federal a nivel europeo hizo Walter SCHÖN, por parte de Bayern, en la décima sesión de la *Comisión sobre el Federalismo* (Kprot. 10, pp. 246 ss.).

posición negociadora del Gobierno Federal cuando los *Länder* hacen valer su poder y además socava, en todo caso, la responsabilidad parlamentaria del Gobierno Federal. Finalmente, una representación propia de los *Länder* en el Consejo de Ministros de acuerdo con el art. 23.6 GG fortalece los componentes federativos del sistema de gobierno, pero acarrea igualmente problemas de efectividad y de control democrático.

La solución de esta compleja situación no puede ofrecerse, según Arthur Benz, de manera cerrada en la Constitución. Ésta debe limitarse a establecer unas directrices que garanticen un cierto equilibrio entre todos los elementos mencionados (efectividad, fortalecimiento del federalismo y legitimación democrática), pero la solución final ha de ser ofrecida por una regulación de rango legal, que diferencie aquellos supuestos en que la medida comunitaria a adoptar tiene efectos importantes en el orden federativo (por afectar al principio de subsidiariedad, a ámbitos materiales reservados a la facultad legislativa o, en su caso, administrativa de los *Länder* o, simplemente, a intereses de estos últimos), de aquellos otros en que no es así. En el primer caso, la participación de las Dietas de los *Länder* y/o del Consejo Federal será mayor o menor dependiendo de lo que esa medida afecte a las competencias o intereses de los *Länder*. Y, en todo caso, si se produjera algún conflicto sobre el procedimiento a elegir habrá de ser una Comisión conjunta del Consejo Federal y de la Dieta Federal la que decida⁷²³.

En este mismo sentido, como observa Hans-Peter Schneider, en contra de lo que se suele creer, la mejor solución para algunos de los problemas de Alemania en Europa no siempre pasa por una reforma constitucional y, en concreto, del art. 23 GG. En muchas ocasiones, las carencias denunciadas pueden ser solucionadas o, al menos, aminoradas a través de una mejora de la organización y del procedimiento de la política europea alemana a nivel infraconstitucional.

⁷²³ Arthur BENZ, Kdruck.43, pp. 4 ss.

Así, por lo que se refiere a nivel interno, debería corresponder a la Federación el diseño de la política europea, para lo que se requeriría, como condición indispensable, una efectiva coordinación de todo lo relacionado con los asuntos europeos que recayese en una sola mano. En este sentido, la mejor solución sería crear una suerte de Ministerio de Asuntos Europeos que pudiese actuar en Bruselas con una sola voz.

Por su parte, la política europea de los *Länder* debería hacerse valer por medio del Consejo Federal y, de manera particular, a través de la Cámara de Asuntos Europeos prevista en el art. 52.3a GG, que puede adoptar acuerdos en lugar del propio Consejo Federal y que en esa medida también lo puede representar hacia fuera. El Presidente de turno de esta Cámara de Asuntos Europeos (por regla general, un Ministro de Asuntos Europeos de un *Land*) debería ostentar la función de “mandatario” de los *Länder*, ser elegido por dos años (en lugar de uno, como sucede ahora), con la posibilidad de ser reelegido por otros dos, coincidiendo de este modo su mandato con el período de legislatura de la Dieta Federal.

A nivel europeo, el nuevo Ministro de Asuntos Europeos debería actuar como Representante Permanente de la República Federal de Alemania ante la Unión Europea. Y por el lado de los *Länder*, el Director de la Oficina en Bruselas, el Presidente de la Cámara de Asuntos Europeos del Consejo Federal y el Representante Permanente, deberían constituir una especie de Comité Consultivo, que se reuniera periódicamente (en lo posible, una vez a la semana), a fin de encontrar una posición común, alumbrando proyectos a largo plazo con el horizonte de fondo de los intereses generales de Alemania. Frente a la Comisión, al Consejo o al Parlamento Europeo, por el contrario, solo debería actuar el Representante Permanente. Únicamente en la medida en que se vean afectadas facultades legislativas exclusivas de los *Länder* ocuparía su lugar el mandatario del Presidente de la Cámara de Asuntos Europeos del Consejo Federal. Finalmente, los respectivos Directores de las Oficinas de los *Länder* en Bruselas apoyarían al Representante Permanente en el cumplimiento de sus tareas, al tiempo que le mantendrían

informado sobre actividades y proyectos propios. En caso de opiniones discrepantes sobre medidas políticas europeas que estén dirigidas hacia el exterior decidiría el Representante Permanente previa comunicación al Presidente de la Cámara de Asuntos Europeos, cuando se trate de materias respecto de las que sea competente la Federación, y, viceversa, el Presidente de la Cámara de Asuntos Europeos, previa comunicación al Representante Permanente, cuando se trate de terrenos de la competencia exclusiva de los *Länder*⁷²⁴.

Finalmente, también hay quien ha propuesto, en un sentido similar al anterior, la posibilidad de crear una Comisión conjunta (de la Dieta Federal y del Consejo Federal) para Asuntos Europeos, según el modelo de la Comisión conjunta del art. 52.3a GG, en la que existiese una representación paritaria de estos órganos constitucionales, cuyas funciones primordiales fueran adoptar aquellas medidas de coordinación jurídico-competencialmente necesarias y frente a la cual el Gobierno Federal debiera cumplir con sus deberes de información previstos en el art. 23 GG. Esta Comisión conjunta podría igualmente estar habilitada para expresar una opinión o posición común (de la Dieta Federal y del Consejo Federal) sobre determinados asuntos comunitarios, de la que el Gobierno Federal solo podría apartarse por la aparición de razones políticas apremiantes relacionadas con el proceso de integración europea o de carácter internacional. En definitiva, una Comisión conjunta de este tipo favorecería también la necesaria capacidad de actuación del Gobierno Federal al nivel de la Unión Europea, así como los indispensables derechos de participación democrática y federativa de la Dieta Federal y del Consejo Federal⁷²⁵.

En definitiva, sea cual sea la decisión que se adopte, parece que la misma ha de estar orientada por la idea de reforzar en todos los niveles (el europeo, el estatal y el de los *Länder*) el principio democrático, articulando a tal efecto un procedimiento en la toma de decisiones que sea efectivo. Ello conllevará como condición

⁷²⁴ Hans-Peter SCHNEIDER, Kdruck. 42, pp. 2 ss.

⁷²⁵ Rupert SCHOLZ, Kdruck. 40, pp. 6 ss.

indispensable una separación clara de las responsabilidades de la Federación y de los *Länder*, pues cuando todos son de todo responsables resulta prácticamente imposible adoptar decisiones políticas adecuadas. Además, la reforma que en su caso se proponga a nivel interno debería tomar en consideración las disposiciones que hoy ya constituyen el contenido del que en un futuro pueda llegar a ser nuevo Tratado constitucional para Europa. A este respecto, los Presidentes de los Parlamentos de los *Länder* ven con preocupación determinados contenidos de este Tratado constitucional, en tanto que pueden debilitar aún más la posición de los *Länder* en el terreno legislativo⁷²⁶.

En otro orden de cosas, y por lo que se refiere a la transposición de las directivas comunitarias, resulta preciso concebir un mecanismo en virtud del cual la Federación pueda garantizar en todo momento que aquélla se lleva a cabo dentro de plazo, dado que de acuerdo con el ordenamiento jurídico comunitario es ella la que asume la responsabilidad ante una eventual ausencia o retraso a este respecto, sin perjuicio de que ulteriormente a nivel interno el reparto de esos costes, de acuerdo con el art. 104a.1 GG, se lleve a efecto de acuerdo con el principio de que la responsabilidad financiera entre la Federación y los *Länder* sigue el correspondiente reparto de las tareas y competencias, es decir, que tanto aquélla como éstos son responsables por sí mismos de soportar los costes que se deriven de las tareas que les corresponde cumplir⁷²⁷.

⁷²⁶ “Declaración de Quedlinburg”, Acuerdo sobre el reparto de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros de conformidad con el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y sus repercusiones para los *Länder* alemanes, Kdruck. 51.

⁷²⁷ Esta es la posición que defiende el Gobierno Federal en su Informe sobre el soporte de las cargas de los *Bundesländer* en los supuestos de sanciones pecuniarias provenientes de la Unión Europea, Kdruck. 46, p 2. Vid. también *BVerfGE* 96, 45 (52).

La importancia de esta cuestión no es baladí, pues el incumplimiento por parte de Alemania del Pacto europeo de estabilidad puede deberse en buena medida precisamente a la actuación antijurídica de algunos *Länder*, de ahí que exista un acuerdo bastante generalizado sobre la necesidad de incluir una disposición expresa en la Ley Fundamental en virtud de la cual se haga responder directamente a los *Länder* a este respecto de una parte (un tercio) de las eventuales multas que se le impongan a Alemania a causa de la vulneración del mencionado Pacto de estabilidad.

Vid. Hans-Peter SCHNEIDER y Hans MEYER, Kprot. 5, p. 122, así como Rupert SCHOLZ, Kdruck. 40, pp. 11 ss. y Ferdinand KIRCHHOF, Kdruck. 52, pp. 1 ss. Este último propone la introducción de

De esta forma, cuando se trata de competencias exclusivas de la Federación o de los *Länder* no se plantean muchos problemas, pues la determinación del competente para llevar a cabo la transposición es clara. Más difícil resulta decidir qué sucede en el caso de aquellas directivas atinentes a materias de la competencia concurrente o marco de la Federación, en donde, por consiguiente, los *Länder* también tienen un interés, mayor o menor, en ese campo. Una de las posibles alternativas que se sugirió fue la de facilitar la aparición de una nueva “legislación de directrices” de la Federación (*“Richtliniengesetzgebung” des Bundes*), que habría de fijar, en todo caso, las líneas básicas de la transposición de los actos jurídicos comunitarios, sin perjuicio de que también quedara a este respecto reservado un margen de configuración normativa a los *Länder*⁷²⁸.

Un reparto estricto de las competencias, por consiguiente, facilitará la labor ulterior de localizar al responsable del (in)cumplimiento de la respectiva tarea. Ciertamente, como han puesto de relieve los debates de la Convención constitucional europea, apenas existen materias que de manera inequívoca y exclusiva puedan ser atribuidas a un solo nivel de actuación, antes bien, la distribución de competencias constituye, antes de nada, un problema político. Sin embargo, ello no nos puede llevar a defender que esa decisión haya de ser tomada en cada momento por el legislador correspondiente, pues algo así conduciría sin duda a un conflicto permanente entre la Federación y los *Länder*. Por el contrario, ha de ser en la Constitución federal, en la Ley Fundamental de Bonn, en este caso, en donde queden fijadas con la mayor precisión posible qué materias quedan sujetas a la exclusiva facultad legislativa de la Federación y qué otras, en consecuencia,

esa cláusula de responsabilidad de los *Länder* en un nuevo art. 104a.6 GG. En un sentido similar, el Diputado federal del SPD Volker KRÖNING, Kdruck. 54, pp. 1 ss.

Desde otra perspectiva, el grupo parlamentario del Partido Demócrata-Liberal (FDP), a través de su jefe de filas, Ernst BURGBACHER, presentó ante la *Comisión sobre el Federalismo* un proyecto de ley (Kdruck. 84) cuya finalidad no era otra que introducir un nuevo precepto en la Ley Fundamental (art. 109a) en virtud del cual quedarán constitucionalizados esos criterios europeos de estabilidad, por los que Alemania tanto luchó y que en ese momento, sin embargo, incumplía.

⁷²⁸ Edzard SCHMIDT-JORTZIG, Kdruck. 37, pp. 11 ss.

corresponde regular a los *Länder*. Por derivación, algo similar debería ocurrir con la transposición del derecho comunitario. Tanto la Federación como los *Länder* deben tener claro a quién corresponde adoptar las medidas legislativas o administrativas oportunas para que el derecho comunitario surta plenos efectos jurídicos en Alemania⁷²⁹.

D.3.- Devolución de amplios campos materiales a la competencia de los *Länder*

En correspondencia con el nuevo orden competencial que, tanto a nivel interno como europeo, se propone alcanzar, en los trabajos y debates desarrollados en el seno de la *Comisión sobre el Federalismo* queda patente la necesidad de proceder a una reintegración competencial de numerosos ámbitos materiales a los *Länder*, sobre los que éstos puedan gozar nuevamente de mayores posibilidades de configuración legislativa autónoma. A este respecto, ocupan un lugar preeminente dos campos de materias que constituyen la parte esencial de la autonomía política de los *Länder*: el régimen de sus funcionarios públicos⁷³⁰ y, muy especialmente, la

⁷²⁹ A favor de que la transposición del derecho comunitario siga el orden competencial interno se pronunció el Ministro de Justicia de Nordrhein-Westfalen Wolfgang GERHARDS, Kprot. 6, pp. 157 ss. Vid. también Ingolf PERNICE, Kdruck. 44, pp. 1 ss., quien, sin embargo, en lugar de apostar por un reparto constitucional estricto de las competencias lo que hizo fue defender la creación de estructuras de decisión efectivas capaces de decidir en cada momento quién es de qué responsable.

⁷³⁰ Sobre el alcance que ha de tener la facultad legislativa de los *Länder* para la regulación del régimen jurídico de los funcionarios públicos, vid. las propuestas del grupo de proyectos número 2 de la *Comisión sobre el Federalismo*, presentadas por Thomas DE MAIZIÈRE, Kprot. 8, pp. 179 ss., así como las intervenciones ulteriores del diputado federal del SPD, Dieter WIEFELSPÜTZ, del Ministro de Justicia de Nordrhein-Westfalen, Wolfgang GERHARDS (SPD), del Alcalde de Berlín, Klaus WOWEREIT (SPD), del diputado federal de la CDU/CSU Thomas STROBL, y de los profesores Joachim WIELAND, Edzard SCHMIDT-JORTZIG y Ferdinand KIRCHHOF, en las que, con diferente énfasis, se llega incluso a poner en tela de juicio una cuestión colateral que, aunque no tiene mucho que ver con la discusión sobre la reforma del federalismo, sí presenta una gran relevancia a nivel político y social, a saber, el actual régimen jurídico de los funcionarios de carrera a que se refiere el art. 33.5 GG.

Por su parte, los Presidentes de las Dietas de los *Länder*, así como los representantes de éstas en la *Comisión sobre el Federalismo*, en la conocida Declaración de Munich, Kdruck. 83, p. 2, defienden abiertamente la recuperación por parte de los *Länder* de la posibilidad de configuración del régimen jurídico de los funcionarios, quedando únicamente en poder de la Federación la regulación del estatus jurídico esencial de los mismos. Vid. en este mismo sentido el Acuerdo ("Reform des Föderalismus")

educación y la cultura⁷³¹, lo que implica acometer una reforma profunda de los arts. 74a y 75.1, 1a y 6 GG, de manera tal que como resultado de la misma los *Länder* sean titulares de una amplia facultad legislativa para la regulación de esas materias.

La “soberanía cultural de los *Länder*”, que abarca desde la educación escolar hasta la enseñanza superior, constituye, en efecto, el núcleo esencial del federalismo alemán⁷³², de ahí que abunden los pronunciamientos favorables al reconocimiento constitucional de amplias facultades legislativas de los *Länder* sobre estos campos materiales, lo que no ha de estar reñido ni con el hecho de que la Federación deba estar investida de competencias limitadas para la fijación del marco o de las bases normativas en este terreno, ni con que el objetivo de la política educativa haya de ser conferir una mayor autonomía y autorresponsabilidad a las instituciones encargadas de la educación, que deben disfrutar, en todo caso, de la libertad de establecer sus propios modos pedagógicos y organizativos, como demanda una aplicación rigurosa de los principios de subsidiariedad y de autonomía universitaria⁷³³. Además, un entendimiento federal de las competencias en el terreno

adoptado unánimemente por todos los grupos parlamentarios de la Dieta del *Land* de Schleswig-Holstein, Kdruck. 89, pp. 1 ss.

⁷³¹ A este respecto, en donde se encuentran las principales dudas es en torno a la cuestión de si la regulación del régimen de la enseñanza superior ha de ser federal o de *Land*. El grupo de proyectos número 3 de la *Comisión sobre el Federalismo*, en sus conclusiones provisionales presentadas por Günter KRINGS, Kprot. 8, p. 188, sostiene que lo relativo al acceso y terminación de los estudios de enseñanza superior, así como al aseguramiento de la calidad de la misma, ha de encontrarse regulado a nivel suprarregional, si bien queda por determinar a través de qué tipo legislativo (ya sea por medio de la legislación marco, de intervención o de otra forma competencial similar, ya sea, como prefieren los *Länder*, por la vía de tratados interestatales, es decir, haciendo uso de los mecanismos de auto coordinación; por su parte, el Gobierno Federal es partidario de hacerlo a través de ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal).

⁷³² Vid. la toma de postura de los Presidentes de los Grupos parlamentarios de Alianza 90 / Los Verdes, expresada en un documento de trabajo titulado “Für eine Reform des Bildungsföderalismus”, presentado por Winfried KRETSCHMANN, Kdruck. 69, pp. 2 ss., en donde se llega a afirmar expresamente que “los ***Länder* son, sobre todo, entidades estatales de carácter cultural y educativo**”.

⁷³³ En la conocida como Declaración de Munich (de 18.10.2004), Kdruck. 83, p. 1, los Presidentes de las Dietas de los *Länder*, así como los representantes de éstas ante la *Comisión sobre el federalismo*, expresamente defienden el carácter irrenunciable de la soberanía cultural y educativa de los *Länder*, que abarca desde las guarderías hasta las instancias universitarias, si bien reconocen que la creación de regulaciones equivalentes en lo relativo al acceso y a la terminación de los estudios universitarios solo puede ser establecida por la Federación. En idéntico sentido, ver el Acuerdo (“Reform des Föderalismus”) de la Dieta de *Land* de Schleswig-Holstein, Kdruck. 89, pp. 1 ss.

de la educación garantiza, por otro lado, una mejor capacidad de dirección del conjunto del sistema educativo, pues en las sociedades diferenciadas y complejas, como la alemana, las direcciones centralistas conducen con frecuencia a situaciones demasiado uniformes o rígidas, en donde la rápida implementación de nuevos conceptos educacionales no siempre resulta viable.

No obstante, esta posición, defensora de la (práctica) exclusividad competencial de los *Länder* en el terreno de la educación, que tanta raigambre tiene entre los Gobiernos de éstos, no es compartida unánimemente. Así, es posible escuchar también pronunciamientos que abogan por una mayor presencia de las instancias centrales en la definición y dirección de la política educativa, en tanto en cuanto ésta forma parte protagonista de esos campos políticos en los que la ciudadanía reclama que se haga realidad la uniformidad o equivalencia de las condiciones de vida a que se refiere el propio texto constitucional, lo que, por otra parte, no ha de extrañar en un espacio cultural homogéneo como el que corresponde al “Estado federal unitario” alemán⁷³⁴.

En realidad, lo que sucede es que el principio unitario y el federal se encuentran en este terreno como en ningún otro en una relación de tensión recíproca que obliga a buscar equilibrios entre las competencias, por un lado, que han de corresponder a los *Länder* para poder dar respuesta a sus propias singularidades socio-culturales, que se transmiten, sobre todo, a través de la enseñanza, y aquellas otras que, por el contrario, han de quedar en manos de la Federación a fin de asegurar un mínimo de homogeneidad entre todas las ciudadanas y ciudadanos de la República Federal.

Vid. asimismo las respuestas de Hans MEYER, Kdruck. 78-a, pp. 1 ss., Ferdinand KIRCHOF, Kdruck. 78-b, pp. 1 ss., Edzard SCHMIDT-JORTZIG, Kdruck. 78-c, pp. 1 ss., Arthur BENZ, Kdruck. 78-d, p. 2, Fritz W. SCHARPF, Kdruck. 78-e, p. 1, y Peter M. HUBER, Kdruck. 78-f, p. 1, a las preguntas del diputado federal del FDP Ernst BURGBACHER, Kdruck. 78, p. 1, en relación con el alcance y fortalecimiento de la autonomía universitaria y las competencias que a este respecto deben tener los *Länder* y, en su caso, la Federación.

⁷³⁴ Fritz W. SCHARPF, Kdruck. 75, p. 1.

A tal efecto, y entre las medidas concretas a adoptar, una de las propuestas que hay que barajar es la de la sustitución del veto en el seno de la Conferencia de Ministros de Educación y Cultura (*Kultusministerkonferenz*), por la del voto mayoritario, lo que permitiría a los *Länder*, en su conjunto, asegurarse un alto grado de autonomía en la definición de la política cultural y educativa, superando así el rigor intrínsecamente asociado al veto del sistema actual, que tanto dificulta la adopción de acuerdos generales de alto alcance en este terreno y que constituye una de las razones principales, o, al menos, así se ha querido hacer ver, que llevó a Christian Wulff (CDU), ex Ministro-Presidente de Niedersachsen y actual Presidente Federal, a hacer realidad la anunciada salida de este *Land* de la mencionada Conferencia, lo que provocó en Alemania un pequeño terremoto político, que puso, cuando menos, de relieve la dificultad de que los *Länder*, a través de acuerdos entre sí mismos, colaboren efectivamente y se coordinen a fin de establecer una política viable y homogénea, en este caso, en el ámbito cultural y educativo⁷³⁵.

Esta controversia sobre el alcance de la competencia de los *Länder* en el ámbito de la educación llegó tan lejos que, como ya sabemos, se presentó como la responsable de que en el seno de la *Comisión sobre el Federalismo* no fuera posible llegar a un acuerdo entre las principales fuerzas políticas para reformar el sistema federativo. El propio Tribunal Constitucional Federal tuvo ocasión de pronunciarse una vez más sobre un aspecto relacionado con estas cuestiones educativas; en concreto, en su Sentencia de 26 de enero de 2005⁷³⁶, el Segundo Senado, presidido por el Magistrado Winfried Hassemer, declaró incompatible con la Ley Fundamental y, por tanto, nula, la prohibición de establecer tasas educativas en los centros de enseñanza superior introducida hacía poco menos de tres años en la Ley marco de

⁷³⁵ La Conferencia de Ministros de Educación y Cultura es la más antigua Conferencia de ministros de *Land*, teniendo lugar su primera reunión el 19 de febrero de 1948, por lo que incluso es anterior a la existencia de la Ley Fundamental y de la propia República Federal de Alemania. Su objetivo fundamental es garantizar un mínimo de homogeneidad y de equivalencia entre los sistemas educativos de todos los *Länder*, de modo que, entre otras cosas, quede asegurada la movilidad de los estudiantes dentro del territorio federal.

⁷³⁶ 2 BvF 1/03, de 26.01.2005.

Universidades⁷³⁷, por considerar que ello suponía una invasión de la competencia que los *Länder* tienen constitucionalmente reconocida a este respecto.

Las reacciones frente a este pronunciamiento del Tribunal no se hicieron esperar. Para la entonces oposición cristiano-demócrata con esta Sentencia el Alto Tribunal vino a dar la razón a quienes en la *Comisión sobre el Federalismo* se opusieron a que la Federación ostentara amplias facultades de intervención en lo relativo a la educación y la enseñanza. Y, en consecuencia, reclamaron al Gobierno Federal una reconsideración de su postura a fin de que en un futuro próximo fuera posible desbloquear la pretendida reforma del sistema federal.

Más allá de la reacción que el Gobierno Federal pudiera tener frente a esta sentencia que, por cierto, tras la relativa a las cátedras junior más arriba mencionada, constituyó un nuevo “varapalo” para la entonces Ministra federal de educación, Edelgard Bulmahn, cuya dimisión fue solicitada desde diversos sectores, lo cierto es que las consecuencias que de la misma cabe derivar a nivel político, económico y social no son menores. El temor a que en unos *Länder* se establezcan tasas en la enseñanza superior y en otros se mantenga la gratuidad ahora existente puede provocar un desplazamiento de estudiantes de unos *Bundesländer* a otros capaz de desequilibrar la propia estructura organizativa del sistema. Además, el peligro de que la introducción de esas tasas pueda ir en perjuicio de las clases social y económicamente más desfavorecidas tampoco debe ser sin más despreciado.

Son muchas y de muy profundo calado, por consiguiente, las incertidumbres que se abren a partir de esta jurisprudencia que paso a paso parece ir consolidando el Tribunal Constitucional Federal. Su virtualidad principal, no obstante, tampoco se ha de desconocer. Y es que si algo claro cabe deducir de esta resolución es que resulta preciso establecer un reparto estricto de competencias entre la Federación y los

⁷³⁷ Sexta Ley de reforma de la Ley Marco de Universidades de 8 de agosto de 2002.

Länder, pues solo así se evitarán las reiteradamente denunciadas confusiones de responsabilidades.

Por su parte, en lo que se refiere a las denuncias mencionadas, sin desconocer su trascendencia y razonabilidad, conviene también realizar una precisión: una cosa es que una medida como la del establecimiento de tasas pueda tener importantes repercusiones socio-económicas para los ciudadanos de un *Land*, y otra distinta el modo en que se organiza territorialmente un Estado. Esto es, que a los *Länder* les corresponda decidir en exclusiva acerca de la adopción o no de esa medida es distinto de las consecuencias que la misma pueda acarrear para los ciudadanos de su territorio. En último término, serán ellos los que, en las elecciones correspondientes, podrán ratificar o no la conveniencia de esa decisión. Una vez más conviene repetirlo: el principio federal y el principio social, pese a sus innegables conexiones, no se encuentran *per se* en contradicción. Al contrario, una organización federal de los poderes públicos, en principio, favorece el control democrático de los gobernantes y, en esa medida, los ciudadanos disponen de herramientas más eficaces para hacer valer sus eventuales reivindicaciones sociales.

Pero más allá de la cultura y de la educación, en la *Comisión sobre el Federalismo* también se discutió sobre la existencia de otros muchos campos materiales, hasta entonces sometidos a la legislación concurrente o marco de la Federación, que han de ser revisados y, en su caso, entregados, en su totalidad o en parte, a la facultad legislativa exclusiva de los *Länder*. Así, por ejemplo, la regulación del régimen del notariado (art. 74.1.1 GG), el derecho de reunión (art. 74.1.3 GG), la minería y el horario de cierre de los comercios (art. 74.1.11 GG), las oficinas de empleo (art. 74.1.12 GG), las ayudas a la formación profesional así como el fomento de la investigación científica en la medida en que no afecte a proyectos de investigación de grandes dimensiones que superen el ámbito de interés y capacidad de los *Länder* (art. 74.1.13 GG), la regulación pública de las transacciones inmobiliarias, el derecho del suelo, el régimen de los arrendamientos rurales así como de las viviendas, de las

colonias y de los hogares (art. 74.1.18 GG), la financiación de los hospitales (art. 74.1.19a GG), los vehículos de motor (art. 74.1.22 GG), los ferrocarriles que no sean federales (art. 74.1.23 GG), la eliminación de los residuos (art. 74.1.24 GG) o la lucha contra el ruido en la medida en que éste sea causado por fuentes de ámbito local (art. 74.1.24 GG)⁷³⁸.

De igual modo, también se planteó la necesidad de trasladar a la facultad legislativa exclusiva de los *Länder* la regulación del régimen jurídico general de la prensa (art. 75.1.2 GG) así como la caza, la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje (art. 75.1.3 GG), campos todos ellos sobre los que la Federación ostentaba entonces una facultad legislativa marco⁷³⁹.

En todo caso, y al margen ya de estas propuestas concretas, lo que sí parecía incuestionable era la existencia de un amplio acuerdo político y científico acerca de la necesidad de disminuir, sobre todo, el número de competencias concurrentes de la Federación y de suprimir o, como mínimo, recortar significativamente el alcance de la legislación marco federal⁷⁴⁰, no faltando incluso quien se pronunció de manera

⁷³⁸ Vid. a este respecto las propuestas de los Presidentes de las Dietas de los *Länder* así como de los representantes de éstas ante la *Comisión sobre el federalismo* formuladas en la mencionada Declaración de Munich, Kdruck. 83, p. 2.

⁷³⁹ Heinz-Werner ARENS / Alois GLÜCK / Christoph GRIMM / Christine LIEBERKNECHT / Adolf SPOTKA, Kdruck. 38, pp. 4 ss. Por el contrario, según las propuestas de estos Presidentes de las Dietas de los *Länder*, las materias relativas a los asuntos de los refugiados y expulsados (art. 74.1.6 GG), a los daños de la guerra y a las correspondientes reparaciones (art. 74.1.9 GG), a la atención de los mutilados, de las viudas y de los huérfanos de guerra y a la asistencia a los antiguos prisioneros de guerra (art. 74.1.10 GG), a las tumbas de guerra y a las de otras víctimas de la tiranía (art. 74.1.10a GG), así como al empadronamiento y a los documentos de identidad (art. 75.1.5 GG), y a la protección del patrimonio cultural alemán frente a su traslado al extranjero (art. 75.1.6 GG), han de caer bajo la facultad legislativa exclusiva de la Federación.

⁷⁴⁰ Opinión ésta que recibió un fuerte espaldarazo a partir de la Sentencia de 27 de julio de 2004 del Tribunal Constitucional Federal relativa a la cátedra junior (*2 BvF 2/02 de 27.07.2004*), en la que se interpretan de manera tan estricta las condiciones a que se refiere el art. 72.2 GG que apenas le resta margen alguno a la Federación para desarrollar una política universitaria propia en base al título competencial marco que tiene reconocido en el art. 75.1.1a GG. Como señaló el presidente del Segundo Senado del Tribunal Constitucional Federal, Winfried HASSEMER, con esta sentencia el Tribunal toma parte en el debate en curso sobre el federalismo.

En relación con los pronunciamientos doctrinales, vid. Joachim WIELAND, Kdruck. 9, pp. 4 ss., y Ferdinand KIRCHHOF, Kdruck. 11, pp. 3 ss. y Kprot. 3, p. 58. Este último autor se muestra partidario de mantener la legislación concurrente y de suprimir la legislación marco y la legislación básica

abierta por una supresión de la categoría de la legislación concurrente, al menos, tal y como está siendo entendida hasta ahora, por considerar que su denominación es confusa, ya que no se trata, en realidad, de ninguna concurrencia en sentido estricto, teniendo los *Länder*, en caso contrario, siempre las de perder por aplicación de la cláusula de prevalencia del derecho federal del art. 31 GG⁷⁴¹, afirmación esta última que no se puede compartir plenamente aquí, pues, como ya se ha dicho en otro lugar, no parece que a este respecto sea aplicable el principio de prevalencia o jerarquía, sino el de competencia, en tanto en cuanto la Federación solo puede legislar cuando se encuentre habilitada para ello, mientras que los *Länder* solo podrán hacerlo cuando aquélla haya permanecido inactiva o cuando a tal efecto se encuentren autorizados por medio de ley federal (apartados 1 y 3 del art. 72 GG, respectivamente). Es decir, la aplicación rigurosa del principio de competencia excluye *per se* una hipotética aplicación del principio de prevalencia en este terreno de las relaciones entre la ley federal y las leyes de *Land*.

El traslado competencial que, dado el caso, pueda llevarse a efecto vía reforma constitucional plantea el problema de qué sucede con las leyes federales ya existentes, dictadas en el marco de la legislación concurrente, que a partir de esa reforma dejarían de tener cobertura jurídica. A tal efecto, la solución que ha propuesto, entre otros, Hans Meyer pasa por considerar que las mismas, una vez entre en vigor la modificación de la Ley Fundamental, se convierten

federal porque considera que en la mayoría de los casos no existe ninguna necesidad de una regulación principal de alcance federal; así, por ejemplo, la posibilidad de una regulación del régimen jurídico de la prensa del art. 75.1.2 GG nunca ha sido utilizada; tampoco la facultad legislativa básica de la Federación del art. 140 GG en relación con el art. 138.1 de la Constitución de Weimar sobre las prestaciones del Estado a las sociedades religiosas. Además, en caso de que fuera necesario dictar una disposición marco o básica por parte de la Federación, ésta podría acudir siempre a las posibilidades que le abren los arts. 71 y 72.3 GG, habilitando respectivamente a los *Länder* a legislar en el campo de la legislación exclusiva o a sustituir el derecho federal cuando considere que han dejado de cumplirse las condiciones a que se refiere el apartado 2 del art. 72 GG en el terreno de la legislación concurrente.

También en las conclusiones provisionales de los grupos de proyectos y de trabajo, en concreto, el número 1 de ambos, se alcanzó un acuerdo en este sentido: suprimir en lo posible el título competencial de la legislación marco (Hermann BACHMAIER, Kprot. 9, p. 204).

⁷⁴¹ Hans MEYER, Kdruck. 12, pp. 19 ss. y Kdruck. 13, pp. 13 ss.

automáticamente en derecho de *Land*, de manera análoga a lo que prevén los arts. 123 ss. GG en relación con la conversión del antiguo derecho del *Reich* en derecho federal o de los *Länder*. Una solución de este tipo tiene la ventaja de que los *Länder* administrativamente más débiles no se encuentran obligados a legislar de manera inmediata, impidiéndose, por otro lado, la aparición de “leyes petrificadas”. Más dudas se plantean, sin embargo, en el campo de la legislación federal marco. Aquí habrá que decidir en cada concreto caso si la ley federal puede ser sustituida sin mayores problemas por la regulación de los *Länder* o si, por el contrario, debe seguir en vigor durante un período transitorio⁷⁴².

Esta postura no es defendida, sin embargo, en igual medida por todos los autores. Así, Arthur Benz considera que la deseable descentralización política no tiene por qué significar necesariamente que a los *Länder* les deban ser atribuidos ámbitos materiales legislativos completos, ya que, según los casos, en ocasiones bastará con otorgarles la regulación parcial de determinadas materias, quedando en manos de la Federación las necesarias posibilidades de dirección orientadas a la consecución de los objetivos de interés general. Es decir, la descentralización no se alcanza solo, ni fundamentalmente, por medio de las dislocaciones o traslados de competencias (*Kompetenzverlagerungen*), sino también, y a veces de mejor manera, a través de las divisiones competenciales (*Kompetenzteilungen*), aunque ello traiga aparejada la poco deseable consecuencia de la mayor complejidad del orden de distribución de competencias⁷⁴³.

⁷⁴² Hans MEYER, Kdruck. 13, pp. 18 ss.

⁷⁴³ Arthur BENZ, Kdruck. 10, pp. 4 ss. Tampoco Rupert SCHOLZ, Kprot. 3, p. 69, considera conveniente renunciar a un instrumento de cooperación legislativa entre la Federación y los *Länder* tan extraordinariamente flexible como la legislación marco; antes bien, entiende que lo que hay que hacer es corregir la evolución que ha experimentado este tipo legislativo, del que la Federación ha hecho un uso muy intensivo, hasta el punto de que apenas si ha dejado margen alguno a los *Länder* para establecer su legislación de desarrollo; en este sentido, al igual que Arthur BENZ, se muestra partidario de que la legislación marco se configure como una especie de legislación básica o, tal y como defiende Edzard SCHMIDT-JORTZIG, de manera análoga a la legislación de directrices del derecho comunitario europeo. En contra de tal propuesta: Hans MEYER, Kdruck. 13, p. 4, que considera -con razón- que configurar la legislación marco como una nueva forma de legislación básica, conduciría a los mismos problemas que ahora se denuncian.

Además, por otra parte, la estrategia de modificación del orden competencial que tenga por finalidad exclusiva la desconcentración competencial no deja de resultar muy problemática, dada la enorme dificultad de trasladar la totalidad de determinadas materias legislativas de la Federación a los *Länder*. De ahí que para Benz sea preferible proceder a un reparto de las competencias dentro de la propia legislación que permita crear amplios márgenes de descentralización. De ser así, la idea de suprimir la legislación marco no parecería la más adecuada. Es cierto – sostiene este autor- que hasta ahora no ha quedado garantizado que la Federación se limite a establecer una norma de carácter efectivamente marco, sino que ha traspasado con frecuencia ese límite dictando normativas muy detalladas; ahora bien, ello no impide reconocer que en muchos casos en el ámbito de la legislación se precisa una coordinación entre la Federación y los *Länder*. Por eso, Benz se muestra abiertamente partidario de la propuesta de una facultad legislativa básica, definida en unos términos tales que bajo la misma no se esconda con otro nombre una competencia marco (tal y como ha sido desarrollada por el legislador federal y tolerada por la jurisprudencia constitucional). Para ello habría que transferir en este ámbito el núcleo de la competencia a los *Länder*, limitando casi a la Federación al establecimiento de regulaciones complementarias en relación con los estándares y principios que necesariamente deban ser homogéneos en todo el Estado⁷⁴⁴.

Tampoco Peter M. Huber es muy proclive al establecimiento de un sistema rígido de separación competencial; al contrario, apuesta por mantener la legislación concurrente en tanto que medio favorecedor del reparto flexible de competencias entre la Federación y los *Länder*, si bien reconoce la necesidad de agravar las condiciones de empleo de la misma por parte de aquélla. Para la consecución de tal objetivo sería posible habilitar un sistema de control previo por parte de las Dietas de los *Länder*, al menos un tercio de las mismas, en virtud del cual éstas, en el marco de las competencias concurrentes, puedan censurar durante el desarrollo del

⁷⁴⁴ Arthur BENZ, Kprot. 3, p. 52, quien en un escrito posterior defiende la creación de un tipo legislativo básico en virtud del cual se prevea la posibilidad de un derecho de intervención de la Federación en el ámbito de las competencias legislativas de los *Länder* (Kdruck. 71 -neu c-, p. 3).

proceso legislativo que las condiciones del art. 72.2 GG no se cumplen, sin necesidad de llegar así al procedimiento constitucional introducido en 1994 en el art. 93.1.2a GG. Esto tendría como consecuencia que el Gobierno Federal quedaría sometido a un necesario deber de fundamentación, facilitándose de ese modo la justiciabilidad de la decisión federal⁷⁴⁵.

Una opinión bien distinta expresa este mismo autor en relación con la legislación marco y con la legislación básica federal. Según él, sería deseable renunciar a ambos tipos legislativos, pues además de predicarse respecto de materias, sobre todo en el caso de la legislación marco, en relación con las cuales ya existen otras garantías constitucionales de homogeneidad (como es el caso del derecho de los funcionarios y de la enseñanza superior), acarrear siempre problemas de delimitación competencial difíciles de resolver en la práctica⁷⁴⁶.

En una línea similar se expresa Dieter Grimm, para quien la existencia y el mantenimiento de la facultad legislativa concurrente está plenamente justificado, pues no se puede desconocer que hay materias legislativas respecto de las cuales, a diferencia de lo que sucede con las competencias exclusivas de la Federación y de los *Länder*, es imposible saber de antemano si y en qué medida soportan una regulación diferenciada o demandan una normativa unitaria. Tales zonas de

⁷⁴⁵ Precisamente ese deber de fundamentación que ha de cumplir el legislador federal cuando decida aprobar una ley en el ámbito de sus competencias concurrentes es lo que reclama abiertamente Rupert SCHOLZ, Kprot. 3, pp. 74 ss.; solo de esa forma se conseguiría poner fin a la práctica legislativa seguida hasta el momento y legitimada por el Tribunal Constitucional Federal en virtud de la cual la Federación regula ámbitos materiales correspondientes a la legislación concurrente sin tomar en consideración durante sus deliberaciones si, en realidad, se cumplen las condiciones habilitantes a que se refiere el art. 72.2 GG; se trataría, por tanto, de cambiar los hábitos seguidos hasta el momento en el procedimiento legislativo por parte de la Federación y, en esa medida, facilitar el control constitucional de sus normas a la luz del mencionado art. 72.2 GG, obviando, de ese modo, el fácil recurso a la discrecionalidad del legislador federal con que el Tribunal Constitucional Federal ha venido amparando, hasta ahora casi sin excepción, la actuación *ultra vires* de aquél.

No obstante, se ha de recordar aquí que esta alternativa también plantea serios problemas, tal y como se puso de manifiesto más arriba al analizar la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Federal relativa a las cátedras junior. En concreto, como se decía allí, un agravamiento excesivo de las condiciones del art. 72.2 GG y de su control jurisdiccional puede llevar a una "petrificación" del ordenamiento jurídico.

⁷⁴⁶ Peter M. HUBER, Kprot. 3, p. 55.

incertidumbre, además, continuarían existiendo de manera similar tras un nuevo reparto de facultades legislativas, por lo que es aconsejable mantener esa categoría de las competencias concurrentes, en tanto que la misma permite reacciones flexibles frente a la aparición de nuevas demandas, que, en el caso de no existir aquélla, harían siempre necesarias las modificaciones constitucionales.

Según Grimm, una cláusula de imprescindibilidad como la del art. 72.2 GG, expresión del principio de subsidiariedad, tolera tanta variedad como sea posible y reclama tanta unidad como sea preciso. Además, su justiciabilidad tras la reforma constitucional de 1994 y, sobre todo, a la luz de la línea jurisprudencial que en los últimos años parece estar consolidando el Tribunal Constitucional Federal, está fuera de toda duda. Por otro lado, la supresión de esta cláusula de imprescindibilidad y su sustitución por los derechos de intervención de los *Länder* que enseguida veremos vendría acompañada de un problema de difícil solución, el de la contradicción entre el derecho federal y el de *Land*, que haría precisa la introducción de una regla de colisión especial para este caso, pues de lo contrario, se habría de aplicar la regla general del art. 31 GG, en virtud de la cual la regulación de *Land*, resultado de ese derecho de intervención, contradictoria con la federal, quedaría derogada. Una tal regla especial de colisión habría de prever que el derecho federal no es válido o aplicable en aquel *Land* en el que se haya aprobado una regulación contradictoria con la federal, lo que, de no establecerse otra cosa, podría llevar a la Federación a dictar una nueva regulación en ese mismo campo que de acuerdo con el principio general del art. 31 GG disfrutaría de nuevo de prevalencia hasta que el *Land* hiciera otra vez uso de su derecho de intervención, y así indefinidamente. Problema éste que solo se podría solucionar si fuera incluida una cláusula de preclusión, en virtud de la cual se invirtiera la actual previsión del art. 72.2 GG: ya no serían los *Länder* los que no podrían actuar legislativamente una vez que la Federación hubiera aprobado su ley correspondiente, sino viceversa, una vez que los *Länder* hayan aprobado su regulación legal la Federación ya no podría legislar a ese respecto. Y esto constituye -en opinión de GRIMM- un auténtico sinsentido, pues la razón de ser de la legislación concurrente es precisamente la presencia de

una necesidad de regulación uniforme, necesidad que no siempre es previsible desde un principio, sino que incluso puede aparecer una vez que el derecho de *Land* ya existe. Todo esto significa, en realidad, que también en el caso de los derechos de intervención sería precisa la existencia de una regla que limitara su ejercicio a la luz del interés general, lo que desde el punto de vista del contenido no se diferencia prácticamente en nada de la vigente situación prevista en el art. 72.2 GG: ahora es la Federación la que se encuentra limitada para establecer su regulación en el ámbito de la legislación concurrente y de acuerdo con la propuesta que aquí se discute serían los *Länder* los que se encontrarían con esa limitación a la hora de ejercitar sus derechos de intervención.

Ante este panorama, para Grimm es preferible mantener el vigente tipo de regulación concurrente y dar una formulación a la cláusula de imprescindibilidad del art. 72.2 GG que permita a los legisladores de la Federación y de los *Länder* disponer de una línea clara de actuación y al Tribunal Constitucional Federal de una medida de control aplicable. Por último, sería también deseable para este autor que la actual previsión del art. 72.3 GG se reformulara en un sentido más favorable a los *Länder*, de modo que, por ejemplo, la iniciativa para determinar si la imprescindibilidad de la regulación federal ha dejado de existir sea transferida de la Federación a ellos o que lo que se plantea como posibilidad sea sustituido por una cláusula de obligatoriedad⁷⁴⁷.

Por otra parte, y conectando de nuevo con la cuestión que sirve de título a este epígrafe, también se ha de tener en cuenta que desde una perspectiva político-territorial el incremento de la autonomía y de la capacidad de actuación de los

⁷⁴⁷ Dieter GRIMM, Kdruck. 18, pp. 2 ss. En un sentido similar, Stefan HOMBURG, Kdruck. 71 -neu b-, p. 2, propone la siguiente redacción para el art. 72.3 GG: "Si en adelante una materia no correspondiere ya más al campo de la legislación concurrente, la ley federal hasta ese momento existente continuaría siendo válida como derecho de *Land*". Por su parte, Hans-Peter SCHNEIDER, Kdruck. 71 -neu h-, p. 4, propone una redacción del art. 72.3 GG del siguiente tenor: "Si no concurrieran o dejaren de concurrir las condiciones del apartado 2, los *Länder* pueden ejercer en este ámbito su derecho a legislar, desviándose así (con el consentimiento del Consejo Federal) de la regulación legal federal".

Länder que se pretende alcanzar por esa vía de la devolución de campos materiales, y que parece contar con el beneplácito del propio Tribunal Constitucional Federal⁷⁴⁸, no es visto con igual simpatía en todos los lugares. De hecho, esa mayor autonomía solo resulta claramente ventajosa para los *Länder* grandes y con una fuerte capacidad prestacional, mientras que para los más pequeños y económica y financieramente más débiles supone un alto riesgo que no siempre están dispuestos a correr, en tanto que al final de ese proceso la distancia o desigualdad entre aquéllos y éstos puede haber aumentado. Este es, pues, un obstáculo que habrá que salvar si se quiere tener éxito en la reforma de los fundamentos federativos del Estado alemán⁷⁴⁹.

Sea como fuere, de lo que se trata, en definitiva, como defiende Erwin Teufel, es de que el ya referido principio de subsidiariedad sea de nuevo reconocible en la realidad constitucional alemana, dado que en el orden federal de la Ley Fundamental existe una presunción expresa favorable a la competencia de los *Länder* en el campo de la legislación (art. 70.1 GG)⁷⁵⁰. A la luz de la misma, cabría añadir, deberían ser interpretadas el resto de las disposiciones constitucionales que establecen el reparto y la delimitación competencial entre la Federación y los *Länder*.

Pero este principio de subsidiariedad no puede ser solamente entendido como principio de eficiencia en la realización de las tareas públicas. En un Estado democrático resulta imprescindible también tener en cuenta qué nivel estatal (o infraestatal) se encuentra mejor legitimado para tomar la decisión correspondiente. Eficacia en la ejecución de las decisiones y legitimación en su adopción son, pues, dos criterios decisivos que se han de ponderar cuidadosamente en orden a la

⁷⁴⁸ En efecto, el Primer Senado del Tribunal de Karlsruhe en su sentencia sobre el horario de cierre de los negocios (1 BvR 636/02 de 9 de junio de 2004) expresa su parecer favorable al fortalecimiento de la capacidad de actuación autónoma de los *Länder* y a la limitación de las competencias de la Federación.

⁷⁴⁹ Fritz W. SCHARPF, Kprot. 3, p. 65.

⁷⁵⁰ Erwin TEUFEL, Kprot. 1, pp. 8 ss.

determinación de si la competencia en cuestión ha de ser atribuida a la Federación, a los *Länder* o, en su caso, a los municipios (que, no se olvide, aunque no puedan ejercer poder político en el sentido de facultades legislativas, no por ello dejan de ostentar una legitimación directa a la que pueden o, mejor, deben ir anudadas determinadas responsabilidades en campos de decisión propios).

De hecho, esta importancia de los municipios en el Estado federal alemán se puso claramente de manifiesto en las deliberaciones que tuvieron lugar en la Sección de Derecho Público del Congreso Anual de los Juristas Alemanes celebrado en Bonn los días 21 a 24 de septiembre de 2004, en donde de manera unánime se partió del dato insoslayable de que el art. 28.2 GG también hace referencia al principio de reparto descentralizado de tareas en relación con los municipios y las asociaciones de los mismos (*Kreise*), pues aunque no tengan, como la Federación y los *Länder*, carácter estatal, dado que jurídico-constitucionalmente son partes integrantes de estos últimos, no por ello dejan de ostentar una autonomía administrativa también reconocida en la Ley Fundamental; autonomía que debería quedar asegurada jurídico-procedimentalmente mediante una reforma de ese art. 28.2 GG, al tiempo que habría también de reflejarse en la introducción en este mismo precepto de un derecho de audiencia de la Federación de municipios respecto de aquellos proyectos de ley que fueran relevantes para ellos⁷⁵¹.

D.4.- Los “derechos de intervención de los *Länder*” (“*Zugriffsrechte der Länder*”)

En esta línea de aumentar el margen de actuación autónoma de los *Länder* por medio del incremento de su dotación competencial y ante el reconocimiento de la extrema dificultad de llevar a efecto la deseable separación estricta de competencias entre aquéllos y la Federación a que se hacía referencia más arriba, y que, como

⁷⁵¹ Hans-Jürgen HENNEKE, Kdruck. 76, p. 5. Vid. también MEYER, H.: “Künftige Funktionen und Aufgaben der Kreise im sozialen Bundesstaat - *Professorenengespräch 2004 des Deutschen Landkreistages 2004*”, ZG, 2, 2004.

destaca Fritz W. Scharpf, encuentra su razón de ser principal en el hecho de intentar ofrecer una solución uniforme a supuestos que en absoluto lo son, dada la enorme diferencia que existe entre los *Länder* occidentales y los orientales y dentro de cada uno de ellos, aunque sobre todo en relación con los primeros, entre los más grandes y mejores dotados económica y financieramente y los más pequeños y con menor capacidad prestacional⁷⁵², se ha de reflexionar también sobre la posibilidad de que en determinados ámbitos materiales de la legislación concurrente y marco, previamente determinados en la ley federal, los *Länder* puedan establecer su propio derecho, cuando así lo consideren conveniente u oportuno, aun desviándose del derecho federal, como se está comenzando ya a hacer a través de cláusulas experimentales que posibilitan a éstos apartarse, por ejemplo, de la normativa de la Federación en lo relativo a la regulación del arbitraje prejudicial. Son éstos los llamados “derechos de intervención de los Länder” (“*Zugriffsrechte der Länder*”) mencionados con anterioridad y que, en buena medida, han conciliado el apoyo de los Ministros-Presidentes de los *Länder*, tal y como dejaron constancia de ello en un documento titulado “Reforma del Federalismo”, que presentaron conjuntamente ante la *Comisión sobre el Federalismo*⁷⁵³.

Aunque más adelante veremos en qué acabó desembocando este controvertido tipo legislativo en la reforma constitucional de 2006, interesa destacar ahora el contenido de los debates que en torno al mismo se desarrollaron en el seno de la *Comisión sobre el Federalismo* y, más en concreto, qué tipo de materias podrían pasar a formar parte de su contenido regulativo.

⁷⁵² Fritz W. SCHARPF, Kdruck. 80, p. 1.

⁷⁵³ Kdruck. 45, p. 3. Sobre estos derechos de intervención y su relación con la legislación concurrente, vid. DIETSCHÉ, H.-J. / HINTERSEH, S.: “Ein sogenanntes Zugriffsrecht für die Länder – “konkurrierende” Gesetzgebung beim Wort genommen? Zur Entwicklung einer verfassungsrechtlichen Diskussion”, en: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.): *Jahrbuch des Föderalismus 2005* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, pp. 187 ss.

Así, a título de mero ejemplo, en el campo de este nuevo tipo legislativo podrían caer determinadas materias individuales relacionadas con los cambios de situación en el terreno de la infancia, la juventud o la familia dentro del extenso ámbito de la asistencia social (art. 74.1.7 GG), la parte del derecho societario de aquellas empresas en las que participen los *Länder* (art. 74.1.11 GG) a fin de asegurar el interés general y el control parlamentario, el derecho sobre las concesiones o adjudicaciones públicas que realicen o financien los *Länder* (art. 74.1.11 o 16 GG), el fomento de la producción agrícola y forestal (art. 74.1.17 GG) o la remuneración y la previsión social del funcionariado, en la medida en que no se vea afectado el salario base (art. 74a GG). También se ha propuesto que la legislación de intervención de los *Länder* recaiga sobre las relaciones jurídicas de los funcionarios de los *Länder* y de los municipios (art. 75.1.1 GG), con excepción de las regulaciones relativas a su estatus jurídico (inicio y fin de su situación funcional, derechos y deberes), y siempre y cuando quede garantizada la equiparación de sus carreras profesionales y de sus funciones, entre otras cosas, para posibilitar la movilidad de los mismos dentro de todo el territorio nacional. Por último, esos derechos de intervención podrían predicarse asimismo respecto de los principios generales de la enseñanza superior (art. 75.1.1a GG), así como del reparto de la tierra, la ordenación del territorio y el régimen hidráulico (art. 75.1.4 GG)⁷⁵⁴.

Según el entonces Ministro-Presidente de Baviera, Edmund Stoiber (CSU), esta nueva figura de los derechos de intervención de los *Länder* acarrearía ventajas para todas las partes: mientras que los *Länder* que así lo quisieran podrían ampliar sus márgenes de actuación, sin quedar obligados por la legislación federal, la Federación, por su parte, podría adoptar regulaciones completas allí donde hasta ahora solo disponía de una facultad legislativa marco⁷⁵⁵.

⁷⁵⁴ Heinz-Werner ARENS / Alois GLÜCK / Christoph GRIMM / Christine LIEBERKNECHT / Adolf SPOTKA, Kdruck. 38, pp. 4 ss.

⁷⁵⁵ Edmund STOIBER, Kprot. 2, pp. 48 ss. A favor de la introducción de este nuevo tipo legislativo, si bien solo en el ámbito de las materias objeto de la vigente legislación concurrente, se manifestaron también los Presidentes de las Dietas de los *Länder* de Schleswig-Holstein, Baviera, Rheinland-Pfalz, Thüringen y Sachsen-Anhalt en un documento conjunto titulado "Neuordnung der

Esta postura también encontró simpatizantes en las filas del partido mayoritario que entonces conformaba el Gobierno Federal, el Partido Social Demócrata (SPD)⁷⁵⁶. Así, el entonces Ministro-Presidente de Nordrhein-Westfalen, Peer Steinbrück (SPD), no solo defendió que en un futuro las regulaciones federales existentes pudieran ser complementadas o modificadas por el derecho de *Land*, sino que incluso llegó a sugerir la posibilidad de que la legislación marco de la Federación pudiera ser sustituida, por un lado, a través de la atribución de las materias allí reguladas o bien a la Federación o bien a los *Länder* y, por otro, por medio de agregaciones de algunas de esas materias a esta nueva categoría legislativa de los “derechos de intervención de los *Länder*”⁷⁵⁷. Precisamente la creación de esta figura legislativa permitiría que la aprobación de las correspondientes leyes federales en el Consejo Federal ya no tuviera que quedar sujeta al procedimiento agravado, con lo que de ese modo se contribuiría a desmantelar en parte las prácticas de bloqueo que tienen lugar en su seno.

Entre la doctrina, Peter M. Huber, al tiempo que asegura que este nuevo tipo legislativo puede llegar a romper el sistema competencial de la Ley Fundamental, reconoce, no obstante, que el riesgo que el mismo supone merece ser corrido, pues dota al orden competencial de una gran flexibilidad y posibilita la instauración de la competencia en las relaciones federales. Y, en todo caso, para conjurar los peligros que se le asocian bastaría con circunscribir su ámbito de acción de manera exhaustiva, dejando en manos del legislador federal la decisión última sobre su aplicación en cada caso concreto⁷⁵⁸.

Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern” (Heinz-Werner ARENS / Alois GLÜCK / Christoph GRIMM / Christine LIEBERKNECHT / Adolf SPOTKA, Kdruck. 38, pp. 2 ss.).

⁷⁵⁶ No así en las de Alianza 90/Los Verdes; al menos los máximos dirigentes del partido a nivel federal, Reinhard BÜTIKOFER y Krista SAGER, mostraron su disconformidad con esta nueva figura que, en su opinión, podía conducir a una disgregación normativa nada deseable.

⁷⁵⁷ Peer STEINBRÜCK, Kprot. 2, pp. 43 ss.

⁷⁵⁸ Peter M. HUBER, Kprot. 3, p. 55.

Por su lado, Fritz W. Scharpf, sin desconocer tampoco el peligro de que la introducción de estos derechos de intervención de los *Länder* conlleve una pérdida de la estructura institucional unitaria del Federalismo alemán, sostiene, sin embargo, que los mismos constituyen la solución objetivamente más adecuada para dar respuesta a la situación dispar en que se encuentran hoy en día los *Länder* entre sí, derivada fundamentalmente de su diferente capacidad económico-financiera y, en consecuencia, prestacional. Al final de este proceso nos encontraríamos con una suerte de Federalismo asimétrico, siendo de aplicación en amplias partes del territorio federal el derecho uniforme de la Federación, mientras que en algunos *Bundesländer* se establecería una regulación diferenciada, reflejándose de esta forma la situación real del Federalismo alemán de mejor manera que mediante la actual supremacía indiscutida del derecho federal unitario o que mediante la eventual traslación general de las vigentes competencias federales a las Dietas de los *Länder*.

Las materias que habrían de quedar sometidas a estos derechos de intervención de los *Länder* habrían de ser aquéllas que, tras un proceso de depuración de los actuales ámbitos materiales previstos en la Ley Fundamental, no correspondiesen a la facultad legislativa exclusiva de la Federación o de los *Länder*, es decir, la totalidad de las materias que quedasen en el catálogo de la legislación concurrente, pues ello tendría la ventaja de permitir la supresión de la vigente cláusula de imprescindibilidad del art. 72.2 GG. En último término, reconoce Scharpf, esta solución presupone una cierta “confianza básica” en la actuación razonable de las Dietas de los *Länder*, que no harán uso de estos derechos de intervención para poner en peligro la unidad jurídica o económica o la equivalencia de las condiciones de vida en el territorio federal, sino que, antes al contrario, dictarán regulaciones diferentes a las federales tan solo atendiendo a criterios de eficacia administrativa y de compatibilidad con el derecho de la Federación que siga siendo válido y aplicable en otras partes del territorio federal⁷⁵⁹.

⁷⁵⁹ Fritz W. SCHARPF, Kdruck. 80, pp. 1 ss.

En una línea cercana a las anteriores, Arthur Benz considera también que por medio de estos derechos de intervención de los *Länder* la imbricación en la toma de decisiones y, por consiguiente, la necesidad de que la mayoría del Gobierno y la oposición alcancen compromisos, quedaría sustituida por una concurrencia entre la Federación y los *Länder* y de éstos entre sí, que, en último término, podría fomentar las innovaciones políticas. En definitiva, las interdependencias entre los poderes públicos centrales y periféricos se superaría, dado el caso, a través de adecuaciones recíprocas, esto es, se desarrollaría una especie de coordinación federal que no estaría directamente conectada con la concurrencia partidista entre Gobierno y oposición. Y el peligro de que la oposición en la Dieta Federal a través de esos derechos de intervención pudiera conducir de nuevo a la necesidad de negociaciones para la aprobación de la legislación federal quedaría conjurado si los límites de aquéllos fueran determinados materialmente y quedaran asegurados a través de un derecho revocatorio de la propia Dieta, siendo de ese modo más probable que la posibilidad de intervención de los *Länder* y la concurrencia legislativa desemboquen en una revitalización de la política de *Land* y, en consecuencia, en un fortalecimiento del federalismo⁷⁶⁰.

No obstante, no todo son parabienes en lo relativo a la aceptación de esta nueva categoría de los “derechos de intervención de los *Länder*”. Así, Norbert Röttgen, diputado federal del Grupo parlamentario CDU/CSU, aun sin oponerse abiertamente a la introducción de esta figura, expresó algunas objeciones que merecen ser al menos tenidas en consideración. Para Röttgen la propuesta de los derechos de intervención, de aceptarse, no sería sino un compromiso entre los *Länder* más fuertes, capaces de desarrollar e implementar una política legislativa autónoma, al margen de la de la Federación, y aquellos otros más débiles que no tendrían más

⁷⁶⁰ Arthur BENZ, Kprot. 1, p. 9. Este mismo autor, considera también aplicable esta figura de los derechos de intervención en el ámbito de la transposición del derecho comunitario, si bien no como un derecho atribuido a los *Länder*, sino a la Federación, cuando en el caso de la transposición del derecho de la Unión Europea por parte de los *Länder* el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas determine que se ha producido una vulneración del derecho comunitario (Arthur BENZ, Kdruck. 43, pp. 14 ss.).

remedio que adoptar como propia la regulación federal. En último término, algo así conduciría, en el peor de los escenarios, a una atomización jurídica (*Rechtszersplitterung*), que bien es cierto que podría verse mitigada en buena medida por el impulso homogeneizador que cada vez con más intensidad se deriva de la normativa comunitaria, y, en el mejor de ellos, a una especie de federalismo bipolar, en donde la relación de fuerzas legislativas entre la Federación y los *Länder* variaría mucho en función de la capacidad (económica, financiera, demográfica, impositiva, etc.) de estos últimos. En definitiva, ello podría significar una modificación cualitativa de las relaciones federativas ahora vigentes. O, dicho de otro modo, el orden federal objetivo podría acabar convirtiéndose en algo parecido a un sistema de derechos subjetivos, en donde aquellos *Länder* que se encuentren en condiciones y tengan la voluntad de establecer una regulación autónoma, diferente a la de la Federación, podrían hacerlo, mientras que aquellos otros que en razón de circunstancias muy variadas o por propia voluntad no tengan otra alternativa o así lo prefieran continuarían aplicando en su territorio la legislación federal.

Está por ver que una transformación de este calibre en la concepción del principio de subsidiariedad sea deseable. Además, desde la perspectiva del principio de conexidad en la responsabilidad de las decisiones y la financiación de las mismas también plantea serios problemas la introducción de los derechos de intervención de los *Länder*, pues la aprobación de una regulación propia por parte de éstos debería, en todo caso, ir acompañada de los correspondientes recursos financieros para su correcta realización⁷⁶¹.

Por otro lado, existe también una objeción de carácter pragmático que no se puede desconocer. Se está discutiendo seriamente la posibilidad de suprimir la legislación marco del orden federal porque resulta muy difícil establecer el límite a partir del cual la actuación legislativa de la Federación debería dejar paso a la de los *Länder*⁷⁶².

⁷⁶¹ Norbert RÖTTGEN, Kprot. 2, pp. 33 ss.

⁷⁶² Algo que, como veremos con detalle en el capítulo siguiente, se llevó radicalmente a cabo en la reforma constitucional de 2006.

Cabe preguntarse a este respecto si con la introducción de este proyectado tipo legislativo de los derechos de intervención de los *Länder* no vendría a suceder algo parecido. Los interrogantes se multiplican: ¿hasta dónde puede llegar la intervención de los *Länder*?; ¿qué sucede cuando éstos solo hacen uso, por ejemplo, del cincuenta por ciento de su capacidad de intervención?; ¿ha de considerarse el ámbito no regulado una laguna voluntaria?; en caso contrario, ¿puede ser rellenada supletoriamente por el derecho federal? En fin, parece que algunas de las objeciones de que está siendo objeto la denostada legislación marco se reproducen aquí con similar o superior virulencia.

Tampoco queda claro, por otra parte, si los *Länder* pueden establecer su propia regulación con independencia de que la Federación haya establecido o no ya la suya, o si, por el contrario, aquéllos pueden actuar legislativamente tan solo cuando la Federación haya aprobado con anterioridad su propia normativa. De aceptarse esta segunda alternativa, la Federación, mediante la omisión de su regulación, podría impedir de manera efectiva a los *Länder* establecer una normativa propia en este ámbito. ¿Y qué sucedería si, por ejemplo, la Federación dicta una ley, unos cuantos *Länder* hacen uso de su derecho de intervención y con posterioridad aquélla modifica su normativa? ¿Quedarían obsoletas las leyes de los *Länder* dictadas en ejercicio del derecho de intervención? A fin de evitar este posible efecto, ¿habrían de actuar de nuevo legislativamente los *Länder*?

En definitiva, como destacan, entre otros, Rupert Scholz y Ferdinand Kirchhof, la eventual introducción de estos derechos de intervención, que constituirían un tipo competencial completamente nuevo en el orden constitucional alemán, puede conducir a una gran parálisis, ineficiencia y confusión competencial, y a una grave inseguridad jurídica, además de suponer una inversión a favor de los *Länder* de la facultad legislativa concurrente, así como una derogación parcial del principio de

prevalencia del derecho federal sobre el derecho de los *Länder* (art. 31 GG)⁷⁶³, crítica esta última que, sin embargo, y como ya se ha apuntado en alguna otra ocasión, no se puede aceptar sin más, pues está por ver que en un sistema federal como el alemán, en el que rige el principio de competencia en las relaciones entre la Federación y los *Länder*, le reste al principio de prevalencia algún margen de maniobra en la solución de los conflictos entre el derecho de aquella y el de estos últimos.

Finalmente, otra observación crítica que tampoco se puede ignorar es la formulada por Hans Meyer, quien destaca como un derecho de intervención de cada uno de los *Länder* sobre una materia legislativamente regulada por la Federación antes de nada significa un reconocimiento por parte de ésta de que no existe una necesidad -o imprescindible- de una regulación federal unitaria, lo que desde una perspectiva meramente formal supone una contradicción difícil de superar, pues si falta esa condición, ¿por qué actuó legislativamente la Federación?⁷⁶⁴.

⁷⁶³ Véase Rupert SCHOLZ, Kdruck. 5, pp. 5 ss., Kprot. 3, p. 60, y Kdruck. 71 -neu g-, pp. 1 ss., así como Ferdinand KIRCHHOF, Kdruck. 11, pp. 6 ss.; Kprot. 3, p. 69.; y Kprot. 9, p. 211. Vid. también la "Propuesta de los Presidentes de los Grupos parlamentarios del FDP en las Dietas de los *Länder* sobre la reforma del Federalismo", formulada por Jörg-Uwe HAHN, Kdruck. 58, p. 5, en la que se expresa también una opinión contraria a la introducción de esta legislación de intervención o prevalente de los *Länder*, entre otras razones, por suponer la otra cara de la moneda de la legislación concurrente, porque podría dar lugar a un federalismo de dos calidades, en tanto que habría *Länder* que hicieran uso de la misma mientras que otros se conformarían con la regulación federal ya existente y porque, en definitiva, motivaría una coexistencia paralela de derecho federal y de los *Länder* muy complicada, que en nada ayudaría a la consecución de una desconcentración de las competencias y a una determinación clara de las responsabilidades. En la misma línea iban las objeciones del Gobierno Federal a esa propuesta de los derechos de intervención, en tanto que los mismos chocarían con el principio de claridad y sencillez del derecho -*Grundsatz der Klarheit und der Einfachheit des Rechts*- (Brigitte ZYPRIES, Kprot. 9, p. 212). Con todo, una de las propuestas de los *Länder* de Bayern, Bremen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen y Sachsen-Anhalt, de la que se hace eco en sus conclusiones provisionales el grupo de proyectos y de trabajo número 1, apunta directamente en este sentido: añadir un art. 72a a la Ley Fundamental en el que se prevea expresamente que en el campo de la legislación de intervención la Federación y los *Länder* tienen la facultad de legislar, si bien las leyes de estos últimos prevalecerán en este ámbito sobre las de la Federación (Hermann BACHMAIER, Kprot. 9, p. 204).

⁷⁶⁴ De contradicción e incluso de incompatibilidad habla también Dieter GRIMM, Kdruck. 18, pp. 1 ss.: "El mantenimiento de la cláusula de imprescindible, por un lado, y la ampliación de las posibilidades de intervención de los *Länder* (...), por el otro, se excluyen entre sí. Si la Federación solo puede hacer uso de su derecho de intervención en el supuesto de que sea imprescindible una regulación federal uniforme, constituiría una contradicción permitir la presencia de derecho de *Land* discordante en relación con el mismo problema regulativo. O bien es *imprescindible* una regulación

Asimismo, señala Meyer con intención crítica cómo los partidos en la oposición a nivel federal que, sin embargo, sean el soporte del Gobierno en determinados *Länder*, podrían tener la tentación de utilizar también esos derechos de intervención como amenaza frente al legislador federal, de modo que se encontrarían en condiciones de forzar a éste a una constante gran coalición, manifestándose, de esa forma, un efecto similar al denunciado de la desproporción del derecho de asentimiento del Consejo Federal⁷⁶⁵.

Para hacer frente a todas estas objeciones, hay quien ha propuesto, en lugar de esos derechos de intervención de los *Länder*, la introducción de una “competencia experimental” de los mismos en el ámbito de la legislación concurrente que viniese acompañada de efectos positivos sobre la capacidad de innovación del sistema político⁷⁶⁶. En virtud de esa nueva competencia experimental se le atribuiría a los *Länder* la posibilidad de aprobar regulaciones “mejores” que las hasta ahora existentes de la Federación. Una oportunidad de este tipo podría estimular nítidamente la competencia descentralizada entre los *Länder* a fin de buscar las mejores soluciones a cada caso concreto al tiempo que activar la capacidad de aprendizaje del sistema político. No obstante, tales leyes experimentales habrían de estar también sujetas a ciertas condiciones. Así, al legislador federal (o únicamente

federal uniforme, sin que quepa entonces margen alguno para regulaciones diferenciadas de *Land*, o bien *no* es imprescindible la regulación federal y entonces ostentan los *Länder*, en todo caso, la facultad de regulación.”

⁷⁶⁵ Hans MEYER, Kdruck. 12, p. 23 y Kdruck. 13, pp. 19 ss. Vid. también Fritz W. SCHARPF, Kdruck. 14, p. 5.

⁷⁶⁶ Arthur BENZ, Kdruck. 10, pp. 5 ss. y Kprot. 3, p. 52. En un sentido semejante, Joachim WIELAND, Kdruck. 9, p. 4 y Kprot. 3, p. 71, se refiere a los “proyectos piloto” (“*Pilotprojekte*”), en virtud de los cuales se otorgaría a los *Länder* el derecho de establecer una normativa propia y diferente a la federal durante un periodo de cinco años; la Dieta Federal, no obstante, cuando considerase inviable esa regulación de *Land* podría ponerla fin con una mayoría de dos tercios; en otro caso, concluido el plazo de cinco años podría decidir si ese proyecto ha de continuar en vigor o si, por el contrario, debe concluir. En opinión de WIELAND, por este medio se alcanzaría a largo plazo el objetivo de la variedad federal, no tanto en cuanto a los resultados, dado que el fin a perseguir no puede ser el disponer de 16 regulaciones diferentes al estilo de lo que sucedía en el s. XIX, pero sí en cuanto a los medios a seguir para llegar a un resultado igual o similar, constituyendo precisamente ésta una de las ventajas principales del Estado federal, la de poner a prueba diferentes modelos a fin de contrastar su viabilidad y virtualidad.

al Consejo Federal) le debería estar atribuida la posibilidad de contradecir un proyecto legislativo de los *Länder* cuando con ello se pretenda evitar una atomización del derecho a causa de un exceso de experimentación. Además, después de un período de transición las leyes experimentales de los *Länder* deberían ser supervisadas y como consecuencia de ello habría de poder decidirse si el legislador federal adopta esa ley, modificando en correspondencia el derecho federal, si la misma debe seguir siendo válida como ley de *Land* en el ámbito territorial correspondiente (separándose en esa medida del derecho federal y quedando abierta la posibilidad de que ulteriormente otros *Länder* puedan adoptarla como derecho propio), o si, por último, ha de ser derogada por el legislador federal.

Por su parte, Rupert Scholz, antes que los derechos de intervención de los *Länder*, en virtud de los cuales queda a la decisión autónoma de éstos decidir si regulan o no de manera diferente una materia, sea en el terreno de la legislación concurrente o en el de la de carácter marco, respecto de la que ya existe una normativa homogénea federal, prefiere las llamadas “cláusulas abiertas” (“*Öffnungsklausel*”), mediante las cuales la Federación puede decidir si junto a su regulación de una determinada materia queda aún margen para una intervención de los *Länder* que se aparte o desvíe de ella, justificando, en todo caso, el porqué de la existencia o inexistencia del mismo. De ese modo, sostiene Scholz, quedaría garantizado un estándar básico de unidad jurídica⁷⁶⁷.

En realidad, esta propuesta de Scholz, salvando las distancias, se asemeja a los derechos legislativos de devolución (*Rückholgesetzgebungsrechte*) o a la retransferencia (*Rückübertragung*) de las facultades legislativas a los *Länder* previstas en los arts. 72.3 y 125a.2 GG, de los que hasta el momento, sin embargo, no se ha hecho uso efectivo⁷⁶⁸, en virtud de los cuales se faculta a la Federación a que por medio de ley autorice a los *Länder* a sustituir su normativa por derecho de *Land*,

⁷⁶⁷ Rupert SCHOLZ, Kprot. 3, pp. 77 ss.

⁷⁶⁸ Edzard SCHMIDT-JORTZIG, Kprot. 3, p. 67.

bien porque haya dejado de existir la imprescindibilidad (*Erforderlichkeit*) a que se refiere el apartado 2 del art. 72 GG, bien porque se trate de una ley federal dictada al amparo de lo dispuesto en la redacción del art. 72.2 GG previa a la reforma constitucional de 1994 y (así ha de entenderse aunque no se diga expresamente) no se adecue ahora a las nuevas condiciones habilitantes que prevé ese precepto reformado. Lo característico, por tanto, de las cláusulas abiertas es que dan lugar a una obligación por parte de la Federación de fundamentar la presencia o ausencia de margen de actuación de los *Länder*.

En definitiva, y para concluir ya con este epígrafe, este nuevo tipo legislativo de los derechos de intervención de los *Länder*, así como sus propuestas alternativas, presentan serias dificultades, lo que hubiera hecho aconsejable su no introducción en el orden competencial alemán, algo que, sin embargo, no sucedió, pues, como veremos más adelante, el nuevo Gobierno Federal de coalición apostó decididamente por esta nueva figura legislativa⁷⁶⁹, que, como se ha señalado ya, en nada contribuye al establecimiento de un reparto claro y estricto de competencias, sino que, por el contrario, lo que, en realidad, hace es coadyuvar al agravamiento de la confusión competencial existente⁷⁷⁰.

⁷⁶⁹ Fue en el Acuerdo programático de coalición, de siete de noviembre de 2005, en donde se previó la inclusión de un nuevo art. 72.3 GG, en virtud del cual en diversos campos materiales, entre los que se incluye lo relativo al acceso y la conclusión de la enseñanza universitaria, se dispone que los *Länder* por medio de ley puedan dictar regulaciones diferentes de la federal (vid. las Conclusiones del grupo de trabajo de la coalición para la reforma del federalismo integrantes del Anexo 2 del Acuerdo de gobierno de la Gran Coalición: <http://www.bundesregierung.de/Anlage920135/Koalitionsvertrag.pdf>).

⁷⁷⁰ Como, por cierto, la propia Ministra federal de Justicia, Brigitte ZYPRIES, tuvo ocasión de denunciar en una entrevista realizada por *Berliner Zeitung* y publicada el 25.09.2004, en donde expresamente sostenía, a propósito de esos derechos de intervención de los *Länder*, que los mismos no solo no suponen una reducción de la imbricación (política) y de la necesidad de asentimiento (del Consejo Federal), sino que, en realidad, significan un incremento de las mismas.

D.5.- Reducción de la influencia del *Bundesrat* o Consejo Federal en la legislación federal

A fin de compensar el incremento de las competencias de los *Länder* que se derivaría de las propuestas anteriores, parece preciso proceder a una reducción de la influencia del *Bundesrat* o Consejo Federal en la legislación federal; esto es, hay que pensar en cómo reconducir a sus justos términos las posibilidades de participación y de bloqueo de los Gobiernos de los *Länder* a través del Consejo Federal en la aprobación de la normativa aplicable a todo el territorio. A este respecto, el objetivo prioritario consiste en disminuir a la mitad, al menos, las leyes necesitadas de tal asentimiento del Consejo Federal⁷⁷¹. Ello conlleva la necesidad de “repensar” el alcance o interpretación que se ha de dar fundamentalmente a los apartados 1 y 2 del art. 84 GG (así como a los arts. 85.1 y 80.2 GG), llegándose incluso a solicitar abiertamente su supresión, por considerar que las posibilidades de intervención que abren a la Federación contradicen *per definitionem* la encomienda constitucional a los *Länder* de ejecución de las leyes federales “como asunto propio”⁷⁷².

De igual modo, para evitar que esa eliminación de los derechos de asentimiento del Consejo Federal permita a la Federación inmiscuirse libre de trabas en la soberanía organizativa y en el procedimiento administrativo de los *Länder*, se debería simultáneamente suprimir el derecho de intervención de ésta en esos ámbitos, dado que corresponden a la exclusiva competencia de los *Länder*. De esa forma, el efecto beneficioso sería doble, pues no solo se conseguirían evitar las posibilidades de bloqueo que tienen lugar por medio de las leyes necesitadas de asentimiento, sino

⁷⁷¹ Si hasta ese momento más de un sesenta por ciento de las leyes federales requieren para su válida aprobación el asentimiento del Consejo Federal, la intención no es otra que reducir esa cifra al treinta o treinta y cinco por ciento, aproximadamente.

⁷⁷² Edzard SCHMIDT-JORTZIG, Kdruck. 6, pp. 6 ss.; Ferdinand KIRCHHOF, Kdruck. 11, pp. 4 ss.

que además desaparecerían las eventuales injerencias de la Federación en la soberanía organizativa de los *Länder*⁷⁷³.

Como declaró el entonces Ministro-Presidente de Saarland, Peter Müller (CDU), se trata de un negocio recíproco: los *Länder* renuncian a algunos de sus derechos a tomar parte en la votación en el Consejo Federal y a cambio les son devueltas competencias que hasta ese momento correspondían a la Federación. Y es que, como reconoció el Ministro-Presidente de Baden-Württemberg, Erwin Teufel (CDU), los *Länder* ni son responsables ni están a favor de un federalismo participativo (*Beteiligungsföderalismus*), más bien a lo que aspiran es a un federalismo de carácter organizativo ("*Gestaltungsföderalismus*"), esto es, a disponer de amplios campos materiales sobre los que decidir libremente⁷⁷⁴, siendo ésta, en realidad, una posición comúnmente compartida por la generalidad de los Ministros-Presidentes de los *Länder*⁷⁷⁵.

De acuerdo con esta doctrina, la condición para que los *Länder* accedan a renunciar a parte de sus amplios derechos de participación en la legislación federal a través del Consejo Federal, es cuádruple:

- que la Federación, por su parte, renuncie con carácter general a la regulación de la organización de las autoridades de los municipios y, por consiguiente, también a la transferencia de tareas a los mismos;
- que otorgue a los *Länder* un derecho de intervención en las regulaciones procedimentales que la misma establezca;

⁷⁷³ Propuesta de los Presidentes de las Dietas de los *Länder* y de los representantes de las mismas ante la *Comisión sobre el Federalismo* formulada en la llamada Declaración de Munich, Kdruck. 83, p. 2. Vid., en esta misma línea, el Acuerdo ("*Reform des Föderalismus*") adoptado por la Dieta de *Land* de Schleswig-Holstein, Kdruck. 89, pp. 1 ss. Véase, asimismo, entre otros, Ferdinand KIRCHHOF, Kprot. 3, p. 59; así como el "Acuerdo de la Cámara de diputados de Berlín de 17 de junio de 2004", Kdruck. 59, pp. 2 ss.

⁷⁷⁴ Erwin TEUFEL, Kprot. 1, p. 8.

⁷⁷⁵ De ello dejan expresa constancia en un documento común que bajo el título "*Föderalismusreform*" presentan ante la *Comisión sobre el Federalismo* (Kdruck. 45, pp. 2 ss.)

- que las leyes con elevados costes de ejecución para los *Länder* estén necesitadas del asentimiento del Consejo Federal⁷⁷⁶; y
 - que los *Länder* mantengan posibilidades autónomas de configuración política que sean de carácter sustancial, sobre todo, en los ámbitos de su soberanía organizativa, en relación con las regulaciones de materias de alcance regional así como en todo lo referente a la soberanía cultural.

En el seno de la *Comisión sobre el Federalismo*, el grupo de proyectos número 1, encargado de formular propuestas de reforma, entre otros, del art. 84 GG, alcanzó un consenso básico sobre la necesidad de proceder a una modificación del apartado 1 de este precepto, con el objetivo de llevar a cabo una desconcentración de la Federación y de los *Länder*, así como un fortalecimiento de la capacidad de actuación de la correspondiente mayoría de gobierno en la Federación. A tal efecto, se propone mantener el principio de que los *Länder*, allí donde ejecuten las leyes federales como asunto propio, regulen por sí mismos la institución de las autoridades así como el procedimiento administrativo, si bien en este último supuesto la Federación ha de estar habilitada en todo caso para establecer una regulación diferenciada, siempre que les quede reservada a (las Dietas de) los *Länder* -y esto es lo más novedoso- la posibilidad de apartarse de ella (derecho de intervención de los *Länder*)⁷⁷⁷. Avance éste que fue muy criticado, en nombre de los *Länder*, por el Ministro de Justicia de Nordrhein-Westfalen, Wolfgang Gerhards (SPD), por no suponer ninguna ventaja significativa respecto de la situación jurídica entonces vigente, desde el punto de vista de la imbricación política⁷⁷⁸. Sin embargo,

⁷⁷⁶ Condición ésta que, en cierta medida, mitigaría los efectos de la pretendida reducción a la mitad de las leyes federales necesitadas del asentimiento del Consejo Federal, que de esta forma pasarían a ser el treinta y cinco o cuarenta por ciento de la totalidad. No obstante, la virtualidad de esta propuesta es que de aprobarse finalmente obligaría a la Federación a reflexionar previamente acerca del modo en que quiere configurar la financiación de las tareas que, en su caso, cree y cuya realización endose a los *Länder* o municipios.

⁷⁷⁷ Joachim STÜNKER, Kprot. 8, pp. 165 ss.

⁷⁷⁸ Wolfgang GERHARDS, Kprot. 8, p. 167. En la misma línea, Edzard SCHMIDT-JORTZIG, Kprot. 8, pp. 168 ss., quien directamente apuesta por renunciar a la posibilidad de que en el marco del art. 84.1

para los partidarios de la propuesta referida esta crítica debe ser rechazada, pues aquélla, al menos, permite que los Parlamentos de los *Länder* puedan hacer uso de un derecho de intervención que les permitirá distanciarse de la regulación federal, lo que, además de suponer un incremento de la autonomía política de los *Länder*, significa también un fortalecimiento del parlamentarismo nada despreciable⁷⁷⁹.

Esta polémica, en realidad, no es sino el reflejo de dos concepciones enfrentadas, una más favorable al mantenimiento de la unidad jurídica, que encuentra su principal fuente de argumentación en la dificultad de establecer diferencias entre las regulaciones meramente formales (organizativas o procedimentales) y las de carácter material, y otra que, por el contrario, apuesta por devolver a los *Länder* amplios márgenes de configuración política, para lo que constituye requisito indispensable que los mismos se encuentren en condiciones de regular por sí solos todo lo relativo a la institución de las autoridades y a la organización del procedimiento administrativo, cuando de la ejecución de las leyes federales como asunto propio se trate. En todo caso, se opte por una u otra, lo que sí parece difícilmente cuestionable es que se ha de evitar mantener una situación como la actual, en la que la necesidad de asentimiento del Consejo Federal dificulta muchas veces la consecución de acuerdos o decisiones de suficiente calado como para dar respuesta a los problemas planteados.

Más dudas aún planteaba la pretensión del Gobierno Federal de que en el futuro las leyes necesitadas del asentimiento del Consejo Federal debieran ser aprobadas en lugar de con mayoría absoluta de los votos (art. 52.3 GG) con mayoría relativa⁷⁸⁰. Los *Länder*, de manera destacada el Ministro-Presidente de Baviera, expresaron firmemente su rechazo a tal pretensión. Y es que, en efecto, como reconoce Arthur

GG la Federación pueda dictar disposiciones sobre la organización jurídica de los *Länder*, ya sea en relación con la institución de autoridades o con el procedimiento administrativo.

⁷⁷⁹ En esta línea apunta la respuesta del diputado federal del SPD Joachim STÜNKER, Kprot. 8, p. 177, a las críticas efectuadas a la propuesta del grupo de proyectos número 1 de la *Comisión sobre el Federalismo* que él mismo presentó.

⁷⁸⁰ De esta opinión, también Hans MEYER, Kdruck. 26, p. 4.

Benz, no se puede ignorar que la regla de la mayoría simple de los votos del Consejo Federal presenta algunos inconvenientes, entre los que no ocupa un lugar menor el hecho de que una norma así no excluye la posibilidad de que una minoría de Gobiernos de los *Länder* pueda aprobar o vetar una ley federal o que los Gobiernos de coalición puedan facilitar la adopción de decisiones haciendo un uso estratégico de la abstención, e impidiendo de ese modo una derivación clara de su responsabilidad. Además, una regla mayoritaria pura podría disminuir la relevancia que hasta ahora tienen (o pueden tener) los votos de aquellos *Länder* cuyos Gobiernos no son afines a los partidos políticos mayoritarios que sustentan al Gobierno Federal o a la oposición, con lo que la variedad del paisaje político que caracteriza a la República Federal, sobre todo, a partir de la reunificación y que se manifiesta periódicamente en las citas electorales (valga como ejemplo la de 18 de septiembre de 2005 que “forzó” un gobierno de gran coalición), quedaría sin reflejo institucional, convirtiéndose, de ese modo, el Consejo Federal en un órgano en el que tan solo se reproduciría (con mayor intensidad que ahora) el dualismo propio de la Dieta Federal entre mayoría de gobierno y oposición⁷⁸¹.

Frente a estas dificultades se pueden arbitrar dos tipos de soluciones. Una primera pasa por una reformulación de la pregunta en el Consejo Federal sobre la concesión del asentimiento, es decir, en lugar de preguntar a cada Gobierno de *Land* si otorga su conformidad a la aprobación de la ley de que en cada caso se trate, se le puede interpelar negativamente si está en contra de la misma; de esta forma, las abstenciones tendrían un efecto contrario al anterior, con lo que el veto del Consejo Federal sería más difícil de alcanzar. Una segunda alternativa pasaría por excluir la posibilidad de abstención en el Consejo Federal, de manera que cada representante presente en el mismo se vería obligado a tomar una decisión bien a favor, bien en contra de la ley que en cada momento se someta al asentimiento de aquél, garantizándose así la asunción de responsabilidad de cada uno de ellos.

⁷⁸¹ Arthur BENZ, Kdruck. 10, p. 8, y Kdruck. 86, p. 2.

No obstante, esta exclusión de la abstención también presenta algunos inconvenientes, no siendo el menor el que mediante la misma se estaría obligando a las coaliciones de gobierno en los *Länder* a llegar previamente a un acuerdo sobre la prestación o negación de tal asentimiento⁷⁸², lo que normalmente es más complicado que la fácil salida de la abstención. Sin embargo, haciendo de la necesidad virtud, esta objeción, desde otra perspectiva, puede ser también vista como una ventaja democrática, en tanto que por imperativo constitucional quedarían obligados los distintos partidos integrantes de la coalición de gobierno allá donde exista a actuar políticamente, esto es, a negociar y, en consecuencia, a asumir responsabilidades por el resultado de la decisión adoptada. Lo contrario, la abstención que uno de los integrantes de la coalición de gobierno en un *Land*, por muy minoritario que sea, puede imponer al *Land* en su conjunto, resulta, como denuncia Hans Meyer, más difícil de justificar desde la perspectiva del principio democrático⁷⁸³.

Finalmente, en la búsqueda de alternativas al deficiente funcionamiento del Consejo Federal, también se llegó a proponer la posibilidad de modificar la regla de votación en el seno de este órgano federal prevista en el art. 51.3 GG, de manera que el voto de cada *Land* no tenga por qué ser emitido necesariamente de manera unitaria. No obstante, como señala Ferdinand Kirchhof, esto solo tendría pleno sentido si el Consejo Federal fuera transformado en una Segunda Cámara al estilo del Senado estadounidense en la que se sentaran no los representantes de los Gobiernos de los *Länder*, sino otros elegidos directamente por el respectivo pueblo de cada *Land*⁷⁸⁴.

⁷⁸² Tal y como señalan Edmund STOIBER y Klaus Uwe BENNETER (diputado federal del SPD) en respuesta a la posición más favorable a la mayoría simple a la que parece adherirse Fritz W. SCHARPF durante el desarrollo de los debates de la Tercera sesión de la *Comisión sobre el Federalismo* (Kprot. 3, p. 80).

⁷⁸³ Hans MEYER, Kdruck. 26, p. 2. También Arthur BENZ, Kdruck. 86, p. 4, se muestra partidario de modificar el art. 52.3 GG, introduciendo un nuevo párrafo en virtud del cual se prohibieran las abstenciones en el Consejo Federal cuando se trate de otorgar o no el asentamiento a la aprobación de una ley federal.

⁷⁸⁴ Ferdinand KIRCHHOF, Kdruck. 11, p. 6. En el mismo sentido, Arthur BENZ, Kdruck. 86, p. 3, quien entiende que el modelo de Consejo Federal alemán está diseñado para representar a los territorios no a los electores. En contra también de la modificación de esta regla de la mayoría se manifiesta Peter M. HUBER, Kprot. 3, p. 56.

Con su actual composición, resultaría incongruente (y difícilmente comprensible para los ciudadanos) que un Gobierno de *Land* pudiera emitir un voto contradictorio y, lo que es peor, de aceptarse esta solución se acabaría convirtiendo al Consejo Federal en el órgano de una disputa o negociación política que, en este caso, solo debe dirimirse a nivel de *Land*.

D.6.- Minoración del protagonismo de la Comisión de mediación de la Dieta Federal y el Consejo Federal (*Vermittlungsausschuß*)

Esta Comisión, concebida inicialmente como una vía excepcional de la legislación en Alemania, con el paso del tiempo se ha ido convirtiendo en el eje principal de la función legislativa, acudiéndose con demasiada frecuencia a ella para buscar acuerdos que no es posible alcanzar en el seno de los órganos constitucionales por los que media; tanto es así que, como denunció en su momento el entonces Presidente de la Dieta Federal, Wolfgang Thierse, esta Comisión ha llegado a erigirse en una especie de pequeño “Parlamento alternativo”⁷⁸⁵, en donde, entre otras cosas, cabe apreciar una preocupante falta de transparencia en las discusiones y debates entre las distintas fuerzas políticas.

Es esto, precisamente, lo que de nuevo el Presidente del Tribunal Constitucional Federal, Hans-Jürgen Papier, denunció con rotundidad, que “casi todas las decisiones legislativas de significado para el conjunto de la sociedad se discuten y adoptan en una especie de coalición silenciosa e informal de todos los partidos”⁷⁸⁶, ya que la generalidad de los integrantes de la Dieta Federal forman parte de coaliciones en los distintos Gobiernos de los *Länder*, actuando de ese modo a través del Consejo Federal en la determinación del contenido de la legislación global; por ello no ha de sorprender que las reformas se lleven a efecto tomando como base de

⁷⁸⁵ Wolfgang THIERSE, Kprot. 1, p. 2.

⁷⁸⁶ Vid. la entrevista a Hans-Jürgen PAPIER publicada en *Der Tagesspiegel* de 14.09.2003.

acuerdo el “mínimo común denominador”, con el fatal resultado de los retrasos en la consecución de acuerdos y los problemas de dirección política que padece el Estado.

Hay que proceder, en consecuencia, a una “reparlamentarización”, no solo en el ámbito de los *Länder*, sino también a nivel federal; los órganos genuinamente legisladores, la Dieta Federal y las correspondientes Dietas de los *Länder*, han de recobrar, por tanto, el protagonismo que han perdido en los últimos años, tal y como demandan, entre otras, las exigencias derivadas del principio democrático reconocido en el art. 20.1 GG.

En efecto, no parece posible ni conveniente continuar con esta situación, derivada fundamentalmente del hecho ya conocido del amplio poder de participación que tiene el Consejo Federal en la determinación de la voluntad política a nivel federal. En realidad, la solución de este grave problema vendrá acompañada de la de ese otro que se ha dado en llamar “desparlamentarización” (“*Entparlamentarisierung*”), de ahí que la reforma más acuciante sea la reducción drástica del número de leyes federales necesitadas del asentimiento del Consejo Federal para su aprobación.

D.7.- Disminución del alcance o supresión de las tareas comunes y consiguiente redefinición de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* en base al principio de conexidad

De acuerdo con el principio de conexidad (“quien gasta, paga” o, dicho de otro modo, “la carga de los gastos debe seguir a la carga de las tareas”: art. 104a.1 GG), se ha de producir una disminución del alcance o, en su caso, llevar a cabo la supresión de las llamadas tareas comunes, así como realizar la correspondiente redefinición de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, con el objetivo último de reducir la “financiación mixta” y de acentuar los márgenes de

actuación autónoma de estos últimos, por medio de un aumento de su capacidad impositiva.

Hasta ahora el principio de conexidad, previsto en el art. 104a.1 GG, según lo entiende la doctrina mayoritaria, se desenvuelve en el marco de un modelo de federalismo ejecutivo, de modo que la Federación puede por medio de ley establecer determinadas tareas que han de cumplir los *Länder* (y/o municipios), siendo éstos también los que han de asumir en ocasiones las cargas financieras a ellas asociadas⁷⁸⁷. Esto es lo que se conoce como accesoria administrativa (*Verwaltungsakzessorietät*), en contraposición a la llamada causalidad legislativa (*Gesetzgebungskausalität*), según la cual las cargas financieras habrían de ser soportadas por el que fuera titular de las correspondientes facultades legislativas generadoras de las mismas⁷⁸⁸.

Frente a esta situación poco satisfactoria, el ideal no sería otro que aplicar los principios del federalismo fiscal (*fiscal federalism*) al modelo financiero alemán, de modo que las tareas, los gastos y los ingresos fueran indisolublemente unidos⁷⁸⁹.

⁷⁸⁷ Vid., con carácter básico, WAGNER, C. / RECHENBACH, D.: "Konnexitätsprinzip ins Grundgesetz!", ZRP, 9, 2003; en castellano, vid. MEDINA GUERRERO, M.: *La protección constitucional de la autonomía financiera de los entes locales frente a las alteraciones de su ámbito competencial*, Serie Claves del Gobierno Local, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona-Madrid, 2004, pp. 13 ss.

En relación con los municipios en el grupo de proyectos número 1 de la *Comisión sobre el Federalismo* se logró alcanzar un consenso básico en virtud del cual quedaría prohibido que por medio de ley federal pudieran ser creadas nuevas tareas que tuvieran que realizar aquéllos (Joachim STÜNKER, Kprot. 8, pp. 165 ss.). Propuesta ésta que coincide plenamente con las conclusiones alcanzadas en la Sección de Derecho Público del Congreso Anual de Juristas Alemanes, que en relación con este tema han aconsejado una reforma del art. 84.1 GG del siguiente tenor: "Por medio de ley federal no pueden ser transferidas tareas a los municipios y asociaciones de municipios" (vid. Hans-Jürgen HENNEKE, Kdruck. 76, p. 5).

⁷⁸⁸ Peter M. HUBER, Kdruck. 31, pp. 6 ss. En contra de esta opinión mayoritaria, Hans-Peter SCHNEIDER, Kdruck. 32, p. 3.

⁷⁸⁹ Ferdinand KIRCHHOF, Kdruck. 23, p. 1. Sobre la necesidad de acentuar la presencia del principio de conexidad en la asunción de los gastos derivados de la realización de las tareas públicas y la pertinencia de fijar la atención en los llamados gastos finalistas cuando de la ejecución de las leyes federales por parte de los *Länder* se trate, vid.^a edzard SCHMIDT-JORTZIG, Kdruck. 60, pp. 1 ss. Véanse asimismo las respuestas y objeciones a esta propuesta de SCHMIDT-JORTZIG por parte de Fritz W. SCHARPF, Kdruck. 65, pp. 1 ss. y Kdruck. 68, pp. 1 ss., Hans MEYER, Kdruck. 66, pp. 1 ss., y Hans-Peter SCHNEIDER, Kdruck. 67, pp. 1 ss. y Kdruck. 70, pp. 1 ss.

Con ello se conseguiría, además, introducir una mayor dosis de transparencia en el orden financiero, que en las últimas décadas se ha caracterizado por su creciente complejidad, lo que ha derivado asimismo en una enorme dificultad a la hora de definir las responsabilidades respectivas de la Federación y de los *Länder* en la financiación de las tareas públicas⁷⁹⁰. Por otra parte, se evitaría que los *Länder* continuasen siendo tan dependientes de las aportaciones de la Federación, que es la que suele decidir en gran medida qué es “bueno” para ellos, de acuerdo con un modelo de relaciones federativas que Stefan Homburg, Profesor de Finanzas públicas de la Universidad de Hannover, ha calificado de muy paternalista⁷⁹¹, y que en nada beneficia el desarrollo de aquéllos como entidades de carácter estatal.

Desde la reforma de la Constitución financiera de 1969 la Federación coadyuva por dos vías distintas a la financiación de las tareas de los *Länder* (e, incluso, en el segundo supuesto que veremos a continuación, cofinancia también algunas tareas propias de las entidades locales): a través de las tareas comunes (*Gemeinschaftsaufgaben*) -arts. 91a y 91b GG-, fundamentalmente, en donde la intervención federal es más intensa, pero también por la vía de las ayudas financieras (*Finanzhilfen*) -art. 104a.4 GG-, con el agravante de que en este último caso las condiciones están fijadas de manera tan ambigua que incluso el Tribunal Constitucional Federal las ha considerado no justiciables⁷⁹².

Estos instrumentos de financiación son muy complejos, sobre todo, el de las tareas comunes, pues aquí la decisión no se toma conjuntamente solo por el *Land* que es financiado y la Federación, sino que también participan todos los demás *Länder*, constituyendo éste un claro ejemplo de la arriba denunciada fuerte imbricación política que impregna las relaciones federativas en Alemania, en tanto en cuanto la

A favor de la introducción del principio de conexidad en la Ley Fundamental con el fin de proteger a los municipios frente a los excesos financieros provenientes de la Federación, vid. la comunicación del Ministro-Presidente de Rheinland-Pfalz Kurt BECK (SPD), Kdruck. 61, pp. 1 ss.

⁷⁹⁰ Arthur BENZ, Kdruck. 28, p. 1.

⁷⁹¹ Stefan HOMBURG, Kprot. 5, p. 99.

⁷⁹² *BVerfGE* 39, 96 (115).

autonomía del *Land* afectado es mínima y el peligro de bloqueo en la toma de decisiones muy alto⁷⁹³. Además, por esta vía, que no siempre responde al principio de conexidad, la Federación se asegura una gran capacidad de influencia en la definición y ejecución de la política de los *Länder*⁷⁹⁴, sin que esta situación se pueda seguir tolerando invariablemente.

Aunque una prohibición estricta de la cofinanciación de las tareas de los *Länder* por parte de la Federación, desde un punto de vista teórico lo más aconsejable⁷⁹⁵, no parece que vaya a tener mucho éxito, pues ya antes incluso de la introducción de los arts. 91a y 91b en la Ley Fundamental era ésta una práctica habitual que se remonta incluso a la época de Weimar⁷⁹⁶ y que se realizaba de manera no siempre transparente, en la mayoría de los casos exclusivamente en razón de la planificación presupuestaria federal, sí hay que buscar el modo de que aquélla se configure jurídico-constitucionalmente de manera más flexible.

No se trataría, por tanto, de renunciar completamente a la financiación mixta, entre otras razones porque a través de la misma, como reconoce Rüdiger Pohl, Presidente del Instituto de Investigaciones Científicas de Halle, se contribuye de hecho al equilibrio financiero de determinados *Länder*, sino de reducir ésta a aquellas tareas

⁷⁹³ Hans MEYER, Kdruck. 20, p. 7 y Kdruck. 27, pp. 1 ss.; vid. también Ferdinand KIRCHHOF, Kdruck. 23, p. 4 y Stefan HOMBURG, Kdruck. 24, pp. 5 ss. Por su parte, la Cancillería del Estado de Hessen, Kdruck. 72, pp. 2 ss., en sus propuestas para la financiación de las tareas comunes desconcentradas, dejando de lado esas supuestas imbricaciones políticas, defendía que las ayudas financieras de la Federación a favor de los *Länder*, deberían realizarse de manera exclusiva por medio de ley federal, necesitada del asentimiento del Consejo Federal, favoreciéndose de ese modo un procedimiento más transparente, y no como ahora sucede, que también pueden acordarse por simple convenio administrativo en base a la Ley federal de presupuestos. Posición ésta que posteriormente se vio confirmada en la Conferencia de Ministros-Presidentes celebrada el 14 de septiembre de 2004 (Roland KOCH, Kdruck. 74, p. 2).

⁷⁹⁴ De otra opinión, Fritz W. SCHARPF, Kdruck. 73-b, pp. 1 ss., quien entiende que con la supresión de las tareas comunes la Federación no perdería, en realidad, ningún instrumento todavía útil de dirección de la política coyuntural.

⁷⁹⁵ Así lo entiende Stefan HOMBURG, Kprot. 5, p. 97. En la misma línea, vid. los “Puntos angulares para la desconcentración de la financiación mixta y el nuevo orden de la administración financiera”, presentados por el Ministro de Estado Rainer ROBRA, Jefe de la Cancillería del *Land* de Sachsen-Anhalt -Kdruck. 88, pp. 1 ss.

⁷⁹⁶ Joachim WIELAND, Kprot. 5, pp. 96 ss.

de significado suprarregional que, sin embargo, deban ser coejercidas por los *Länder* en colaboración con la Federación. Además, la financiación mixta no debería estar prevista con carácter imperativo, sino que se debería configurar más bien como posibilidad, lo que flexibilizaría su empleo en cada caso concreto⁷⁹⁷.

A tal efecto, en la Conferencia de Ministros-Presidentes de 14 de septiembre de 2004 se llegó al acuerdo de que como compensación a una eventual supresión de las tareas comunes hasta la expiración del Pacto de Solidaridad II en 2019 se podría acudir a la técnica de las asignaciones financieras (*Finanzzuweisungen*), de modo que los supuestos de fomento de los arts. 91a y 104a.4 GG deberían ser sustituidos por un nuevo art. 104a.4 GG que previera la existencia de ayudas financieras de la Federación en lugar de las actuales tareas comunes desconcentradas, de acuerdo con una ley federal necesitada de asentimiento. Además, más allá de los límites de ese art. 104a.4 GG la Federación debe continuar asumiendo la responsabilidad frente a los *Länder* estructuralmente más débiles que en determinados ámbitos no

⁷⁹⁷ Rüdiger POHL, Kdruck. 21, pp. 1 ss. y Kdruck. 30, p. 2, en respuesta a la tercera pregunta del Catálogo de cuestiones formuladas por los coordinadores del grupo "Relaciones financieras" a todos los expertos para la preparación de la sesión de 11 de marzo de 2004 (Kdruck. 22, p. 2). En un escrito ulterior (Kdruck. 73-d, pp. 1 ss.), este mismo autor expresamente afirma que las ayudas financieras de la Federación a los *Länder* previstas en el art. 104a.4 GG son un instrumento que cumple una importante función en el Estado federal y que debe ser, por tanto, mantenido. Asimismo, Arthur BENZ, Kdruck. 28, p. 3, y Kdruck. 73-h, pp. 1 ss., considera que las tareas comunes desempeñan un importante papel en la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal, de modo que si se decidiese su supresión, las mismas habrían de ser sustituidas por otras formas de ayudas financieras temporales de la Federación a favor de los *Länder*. En esta misma línea, Peter M. HUBER, Kdruck. 73-e, p. 1, entiende que una reducción de los supuestos de financiación mixta, en especial de las tareas comunes de los arts. 91a y 91b GG, supondría para la Federación la pérdida de un instrumento muy importante para evitar la aparición de situaciones de crisis presupuestaria de los *Länder*, tal y como se deriva de la propia jurisprudencia constitucional (*BVerfGE 86, 148 (266 ss.)*). Finalmente, sobre las preocupaciones y reticencias de los *Länder* receptores de ayudas federales frente a una eventual supresión de los mecanismos de financiación mixta, vid. la toma de posición del Gobierno de la ciudad-estado de Bremen, Kdruck. 73-j, pp. 1 ss. Y, en general, sobre la discusión de la oportunidad o no de suprimir o corregir este mecanismo de financiación mixta, vid. las diferentes intervenciones de los representantes políticos y de los expertos independientes habidas durante la décima sesión de la *Comisión sobre el Federalismo* (Kprot. 10, pp. 260 ss.).

Desde otra perspectiva, Ferdinand KIRCHHOF, Kprot. 5, p. 96, es partidario de sustituir el vigente sistema de financiación mixta por otro en el que el reparto de los impuestos ostente el protagonismo, dado que ello proporcionaría mayor precisión, transparencia y estabilidad a las finanzas públicas de la Federación y de los *Länder*. Vid. también PFOST, H. / FRANZ, T.: "Mischfinanzierungen zwischen Bund und Ländern - ein Element notwendiger Föderalismusreformen aus Sicht der Finanzkontrolle des Bundes", ZG, 4, 2003.

pueden soportar con sus propios recursos las inversiones que en cada caso sean precisas. De igual modo, la Federación debe seguir siendo responsable ante los *Länder* cuando los mismos se encuentren en situaciones de emergencia presupuestaria⁷⁹⁸.

Por lo que se refiere a cada una de las tareas comunes ya en concreto, y sin perjuicio de que veamos en el próximo capítulo cómo quedaron finalmente configuradas tras la reforma constitucional de 2006, en este momento se ha de diferenciar entre los diversos supuestos previstos en los arts. 91a y 91b GG. Así, respecto a la *“ampliación y construcción de establecimientos de enseñanza superior, incluidas las clínicas universitarias”* (art. 91a.1.1º GG) existe un acuerdo bastante generalizado acerca de la necesidad de su supresión, por haber cumplido ya con su cometido, debiendo corresponder a partir de ahora la asunción de esta tarea a los *Länder* en exclusiva.

Algo parecido sucede con la tarea común *“mejora de la estructura económica regional”* (art. 91a.1.2º GG), que también debería ser suprimida, si bien ahora por diferentes razones, entre las que se encuentra el hecho de que esta tarea se superpone con los programas de desarrollo regional de la Unión Europea al tiempo que se mezcla también con las ayudas financieras de la Federación destinadas a equilibrar las diferencias económicas en el territorio federal (art. 104a.4 GG).

Por su parte, la tarea común *“mejora de las estructuras agrarias y de la protección de las costas”* (art. 91a.1.3º GG) ha de dividirse en dos: la tarea “protección de las costas” podría ser trasladada a la competencia exclusiva de la Federación (ampliándola a la protección frente a las inundaciones), quedando allí conectada a la administración de las vías federales navegables del art. 89.2 GG; en cambio, la tarea común “mejora de las estructuras agrarias”, dada su proximidad a la “mejora de la

⁷⁹⁸ Roland KOCH, Kdruck. 74, p. 2.

estructura económica regional” del art. 91a.1.2º GG, debería, al igual que ésta, ser atribuida a la exclusiva competencia de los *Länder*⁷⁹⁹.

En el supuesto de la “*planificación de la enseñanza*” del art. 91b GG, razones de congruencia aconsejan transferir a los *Länder* la competencia exclusiva sobre esta tarea, sin perjuicio de que dado el creciente significado del sistema educativo para el desarrollo económico global de Alemania también pueda participar la Federación en su financiación⁸⁰⁰. Como sabemos, la educación constituye la pieza básica de las competencias de los *Länder*, de ahí que todo lo relativo a ella (desde la facultad legislativa para su regulación, hasta la responsabilidad financiera para sufragarla, pasando por el impulso de las innovaciones del sistema educativo) haya de quedar exclusiva o preferentemente en manos de los *Länder*. De ello dejaron constancia los propios *Länder* en la Conferencia de Ministros-Presidentes celebrada el 14 de septiembre de 2004 en relación con los temas financieros de la *Comisión sobre el Federalismo*, que de común acuerdo se opusieron a toda eventual modificación constitucional que pretendiera transferir competencias en materia educativa a la Federación⁸⁰¹. Sin embargo, y como sabemos, precisamente la dificultad de alcanzar acuerdos entre el Gobierno Federal y algunos Gobiernos de los *Länder* en torno a esta trascendental cuestión de la política educativa es la que motivó que, en un

⁷⁹⁹ Vid. la Posición común de los Ministros-Presidentes, Kdruck. 45, pp. 4 ss., así como el “Acuerdo de la Conferencia de los Presidentes de los Grupos Parlamentarios de la CDU y de la CSU de los Parlamentos de los *Länder* alemanes sobre la reforma del Federalismo en Alemania”, Kdruck. 48, p. 3, y la propuesta de nueva regulación de los supuestos de financiación mixta de los arts. 91a, 91b y 104a.4 GG de los diputados federales del SPD Volker KRÖNING y Ortwin RUNDE, Kdruck. 57, p. 1 ss. Entre la doctrina científica, valga por todos, Hans-Peter SCHNEIDER, Kdruck. 32, pp. 7 ss.

⁸⁰⁰ Kurt BECK, Kdruck. 35, p. 2. En una línea similar, pero no completamente coincidente, Stefan HOMBURG, Kdruck. 24, p. 6, entiende que de suprimirse completamente las tareas comunes, como parece ser el objetivo de los trabajos de la *Comisión sobre el Federalismo*, habría que atribuir a uno u otro nivel estatal la realización de esas tareas. A tal efecto, se ha de prestar atención al “bien” en cuestión para decidir si ostenta un carácter nacional, regional o local. De esta forma, en su opinión, “la ampliación y construcción de establecimientos de enseñanza superior, incluidas las clínicas universitarias”, “la mejora de la estructura económica regional” y “la mejora de la estructura agraria y de la protección de las costas” (vigentes subapartados 1, 2 y 3 del art. 91a.1 GG) así como “la planificación de la enseñanza” (art. 91b GG) deberían caer bajo la competencia de los *Länder*.

⁸⁰¹ Así lo hizo saber el Ministro-Presidente de Hessen Roland KOCH (CDU) en la Nota informativa que sobre esta Conferencia de Ministros-Presidentes presentó ante la *Comisión sobre el Federalismo* (Kdruck. 74, pp. 1 ss.).

principio, no fuera posible lograr un consenso general en el seno de la *Comisión sobre el Federalismo*, dándose así temporalmente al traste con los amplios e importantes acuerdos logrados tras arduas negociaciones en otros muchos aspectos.

Más problemática resulta, finalmente, la tarea común “*promoción de las instituciones y proyectos de investigación científica de relevancia suprarregional*” prevista también en el art. 91b GG, dadas sus conexiones con competencias tanto de la Federación como de los *Länder* que hacen necesaria una colaboración (normativa y financiera) entre todos ellos⁸⁰². A esta misma conclusión provisional ha llegado el grupo de proyectos número 3 de la *Comisión sobre el Federalismo*, que defiende que éste es un tema que debería, en principio, seguir siendo objeto de una tarea común de la Federación y los *Länder*⁸⁰³. Con todo, se ha de sopesar si lo más adecuado tal vez no sea atribuir esta materia a la competencia exclusiva de la Federación, a fin de garantizar una promoción coherente y eficaz de esas instituciones y proyectos de investigación científica de relevancia suprarregional, sin perjuicio de que, en su caso, se puedan también prever, a través de convenio, vías de participación de los *Länder* a este respecto, pero siempre bajo la dirección, coordinación y supervisión de la Federación⁸⁰⁴.

⁸⁰² Stefan HOMBURG, Kdruck. 24, p. 6, para quien el fomento de la investigación, en efecto, dado su doble significado regional (los Institutos Fraunhofer, por ejemplo) y nacional (la Comunidad Científica Alemana o los Institutos Max-Planck, por ejemplo), habría de corresponder, según los casos, a la Federación o a los *Länder*. De otra opinión, Kurt BECK, Kdruck. 35, pp. 5 ss., quien entiende que la financiación de la Sociedad Fraunhofer debería recaer exclusivamente en la Federación, mientras que la de la Sociedad Max-Planck y de la Comunidad Científica Alemana, habría de ser conjunta por parte de la Federación y de los *Länder*.

⁸⁰³ Conclusiones provisionales del grupo de proyectos número 3 de la *Comisión sobre el Federalismo*, presentadas por Günter KRINGS, Kprot. 8, p. 189.

⁸⁰⁴ Ferdinand KIRCHHOF, Kprot. 5, pp. 106 ss. En esta línea, Kurt BECK, Kdruck. 35, p. 6, entiende que los costos que se derivan de la Ley de fomento de la educación federal (*Bundesausbildungsförderungsgesetz - BAFöG*) deberían ser asumidos en su totalidad por la Federación, a fin de garantizar un acceso igualitario a la educación superior de todos los estudiantes, con independencia de la capacidad financiera de cada *Land*. Por su parte, Hans-Peter SCHNEIDER, Kdruck. 32, pp. 9 ss., defiende que es preferible atribuir esta tarea del art. 91b GG a la competencia concurrente (no exclusiva) de la Federación dada su conexión material con el “fomento de la investigación científica” previsto en el art. 74.1.13 GG. De otra opinión, los Presidentes de los Grupos parlamentarios de Alianza 90 / Los Verdes, para quienes el fomento de la investigación no debe recaer en unas solas manos, de la Federación o de los *Länder*, pues no tendría ningún sentido que a

Lógicamente esa devolución de la mayor parte de los campos materiales mencionados a la competencia exclusiva de los *Länder* debe venir acompañada de determinadas compensaciones financieras por parte de la Federación en forma de ayudas o de mayor participación de aquéllos en los rendimientos procedentes de los impuestos comunes, pues de lo que se trata es de evitar en lo posible las complejidades procedimentales de un instrumento como el de las tareas comunes, no de derivar hacia los *Länder* todas las cargas financieras de esas tareas que, en todo caso, se han de cumplir⁸⁰⁵.

En consecuencia, resulta necesario precisar las condiciones para proceder al empleo por parte de la Federación de las ayudas financieras previstas en el art. 104a.4 GG, que deberían funcionar como un instrumento impositivo flexible al servicio de la realización de aquellas tareas de los *Länder* que ostenten un interés general. A tal efecto, como señala Arthur Benz, esas ayudas financieras deberían limitarse a las medidas de significado suprarregional, encontrarse temporalmente acotadas o ser adjudicadas para proyectos concretos y estar sometidas a un control sobre su éxito con fundamento en los objetivos marcados⁸⁰⁶.

Otra importante vía de actuación es la que apuesta, antes de nada, por proceder a una clarificación de las tareas que corresponde desempeñar a la Federación y a los *Länder*, hasta ahora también fuertemente entremezcladas, como requisito previo

éstos les correspondiera en exclusiva lo relativo a la regulación de la enseñanza superior, mientras que aquélla fuera asimismo competente en exclusiva para la regulación de la investigación científica (vid. Winfried KRETSCHMANN, Kdruck. 69, pp. 9 ss.).

⁸⁰⁵ Entre otros, Stefan HOMBURG, Kprot. 5, p. 105. Vid. también la propuesta que a este respecto realiza el Estado libre de Sajonia a través de su Ministro-Secretario de Justicia Thomas DE MAIZIÈRE, Kdruck. 56, pp.1 ss.

⁸⁰⁶ Arthur BENZ, Kdruck. 28, p. 11. En una línea similar, Hans-Peter SCHNEIDER, Kdruck. 32, p. 16, propone la siguiente redacción del art. 104a.4 GG: "La Federación podrá otorgar a los *Länder* ayudas financieras para inversiones de especial importancia de éstos y de los municipios (o asociaciones de municipios), siempre que sean imprescindibles para el fomento de la capacidad económica o para la armonización de las condiciones económicas básicas. Las ayudas financieras estarán temporalmente acotadas y se habrán de evaluar continuamente. Las disposiciones de detalle serán reguladas por ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal".

para desentrañar a cuál de esas entidades estatales le corresponde asumir la financiación de las mismas. Una vez que se haya realizado esa operación, nos encontraremos en condiciones de proceder a una desconcentración o recorte de las financiaciones mixtas, lo que finalmente contribuirá decisivamente a clarificar quién es de qué políticamente responsable y qué cargas ha de asumir al afecto, condición imprescindible para disfrutar de una mayor transparencia, predecibilidad y control público de las finanzas, tal y como demanda de manera inexcusable toda democracia parlamentaria⁸⁰⁷.

Por otro lado, según mantenía el Alcalde de Bremen, Henning Scherf, se ha de procurar que las decisiones legislativas que se tomen en Berlín y que tengan repercusiones financieras en los *Länder* sean adoptadas, según se ha anticipado ya, con la participación de estos últimos; no se puede sostener durante más tiempo que la Federación legisle y repercuta financieramente en los *Länder*, ejecutores de esas leyes, el coste de las medidas⁸⁰⁸. Y es que, como defienden los Ministros-Presidentes de los *Länder*, en la medida en que la Federación derive competencias a favor de éstos, deben ser también transferidos los medios financieros para la realización de las tareas⁸⁰⁹, entre las que cabe destacar, a título de ejemplo, la garantía del derecho a una plaza en las guarderías, la oferta de cursos de alemán para inmigrantes, el acomodo de los mendigos o de los solicitantes de asilo, la asistencia de los minusválidos o la creación de estaciones de medida para el control de la calidad del aire. Dada su variedad, hay que buscar para cada caso concreto la mejor solución financiera⁸¹⁰.

⁸⁰⁷ Hans-Peter SCHNEIDER, Kdruck. 32, pp. 3 ss.

⁸⁰⁸ Henning SCHERF, Kprot. 1, p. 18.

⁸⁰⁹ Posición común de los Ministros-Presidentes, Kdruck. 45, p. 6. A este respecto, Hans-Peter SCHNEIDER, Kdruck. 32, p. 1, propone la siguiente cláusula: "Las leyes federales que den lugar a prestaciones monetarias, materiales o de servicios y deban ser ejecutadas por los *Länder* deben simultáneamente contener regulaciones sobre la cobertura de los costes. En la medida en que la Federación no asuma por sí misma esos costes, estas regulaciones estarán necesitadas del asentimiento del Consejo Federal".

⁸¹⁰ Fritz W. SCHARPF, Kdruck. 29, pp. 10 ss.

En este sentido, para favorecer esa participación de los *Länder*, Rupert Scholz es partidario de acentuar la reserva de asentimiento a favor del Consejo Federal allá donde una ley federal funde cargas financieras adicionales (costes de ejecución) que deban asumir aquéllos⁸¹¹. Medida que debería ser aplicable asimismo a los supuestos en que la Federación ejerce la facultad que tiene reconocida por el Tribunal Constitucional Federal en el marco del art. 84 GG de atribuir determinadas competencias de ejecución a los municipios como asuntos de su propia autonomía administrativa⁸¹², pues tales transferencias competenciales suelen venir acompañadas de costes para estos últimos que finalmente caen bajo la responsabilidad financiera de los *Länder*⁸¹³.

En congruencia con lo anterior, cuando una ley federal haya de ser ejecutada, en parte o en su totalidad, por los municipios o asociaciones de municipios, los *Länder* deberían derivar hacia éstos aquellas ayudas que, en su caso, hayan recibido de la Federación para su financiación⁸¹⁴. Se ha de evitar en lo posible que existan relaciones financieras directas entre la Federación y los municipios, pues estos últimos, pese a tratarse de administraciones autónomas, son instituciones que se encuadran en la administración estatal de los *Länder*, por lo que los flujos financieros únicamente deberían llegarles a través de estos últimos⁸¹⁵. De ahí que fuera celebrada por parte de las entidades locales la propuesta de regulación formulada por el grupo de proyectos número 1, en virtud de la cual en el art. 84.1 GG se ha de introducir una disposición que impida de cara al futuro que mediante ley federal les

⁸¹¹ Rupert SCHOLZ, Kdruck. 5, pp. 10 ss. Vid. también Hans MEYER, Kdruck. 20, pp. 11 ss.

⁸¹² *BVerfGE 22, 180 ss.*

⁸¹³ Sobre la necesidad de que en el marco de la reforma financiera quede asegurado por parte de la Federación el desahogo financiero de los municipios (y, por ende, el de los propios *Länder*) se pronunciaron en una Declaración conjunta los Ministros y Senadores de finanzas de los *Länder* del norte de Alemania: Bremen, Hamburgo, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen y Schleswig-Holstein (PEINER / KELER / MÖLLRING / NUßBAUM / STEGNER, Kdruck. 39).

⁸¹⁴ Hans MEYER, Kdruck. 20, p. 14.

⁸¹⁵ Peter M. HUBER y Joachim WIELAND, Kprot. 5, p. 98. Vid. también UNRUH, P.: "Zur Zulässigkeit des bundesgesetzlichen Durchgriffs auf die Kommunen - am Beispiel des Grundsicherungsgesetzes", ZG, 3, 2004.

sean transferidas tareas a los municipios o asociaciones de municipios (con las consiguientes cargas financieras a ellas aparejadas)⁸¹⁶.

De conformidad con estas opiniones, por consiguiente, la solución no pasaría por establecer una conexión directa entre las cargas financieras y la ley que las funda, en forma de una causalidad legislativa (*Gesetzeskausalität*). Antes bien, hay que mantener el sistema actual, en virtud del cual es en el nivel de la administración o ejecución normativa en donde recae la responsabilidad por la decisión sobre el concreto importe de la carga financiera, dado que es precisamente aquí en donde se conoce con exactitud a cuánto asciende éste⁸¹⁷. Ahora bien, ello no es óbice para que, como se decía con anterioridad, no se pueda tampoco tolerar que el legislador federal libremente tome medidas por la vía legislativa cuyo coste haya de ser sufragado después por los *Länder* o, en su caso, los municipios sin mayores limitaciones. En todo caso, esas cargas financieras han de ser asumidas, si no en su totalidad, sí al menos en parte, por la Federación.

Por otro lado, existen serias discrepancias sobre el modo de reparto de los recursos financieros. Para Wolfgang Böhmer, Ministro-Presidente de Sachsen-Anhalt (CDU), por ejemplo, tal distribución no puede hacerse atendiendo exclusivamente al número de habitantes de cada Land. Böhmer se muestra escéptico sobre las crecientes reivindicaciones de un federalismo competitivo, porque la competencia justa presupone igualdad de oportunidades desde el inicio mismo, lo que no es el caso entre los distintos *Länder* alemanes⁸¹⁸; de ahí precisamente que para algunos destacados representantes políticos e institucionales sea condición necesaria para proceder a una re-ordenación de la Constitución financiera que primero se efectúe una nueva división del territorio federal, al término de la cual aparezca un número significativamente menor de *Länder*, en lo posible de igual tamaño, población y

⁸¹⁶ Hans-Günter HENNEKE, Kdruck. 79, p. 1.

⁸¹⁷ Arthur BENZ, Kdruck. 28, p. 7.

⁸¹⁸ Wolfgang BÖHMER, Kprot. 1, pp. 15 ss.

capacidad económica, cuestión ésta que abordaremos con más detalle en el apartado siguiente.

Se lleve a efecto o no esa nueva división del territorio federal, lo que no ofrece ninguna duda es que una reforma sustancial del orden federativo como la que se pretende realizar en Alemania no puede obviar cuestiones de tanta trascendencia como las que afectan a las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*⁸¹⁹. Así lo supieron ver con claridad las Fundaciones de los principales partidos políticos alemanes (SPD, CDU, Los Verdes, CSU y FDP), que en una Declaración conjunta significativamente titulada “*Un federalismo eficaz requiere reformas valientes*”, reclamaban que los trabajos de la *Comisión sobre el Federalismo* no se limitaran únicamente a realizar vacilantes modificaciones del reparto de competencias entre la Federación y los *Länder*; más bien, aquélla habría de centrar sus esfuerzos en tratar las cuestiones relativas a una nueva configuración de la Constitución financiera, inspirada en el citado principio de conexidad, de forma que las tareas que se transfieran entre la Federación, los *Länder* y los Municipios “de arriba hacia abajo” sean financiadas por el nivel normativo correspondiente. Asimismo, esta “Alianza de las Fundaciones” animaba a la Federación y a los

⁸¹⁹ Este es el argumento que vienen a defender FÄRBER, G. / OTTER, N.: “Reform der Finanzverfassung – eine vertane Chance?”, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 13-14/2005, pp. 33 ss., en el sentido de que sin una reforma efectiva de la Constitución financiera difícilmente tendrán eficacia el resto de reformas federales que se quieran efectuar. Vid. asimismo en relación con los trabajos y conclusiones de la *Comisión sobre el Federalismo* en el campo de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* el trabajo de KEMMLER, I.: “Arbeit und Ergebnisse der Föderalismuskommission im Bereich der Finanzbeziehungen zwischen Bund und Ländern”, en: *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung* (Ed.): *Jahrbuch des Föderalismus 2005* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, pp. 118 ss.

Y, precisamente, este fue también el argumento que con más motivos hizo que surgieran dudas sobre el acuerdo de gobierno de la Gran coalición, que, como sabemos, incorporó a su texto la pretensión de acometer en breve una reforma profunda del sistema federal, si bien dejando el tratamiento de las cuestiones financieras para un momento ulterior, lo que fue duramente criticado por el Ministro-Presidente de Niedersachsen, Christian WULF (CDU), al entender que ambas cuestiones, las atinentes a las competencias y a la financiación de las mismas, han de ir indisolublemente unidas (vid. el artículo “Wulff dringt auf zweite Föderalismusreform” publicado el 25.12.2005 en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*).

Con todo, según veremos, la reforma constitucional de 2006 finalmente se llevó a cabo sin afectar prácticamente a las relaciones financieras entre la Federación y los Länder, dejándose para un momento posterior (reforma constitucional de 2009) esta cuestión.

Länder expresamente a llevar al orden del día el tema de la desconcentración impositiva, pues solo si se consigue superar el actual sistema de equilibrio financiero entre todos los *Länder* por un sistema de separación rígida, la reforma del federalismo merecerá llevar con propiedad ese nombre⁸²⁰.

En conexión con ello precisamente se ha planteado también la posibilidad de sustituir el actual sistema de impuestos comunes (*Gemeinschaftsteuern*), previsto en el art. 106.3 GG, por otro de estricta autonomía impositiva, en virtud del cual tanto la Federación como los *Länder* dispongan de plenas competencias sobre la legislación y el rendimiento de los impuestos que les correspondan. Hasta el momento, los *Länder* alemanes, en comparación, por ejemplo, con los suizos o con los Estados federados de los EE.UU., apenas disponen de facultades legislativas a este respecto, lo que ha sido denunciado por algunos autores, que encuentran aquí una importante contradicción con el principio federal⁸²¹.

Con el fin de poner remedio a esta situación se propuso que en relación con el Impuesto sobre las ventas (*Umsatzsteuer*) correspondiera a la Federación la soberanía legislativa y sobre el producto impositivo, mientras que esta misma habría de atribuírsele a los *Länder* en relación con el Impuesto sobre la renta (*Einkommensteuer*) y con el Impuesto de sociedades (*Körperschaftsteuer*). Sin embargo, estas propuestas tenían muchos visos de prosperar, pues como se ha advertido ya, un sistema de estricta separación en el establecimiento de la regulación de los principales impuestos, aparte de padecer graves problemas de

⁸²⁰ No obstante, no conviene olvidar que el actual sistema de equilibrio financiero se encuentra legislativamente fijado hasta 2019 (§ 11.3 Ley sobre el equilibrio financiero), constituyendo uno de los tabúes intocables del federalismo alemán (vid. Hans MEYER, Kdruck. 20, pp. 1 ss.). Sobre la relación de este sistema de equilibrio financiero y el reparto federativo de las tareas públicas, vid. SCHWARZ, K.-A.: "Finanzausgleich und föderale Aufgabenstruktur", ZG, 3, 2004.

⁸²¹ Hans-Peter SCHNEIDER, Kdruck. 32, p. 18. Vid. también Fritz W. SCHARPF, Kdruck. 81, pp. 1 ss., quien, como alternativa a las perniciosas consecuencias que se podrían producir a nivel social como consecuencia de una transferencia de facultades legislativas de carácter prestacional a los *Länder*, dada la disparidad existente entre éstos, apuesta por una elevación o ampliación inmediata de sus competencias impositivas. Ténganse en cuenta asimismo las conclusiones provisionales que el grupo de proyectos por voz de la diputada federal Antje TILLMANN expuso a este respecto en la décima sesión de la *Comisión sobre el Federalismo* (Kprot. 10, p. 269).

transparencia y de determinación de la responsabilidad política⁸²², podría, entre otras cosas, conducir a una grave crisis financiera en una serie de *Länder*, los orientales especialmente, cuya fuerza impositiva ronda el treinta por ciento de la de los *Länder* occidentales. Carencia esta que no podría ser sustituida por las aportaciones provenientes de la Federación sin que ello no supusiera una irremediable pérdida de autonomía política por parte de aquéllos⁸²³. Tampoco la solución podía venir de manos de las ayudas que puedan realizar los *Länder* económicamente más desahogados a través del sistema de equilibrio financiero, pues algo así podría llevar a una desvirtuación de este mecanismo, que podría ser utilizado por algunos *Länder* para bajar sus impuestos en la confianza de que la correspondiente disminución de ingresos se vería compensada por las aportaciones provenientes de los demás *Länder* en el marco del citado equilibrio financiero⁸²⁴.

En definitiva, la competencia impositiva que se derivaría de ese reparto de los principales impuestos entre la Federación y los *Länder* podría traer consigo perjuicios sociales entre los diferentes grupos de población de cada uno de los *Länder*⁸²⁵. Los propios Ministros-Presidentes de los *Länder* rechazan la posibilidad de que éstos puedan reducir o aumentar sus derechos en el rendimiento impositivo, pues en la situación histórica actual, dada la disparidad entre unos *Länder* y otros, no se dan las condiciones paritarias de partida necesarias para instaurar una competencia justa entre todos ellos en este terreno⁸²⁶.

Además, otras razones que desaconsejan esa separación competencial estricta radican en el hecho de que el Impuesto sobre las ventas se encuentra ya sometido a

⁸²² Peter M. HUBER, Kdruck. 31, p. 15.

⁸²³ Rüdiger POHL, Kdruck. 21, pp. 3 ss.

⁸²⁴ Tal y como señala el Secretario de Estado del Ministerio federal de Finanzas, Volker HALSCH, Kdruck. 50, p. 1.

⁸²⁵ Arthur BENZ, Kdruck. 28, p. 13. Fritz W. SCHARPF, Kdruck. 47, p. 3. también se muestra escéptico con la concurrencia impositiva entre los *Länder*, si bien no la excluye por principio; en todo caso, entiende que debería limitarse a aquellos supuestos de hecho respecto de los cuales no exista apenas peligro de que se produzca una "emigración" del capital o de los propios trabajadores.

⁸²⁶ Posición común de los Ministros-Presidentes de los *Länder*, Kdruck. 45, pp. 3 ss.

la regulación comunitaria, con lo que apenas les queda margen alguno a los Estados miembros para establecer su propia normativa (y, por ende, menos aún a sus partes integrantes). Y por lo que afecta al Impuesto sobre la renta y al Impuesto de sociedades resulta imprescindible una regulación federal unitaria a fin de evitar que se vea lesionado o dificultado el principio de un mercado interior europeo sin fronteras⁸²⁷.

En todo caso, lo que sí sería posible es crear un suplemento de los *Länder* (o de los municipios) a aplicar en el Impuesto sobre la renta, respecto del cual éstos habrían de responder políticamente ante sus electores. Con ello, quedaría preservada la facultad legislativa de la Federación para la determinación de la base de cálculo y de la tarifa ordinaria del impuesto así como garantizada una cierta autonomía de los *Länder* para aumentar o reducir su capacidad impositiva en función de sus necesidades, lo que al mismo tiempo, como ya se ha señalado en otro lugar, supondría una gran ganancia desde el punto de vista del principio democrático, en tanto en cuanto decisiones que afectan enormemente a los ciudadanos, como son las de carácter impositivo, serían tomadas por entidades más cercanas a ellos⁸²⁸.

Por último, también sería de desear que respecto de los impuestos locales que tienen atribuidos los *Länder* en el art. 106.2 GG (Impuestos sobre el patrimonio, sucesiones, vehículos de motor, etc.), éstos ostentasen, aquí sí, una facultad

⁸²⁷ Ferdinand KIRCHHOF, Kdruck. 23, p. 6; Fritz W. SCHARPF, Kdruck. 29, pp. 14 ss.

⁸²⁸ Fritz W. SCHARPF, Kdruck. 29, p. 15; vid. también Hans-Peter SCHNEIDER, Kdruck. 32, p. 20. De otra opinión, Peter M. HUBER, Kdruck. 31, p. 15, para quien esos derechos de suplemento en el Impuesto sobre la renta (y en el de sociedades) confundirían la responsabilidad política de la Federación y de los *Länder* al tiempo que presentarían problemas de transparencia.

Por su parte, el Ministro-Presidente de Baden-Württemberg, Erwin TEUFEL, Kdruck. 53, pp. 1 ss., siguiendo en este punto la propuesta del profesor Ferdinand KIRCHHOF, se mostraba partidario de incrementar la participación de los *Länder* en el Impuesto sobre las ventas, pues ello aparte de no plantear apenas problemas con la Ley de equilibrio financiero, tendría la ventaja de que la administración presupuestaria de la Federación y de los *Länder* quedaría claramente separada, ganando las Dietas de los *Länder*, en tanto que legisladores presupuestarios competentes, un margen de configuración muy elevado.

legislativa de carácter exclusivo⁸²⁹. Para ello, tal vez lo preferible fuera que en la Constitución federal únicamente se contuviese un catálogo de los impuestos sometidos a la legislación de la Federación, de modo que todos los demás, en virtud del art. 70 GG, automáticamente caerían bajo la legislación de los *Länder*. De esta forma, se conseguiría además aumentar la autonomía política de los *Länder*, en tanto que suya sería la decisión última sobre la cuantía de los impuestos o sobre la creación de nuevas figuras impositivas, ante lo que habrían de responder frente a los correspondiente electores⁸³⁰.

Para concluir ya con este punto, y por lo que respecta a la intención del entonces Ministro federal de Finanzas, Hans Eichel (SPD), de constituir una Administración impositiva unitaria bajo la supervisión de las autoridades federales, cabe decir que no parece que una iniciativa de esta índole tenga muchas posibilidades de salir adelante ni ahora ni en el futuro, pues los *Länder*, tanto los gobernados por los socialdemócratas como por los democristianos, han mostrado siempre, como por otro lado era de esperar, una gran resistencia frente a tales pretensiones de transferir la competencia de sus oficinas financieras a la Federación, ante el temor de que algo así pudiera significar una pérdida de autonomía propia en la gestión de sus particulares intereses.

⁸²⁹ Hans-Peter SCHNEIDER, Kdruck. 32, pp. 18 ss. y Kprot. 5, p. 114, que defiende que la facultad legislativa para regular los impuestos corresponda a aquel nivel, federal o de *Land*, al que le esté atribuido el rendimiento del impuesto en cuestión, pues supone una contradicción con el principio federal y, lo que es peor, con el democrático también, que la Federación regule legislativamente impuestos cuyo producto va a parar a manos de los *Länder* (o de los municipios). En el mismo sentido, Stefan HOMBURG, Kprot. 5, p. 115. Vid. también las conclusiones alcanzadas por la Sección de Derecho Público del Congreso Anual de Juristas Alemanes (vid. Hans-Jürgen HENNEKE, Kdruck. 76, pp. 6 ss.)

⁸³⁰ Stefan HOMBURG, Kprot. 5, p.120.

E.- RELACIÓN SUMARIA DE LOS PRINCIPALES ACUERDOS PROVISIONALES ALCANZADOS POR LA COMISIÓN SOBRE EL FEDERALISMO

Hasta aquí, por consiguiente, las cuestiones fundamentales en torno a las cuales giraron los trabajos de la *Comisión sobre el Federalismo*. Como el estudio de las mismas ha puesto de manifiesto, han sido muy ricos y sustanciosos los debates que se han generado en su seno, así como importante ha sido también la trascendencia que estos debates han tenido a nivel mediático y social. La participación no solo de actores políticos, sino también de significados representantes de la vida social y económica, así como de destacados profesionales del mundo académico (juristas, politólogos, sociólogos y economistas), ha contribuido de manera significativa a que la discusión sobre la reforma del federalismo no solo se desarrollara en el terreno de las disputas o intereses partidistas, tanto a nivel federal como de *Land*, sino que, por el contrario, han salido también a la luz muchas de las deficiencias objetivas de carácter organizativo, institucional y funcional del sistema federativo alemán, así como las vías de actuación que cabría arbitrar para acabar con ellas o, al menos, paliarlas.

Aunque sobre muchas de esas alternativas se había logrado alcanzar un amplio entendimiento, finalmente, las insalvables discrepancias entre los principales partidos políticos (SPD y CDU/CSU) y entre el Gobierno Federal y algunos Gobiernos de los *Länder* sobre la titularidad y el alcance de las competencias en materia educativa impidió, contra todo pronóstico, la consecución de un fructífero acuerdo de conjunto acerca de la reforma del sistema federal. Acuerdo al que solo más tarde fue posible llegar, con el alcance que más adelante analizaremos en detalle. No obstante, más allá de la cuestión de a quién haya que atribuir la responsabilidad última por esa falta de acuerdo primero, lo que sí quedó ya meridianamente claro es que el modelo federal alemán precisaba de profundas y urgentes modificaciones, si es que quería seguir siendo operativo de cara al futuro.

Esta evidencia no fue soslayada por el nuevo gobierno de gran coalición surgido a partir de las elecciones de septiembre de 2005, presidido por la Canciller Federal

Angela Merkel, que incorporó a su programa de actuación un anexo dedicado precisamente a la reforma del federalismo⁸³¹, tomando como base del mismo los resultados de las negociaciones entre la Federación y los *Länder* a partir de los encuentros mantenidos entre los que fueron presidentes de la *Comisión sobre el Federalismo*, Franz Müntefering y Edmund Stoiber, quienes, a su vez, tomaron como fundamento de aquellos resultados, de manera no literal pero sí esencial, el contenido de la propuesta que redactaron sobre este tema para someter a la consideración de la mencionada *Comisión*⁸³² y que finalmente, como sabemos, no pudo prosperar.

Así pues, las deliberaciones y propuestas a que dio lugar la *Comisión sobre el Federalismo* tuvieron una importancia fundamental en los ulteriores trabajos del recién elegido gobierno de gran coalición, que acabarían desembocando, según veremos, en la más importante reforma constitucional del federalismo alemán habida hasta la fecha. Es por ello que merece la pena ahora resumir, de manera sumaria, los puntos cardinales sobre los que se había conseguido aunar las distintas voluntades de las principales fuerzas políticas en el seno de la susodicha *Comisión*:

1) El Consejo Federal debe tener una participación menor en la toma de decisiones a nivel federal o, dicho de otro modo, se precisa reducir de manera drástica el número de leyes necesitadas del asentimiento del Consejo Federal (del sesenta por ciento actual se ha de pasar a un treinta y cinco o cuarenta por ciento). Hasta ahora, toda ley federal, con independencia de su contenido, requiere la aprobación del Consejo Federal en la medida en que interfiera en la soberanía administrativa de los *Länder*. En el futuro los *Länder* deben poder regular de manera autónoma tanto la institución de las autoridades como el procedimiento administrativo, pudiendo incluso desviarse de la disposición contraria que a este respecto la Federación, en su caso,

⁸³¹ El contenido íntegro del Acuerdo de gobierno de la llamada Gran coalición se puede descargar de la página web del Gobierno Federal: <http://www.bundesregierung.de/Anlage920135/Koalitionsvertrag.pdf>

⁸³² Para consultar el contenido de esta propuesta, véase *Arbeitsunterlage 104neu*, de 13.12.2004.

haya establecido por medio de ley, siempre y cuando a ésta, en casos excepcionales derivados de la existencia de una necesidad especial de una regulación uniforme, le reste la posibilidad de regular por medio de ley necesitada del asentimiento del Consejo Federal tal procedimiento administrativo de forma indisponible para los *Länder*⁸³³.

A salvo de este último supuesto, esta nueva regulación constitucional motivará que, en un muy importante número de casos, ya no sea necesario el asentimiento del *Bundesrat* para la válida aprobación de las leyes federales, derivándose de ello consecuencias beneficiosas tanto para la Dieta Federal, que en adelante podrá decidir en muchos ámbitos con total libertad, evitándose así la utilización espuria del Consejo Federal para bloquear su labor legislativa y, en definitiva, la actividad del Gobierno Federal, como para los *Länder*, que verán incrementada su libertad en el terreno de la administración, lo que les permitirá buscar soluciones a cada caso concreto con un mayor grado de autonomía, al tiempo que facilitará el que se lleven a cabo las reformas administrativas que los propios *Länder* consideren necesarias. Ello, además, ahorrará costos y disminuirá la burocracia, con lo que también los ciudadanos, destinatarios últimos en quienes hay que pensar a la hora de organizar el funcionamiento de los poderes públicos, se verán beneficiados.

2) Pese a que la tendencia sea disminuir de manera significativa las posibilidades de participación del Consejo Federal en la legislación federal, se debe, no obstante, introducir en la Ley Fundamental un nuevo derecho de asentimiento, si bien en este caso está plenamente justificado. Cuando una ley federal pretenda establecer obligaciones para los *Länder* relativas a prestaciones pecuniarias o de otro tipo, pero que sean, en todo caso, económicamente evaluables, el Consejo Federal debe poder rechazarlas⁸³⁴. Se trata de una cláusula de seguridad muy favorable para los

⁸³³ Vid. la nueva redacción que se prevé del art. 84.1 GG en el apartado I.1 de las Conclusiones del grupo de trabajo de la coalición para la reforma del federalismo (Anexo 2 del Acuerdo de gobierno de la Gran Coalición: <http://www.bundesregierung.de/Anlage920135/Koalitionsvertrag.pdf>).

⁸³⁴ Vid. el contenido del nuevo art. 104a.3a GG que se pretende introducir de acuerdo con el apartado I.2 de las Conclusiones del grupo de trabajo de la coalición para la reforma del federalismo (Anexo 2

Länder, en tanto que la Federación en adelante estará obligada a tomar más en consideración que hasta ahora las consecuencias económicas que sus leyes puedan tener sobre los *Länder*.

Por su parte, en relación con los niveles territoriales inferiores, la Federación ya no podrá transferir directamente a los municipios (*Gemeinden*) o asociaciones de municipios (*Gemeindenverbände*) la realización de tarea alguna, por ser ésta una competencia exclusiva de los *Länder*⁸³⁵.

3) En relación con el servicio público se ha de establecer una nítida separación competencial: la Federación y los *Länder* deben ser de nuevo, como antes de 1969, competentes en exclusiva de la remuneración, previsión social y carrera profesional de sus respectivos funcionarios y jueces. Únicamente los derechos y obligaciones básicos constitutivos del estatus de aquéllos deben seguir siendo regulados por la Federación, con el asentimiento, eso sí, del Consejo Federal⁸³⁶.

del Acuerdo de gobierno de la Gran Coalición:
<http://www.bundesregierung.de/Anlage920135/Koalitionsvertrag.pdf>.

⁸³⁵ Vid. la nueva redacción que se prevé de los arts. 84.1 y 85.1 GG, en relación con el desarrollo por parte de los *Länder* de las leyes federales como asunto propio o por encomienda de la Federación, respectivamente, en el apartado I.1 de las Conclusiones del grupo de trabajo de la coalición para la reforma del federalismo (Anexo 2 del Acuerdo de gobierno de la Gran Coalición: <http://www.bundesregierung.de/Anlage920135/Koalitionsvertrag.pdf>).

⁸³⁶ Entre otras, a esta conclusión se llegó en el seno del grupo de proyectos número 2, tal y como tuvo ocasión de exponerlo el Alcalde de Berlín, Klaus WOWEREIT en la novena sesión de la *Comisión sobre el Federalismo* (Kprot. 9, p. 220). Y así se recoge en el apartado II.1 de las Conclusiones del grupo de trabajo de la coalición para la reforma del federalismo, que prevé la introducción de un nuevo número 27 como parte integrante del art. 74.1 GG y la supresión del art. 74a GG (vid. Anexo 2 del Acuerdo de gobierno de la Gran Coalición: <http://www.bundesregierung.de/Anlage920135/Koalitionsvertrag.pdf>).

A este respecto, cabe, no obstante, destacar la llamada de atención efectuada por el Presidente de la Federación de Jueces, Wolfgang ARENHÖVEL, acerca de la pretensión de que también los jueces y magistrados, así como los abogados del Estado, sean pagados por los *Länder*, pues ello puede motivar una diferencia en sus remuneraciones susceptible de provocar que los mejor preparados “emigren” a aquellos *Länder* más generosos, con lo que se podría producir una desigualdad en la administración de justicia “injusta” para los ciudadanos. En su opinión, ésta es una materia que debe permanecer en manos de la Federación, con independencia de que la regulación de la remuneración de los demás funcionarios corresponda en adelante a los *Länder*. El tercer poder del Estado no se puede particularizar, sino que ha de ser uniforme en todo el territorio federal.

4) De igual modo, se ha de considerar competencia exclusiva de los *Länder* la regulación del derecho de reunión y el régimen jurídico general de la prensa, la ejecución de las penas (*Strafvollzug*)⁸³⁷, la construcción de viviendas sociales, la hora de cierre de los negocios, el derecho sobre la hostelería (*Gaststättenrecht*), el régimen de las colonias y los hogares y la protección frente al ruido. Por su parte, se ha de atribuir a la exclusiva competencia de la Federación el derecho sobre la energía atómica⁸³⁸.

5) Los *Länder* se encuentran dispuestos a renunciar, en relación con numerosos ámbitos materiales de la legislación concurrente previstos en el art. 74.1 GG, a la garantía que prevé el art. 72.2 GG, en virtud de la cual la intervención de la Dieta Federal en la regulación de esas cuestiones queda, en todo caso, supeditada al hecho de que la misma resulte imprescindible, a fin de asegurar la equivalencia de las condiciones de vida en todo el territorio federal⁸³⁹.

6) En el ámbito del derecho medioambiental, si bien existían todavía serias discrepancias, el logro de un entendimiento parecía cercano. Todo apuntaba a que la Federación habría de recibir la competencia completa sobre el derecho medioambiental, que hasta ahora se encontraba diseminada entre ella y los *Länder*, lo que haría posible transponer las directivas o propuestas de la Unión Europea de manera más rápida y eficaz. Sin embargo, los *Länder* exigían que se les reconociese la posibilidad de que en algunos terrenos como, por ejemplo, la protección de la

⁸³⁷ Si bien de nuevo aquí el Presidente de la Federación de Jueces, Wolfgang ARENHÖVEL, se muestra muy crítico, pues entiende que si los *Länder* se hicieran cargo en exclusiva de la política carcelaria y resocializadora, la misma, dados sus costes, podría verse perjudicada

⁸³⁸ También estas conclusiones provisionales de la *Comisión sobre el Federalismo* fueron incorporadas, prácticamente en su totalidad, al Acuerdo de gobierno de la Gran coalición (vid. el apartado II.4, relativo al Catálogo de competencias, de las Conclusiones del grupo de trabajo de la coalición para la reforma del federalismo integrantes del Anexo 2 del citado Acuerdo de gobierno <http://www.bundesregierung.de/Anlage920135/Koalitionsvertrag.pdf>).

⁸³⁹ Al igual que en el punto anterior, este acuerdo provisional de la *Comisión sobre el Federalismo* fue llevado al Acuerdo de gobierno de la Gran coalición, en donde se prevé una nueva redacción del art. 72.2 GG en este sentido (vid. el apartado II.6 de las Conclusiones del grupo de trabajo de la coalición para la reforma del federalismo que integran el Anexo 2 del citado Acuerdo: <http://www.bundesregierung.de/Anlage920135/Koalitionsvertrag.pdf>)

naturaleza, el cuidado del paisaje, la gestión de las aguas, la ordenación del territorio o el derecho sobre la caza, pudieran desviarse de las leyes federales⁸⁴⁰.

7) Aunque despertó una gran polvareda la pretensión del Ministerio de Interior de incrementar el poder de la Oficina Federal de Investigación Criminal en relación con la lucha frente al terrorismo internacional, finalmente los dos Presidentes de la *Comisión sobre el Federalismo*, Franz Müntefering (SPD) y Edmund Stoiber (CSU), llegaron a un acuerdo en virtud del cual aquella sería competente en ese terreno en la medida en que el peligro se extendiera más allá de un *Land*⁸⁴¹.

8) Aunque la consecución de un acuerdo sobre la supresión de todas las formas de financiación mixta no fue posible, sí, al menos, se consiguió consensuar una nueva regulación de las ayudas financieras de la Federación a los *Länder* que aportaría más claridad al conjunto del sistema y mayores posibilidades de fiscalización de las mismas. Por ejemplo, la política de las “riendas doradas”, esto es, la intervención de la Federación en el gobierno de los *Länder* por medio de programas financieros, no sería ya tan fácil de practicar⁸⁴². De las llamadas tareas comunes de la Federación y los *Länder*, que son muy burocráticas, solo sería suprimida la de la construcción de centros de enseñanza superior⁸⁴³.

⁸⁴⁰ Lo que, en gran medida, fue reconocido en el Acuerdo de gobierno de la Gran coalición, en donde se prevé una nueva redacción del art. 72.3 GG en este sentido (vid. el apartado II.3.b) de las Conclusiones del grupo de trabajo de la coalición para la reforma del federalismo que integran el Anexo 2 del citado Acuerdo: <http://www.bundesregierung.de/Anlage920135/Koalitionsvertrag.pdf>).

⁸⁴¹ Vid. a este respecto las intervenciones del Alcalde de Berlín, Klaus WOWEREIT, de los diputados federales Thomas STROBL, Dieter WIEFELSPÜTZ y Norbert RÖTTGEN, del Secretario General del SPD y Co-Presidente de la *Comisión sobre el Federalismo* Franz MÜNTEFERING y de la Ministra Federal de Justicia, Brigitte ZYPRIES en la décima sesión de la *Comisión sobre el Federalismo* (Kprot. 10, pp. 248 ss.).

Esta conclusión provisional quedó reflejada asimismo en el Acuerdo de gobierno de la Gran coalición, en donde se prevé la introducción de un nuevo número 9a en el apartado 1 del art. 73 GG relativo a la legislación exclusiva de la Federación (vid. el apartado II.4.c) de las Conclusiones del grupo de trabajo de la coalición para la reforma del federalismo que integran el Anexo 2 del citado Acuerdo: <http://www.bundesregierung.de/Anlage920135/Koalitionsvertrag.pdf>).

⁸⁴² Sobre la problemática asociada a este tipo de financiación federal, véanse las reflexiones de Ferdinand KIRCHOF, Kprot. 10, p. 261.

⁸⁴³ Véase cómo y con qué alcance se incorporan estas conclusiones provisionales de la *Comisión sobre el Federalismo* al apartado III.1 de las Conclusiones del grupo de trabajo de la coalición para la

Por lo que respecta al sistema impositivo, solo fue posible lograr un acuerdo de mínimos: el impuesto sobre vehículos debería pasar a ser competencia de la Federación, con lo que el camino para su supresión quedaría abierto, mientras que el impuesto sobre los seguros habría de quedar en manos de los *Länder*⁸⁴⁴.

9) Finalmente, en relación con la política europea, se consiguió arreglar una solución de compromiso acerca del pacto de estabilidad: Los *Länder* tendrían que hacerse cargo de un tercio de las multas que la Unión Europea impusiera a la República Federal de Alemania a causa de la vulneración o incumplimiento de esos criterios de estabilidad⁸⁴⁵.

reforma del federalismo que integran el Anexo 2 del Acuerdo de gobierno de la Gran coalición: <http://www.bundesregierung.de/Anlage920135/Koalitionsvertrag.pdf>

⁸⁴⁴ En este caso, ni siquiera tal previsión fue posible llevarla al Acuerdo de gobierno de la Gran coalición, en donde la única referencia a la autonomía impositiva de los *Länder* tiene que ver con la intención de atribuir a éstos la facultad de determinar el tipo del impuesto sobre la adquisición de terrenos mediante la introducción de un añadido al vigente art. 105.2a GG (vid. apartado II.2 de las Conclusiones del grupo de trabajo de la coalición para la reforma del federalismo que integran el Anexo 2 del Acuerdo de gobierno de la Gran coalición: <http://www.bundesregierung.de/Anlage920135/Koalitionsvertrag.pdf>).

⁸⁴⁵ Este acuerdo provisional de la *Comisión sobre el Federalismo* sí fue recogido, con ligeros matices, en el Acuerdo de gobierno de la Gran coalición, que prevé la introducción de un nuevo apartado 5 en el art. 109 GG en este sentido (vid. el apartado III.4 de las Conclusiones del grupo de trabajo de la coalición para la reforma del federalismo que integran el Anexo 2 del Acuerdo de gobierno de la Gran coalición: <http://www.bundesregierung.de/Anlage920135/Koalitionsvertrag.pdf>)

F.- LÍMITES A LA REFORMA DEL FEDERALISMO ALEMÁN: LA DIVISIÓN TERRITORIAL DE LOS LÄNDER (*LÄNDERNEUGLIEDERUNG*)

Hasta ahora hemos visto, con más o menos detalle, cuáles han sido los aspectos principales y los acuerdos básicos provisionales que desde octubre de 2003 y hasta diciembre de 2004 han ocupado los trabajos de la *Comisión sobre el Federalismo*, al tiempo que hemos dejado constancia del fiel (aunque no exacto) reflejo que los mismos han tenido en uno de los anexos del programa de gobierno que constituye el Acuerdo de coalición de once de noviembre de 2005 entre la CDU, la CSU y el SPD. En el próximo capítulo tendremos ocasión de comprobar si, de conformidad con sus firmes y declaradas intenciones, el nuevo Gobierno Federal surgido a partir de las elecciones generales de 2005 y presidido por la Canciller democristiana Angela Merkel (en el que la presencia de miembros del Partido Social Demócrata es muy relevante⁸⁴⁶), fue capaz de llevar a efecto esa honda transformación del sistema federal alemán, constatando si, como era su propósito, la misma resulta efectiva para paliar o, al menos, mitigar la, quizás con ciertas dosis de alarmismo, denunciada parálisis que parece aquejar a la República Federal de Alemania⁸⁴⁷, incapaz –se dice– de llevar a cabo las profundas reformas institucionales, económicas, laborales, sociales, etc. que la misma precisa para hacer frente a los nuevos retos derivados de los paralelos procesos de reunificación interna, por un lado, y ampliación europea y globalización, por el otro.

En aquel momento (fines de 2005 / principios de 2006), todo parecía indicar que ese propósito reformador podría llevarse a cabo sin demasiadas complicaciones, en tanto en cuanto la Gran coalición, por sí sola, contaba con un número suficiente de

⁸⁴⁶ De los dieciséis integrantes del Gobierno Federal, incluida la Canciller Federal, ocho pertenecen al Partido Social Demócrata, y alguno de ellos ocupa carteras de gran importancia, como el antiguo Presidente del partido y de la *Comisión sobre el Federalismo*, Franz MÜNTEFERING, actual Vicecanciller y Ministro de Trabajo; el entonces Ministro-Presidente de Nordrhein-Westfalen, Peer STEINBRÜCK, hoy Ministro de Finanzas; o el antiguo hombre de confianza de Gerhard SCHRÖDER en la Cancillería federal, Frank-Walter STEINMEIER, nombrado Ministro de Asuntos Exteriores.

⁸⁴⁷ Como compendio de todas las críticas a que ha sido sometido el modelo federal alemán en los últimos años, valga por todos el libro de DARNSTÄDT, T.: *La trampa del consenso*, Estudio introductorio de Francisco Sosa Wagner: "El Estado se desarma", Editorial Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2005.

diputados en la Dieta Federal para aprobar holgadamente la referida modificación constitucional, aunque, bien es cierto, en el Consejo Federal era preciso contar también con el apoyo del Partido Liberal (FDP), dado que el mismo formaba parte de diversos Gobiernos de *Land*, suficientes como para evitar la formación de la mayoría de dos tercios constitucionalmente exigida para llevar a cabo la citada reforma (art. 79.2 GG). Con todo, tampoco éste parecía ser un obstáculo insalvable.

Más dificultades podían surgir en la negociación de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, al tratarse éste de un tema en el que las lealtades y las férreas disciplinas partidistas, pese a su vigor, pueden sucumbir, a nivel de Gobiernos de *Land*, frente a las irrenunciables necesidades e intereses particulares, sobre todo, teniendo en cuenta las fuertes disparidades, en términos de riqueza, que existen entre los antiguos *Länder* occidentales y los nuevos orientales, y dentro de aquéllos, entre los del sur y los del norte. En definitiva, todo Gobierno de *Land* debe responder, antes de nada, ante sus propios ciudadanos. El mismo hecho de que las negociaciones de estas cuestiones financieras no se hubieran querido (podido) incluir en el Acuerdo de gobierno de la Gran coalición, relegándolo a un debate diferenciado y de más pausado ritmo⁸⁴⁸, era suficientemente significativo a este respecto. En el próximo capítulo constataremos que tales previsiones eran realistas.

En este momento interesa poner de relieve cómo los temas tratados en la citada *Comisión sobre el Federalismo*, dada la gravedad de su contenido, ofrecían una idea aproximada del alcance de la discusión a que estaba siendo sometido en esos momentos el federalismo en Alemania; por su parte, la ausencia de algún asunto esencial de la agenda de debate nos permitía deducir igualmente cuáles eran los límites infranqueables con los que se encontraba (encuentra, por el momento) toda revisión del sistema federal, por muy ambiciosa que se pretenda.

⁸⁴⁸ La reforma del sistema federal anunciada se quería hacer realidad antes del verano de 2006. Por su parte, las negociaciones sobre las relaciones financieras se previó que comenzaran en febrero de ese mismo año, si bien hasta el final de la legislatura, otoño de 2009, no se aspiraba a llegar a ningún acuerdo definitivo.

En concreto, y a pesar de los requerimientos habidos, entre los que, por su contundencia, cabe destacar el del Ministro-Presidente de Baden-Württemberg, Erwin Teufel, la *Comisión sobre el Federalismo* no se ocupó de una de las cuestiones claves y más problemáticas del orden federal alemán, la de la *división territorial de los Länder (Länderneugliederung)* prevista en el art. 29 GG. Es decir, la reestructuración del territorio federal mediante la creación de *Länder* de similares características demográficas, geográficas, económicas y financieras que se encuentren en condiciones de acometer con las debidas garantías las tareas que les corresponden, sin necesidad de tener que recurrir constantemente a ayudas o subvenciones provenientes de la Federación o, en definitiva, de otros *Länder* a través de los mecanismos de compensación o equilibrio financiero (*Finanzausgleich*)⁸⁴⁹.

No obstante, la marginación de estas cuestiones en el orden del día de los trabajos de la *Comisión*, reflejo de la imposibilidad referida para lograr acuerdos políticos que permitan llevar a efecto una nueva división territorial, no siempre fue valorada negativamente. De hecho, para algunos expertos destacados, entre quienes se podría mencionar a Dieter Grimm, fue preferible que así fuera, pues un esfuerzo orientado en aquel sentido no solo hubiera sido vano sino que además habría torpedeado desde un principio el buen desarrollo de los trabajos de la *Comisión*. Alemania -sostienen estos autores- ya no se encuentra en la situación de *tabula rasa* de la que partía en 1945; aunque es cierto que solo una parte de los *Bundesländer* actualmente existentes son herederos de una dilatada tradición histórica, no lo es menos que todos los demás se han dotado durante los años transcurridos desde entonces de nuevas identidades regionales a las que no están dispuestos a

⁸⁴⁹ En este mismo sentido, vid. las reivindicaciones del diputado federal del Partido Demócrata-Liberal (FDP), Ernst BURGBACHER, Kprot. 1, pp. 16 ss.

renunciar fácilmente, como pone perfectamente de manifiesto el ejemplo del hasta el momento fracasado intento de fusión entre los *Länder* de Brandemburgo y Berlín⁸⁵⁰.

En definitiva, desde una doble perspectiva, tanto política como puramente pragmática, para los representantes de esta posición resultó perfectamente razonable no haber introducido este asunto en el orden del día de los trabajos de la *Comisión sobre el Federalismo*, previendo que la discusión que se hubiera suscitado en torno al mismo habría tenido un alto contenido emocional (propio de toda discusión jalonada de retóricas identitarias) que, como se decía, podría haber puesto en peligro desde sus mismos inicios el normal desenvolvimiento de los debates y negociaciones desarrollados en el seno de aquélla acerca de otras cuestiones más necesitadas de reforma⁸⁵¹.

Desde otros planteamientos se sostiene, sin embargo, que si se quiere llevar a cabo una auténtica reforma del federalismo alemán que sea verdaderamente eficaz, resulta imprescindible acometer esa tarea de reordenación del territorio federal con el fin, ya apuntado por el propio Tribunal Constitucional Federal, de crear *Länder* de iguales o similares dimensiones y capacidades que puedan competir autónomamente entre sí⁸⁵². Entre quienes se erigen en defensores de esta reordenación territorial destaca, desde un punto de vista institucional, la ex-Presidenta del Tribunal Constitucional Federal, Jutta Limbach, así como, sobre todo, el entonces Presidente del mismo, Hans-Jürgen Papier, para quien la misma es imprescindible si no se quiere que esa pretendida reforma sustancial del federalismo alemán se vea abocada al fracaso ante su incapacidad de maniobra, dado que la

⁸⁵⁰ En efecto, son muchas las voces que claman, al menos, por una fusión de estos dos *Länder*, pues como señala expresivamente Hermann RUDOLPH en su artículo "Feigheit vor dem Souverän", publicado el 17 de junio 2004 en *Der Tagesspiegel*, "Brandemburgo sin Berlín no está en condiciones de subsistir y Berlín sin Brandemburgo continúa siendo una isla".

⁸⁵¹ Edzard SCHMIDT-JORTZIG, Kdruck. 33, p. 1, pese a defender la razonabilidad de no presentar modelos o proyectos concretos de una nueva división territorial de Alemania, sostuvo, no obstante, la conveniencia de una discusión en torno a estos temas en la *Comisión sobre el Federalismo*, y, en concreto, en lo relativo al procedimiento (hoy regulado en el art. 29 GG) que podría en un futuro llevar a afrontar esa reforma.

⁸⁵² *BVerfGE* 86, 148 (270).

enorme diferencia de población y de capacidad financiera entre los actuales *Länder* impide hoy por hoy renunciar a un equilibrio financiero nivelador, que lo único que hace es poner de relieve la dependencia a que los *Länder* más “débiles” desde esos puntos de vista se encuentran sometidos en relación con los más poblados y mejor dotados financieramente⁸⁵³.

Con argumentos similares, en la Sección de Derecho Público del Congreso Anual de los Juristas Alemanes se defendió mayoritariamente la opinión de que era preciso llevar a cabo una división territorial de los *Länder* de carácter parcial, de manera que éstos en el futuro pudieran cumplir sus tareas de manera eficaz. A tal efecto, se propuso que, en lo posible, los *Länder* actualmente existentes no fueran divididos para formar parte del territorio de los nuevos *Länder* y que, en ningún caso, se separasen aquellas comarcas que tuvieran un marcado carácter regional uniforme⁸⁵⁴.

Asimismo, por parte de los actores sociales y económicos, Michael Rogowski, Presidente de la Federación industrial alemana, se mostró convencido también de que en la actualidad el federalismo alemán “se encuentra entumecido, es demasiado caro y, sobre todo, ineficaz”, por lo que los dieciséis *Länder* actuales deberían reducirse a ocho, que fuesen más eficientes desde la triple perspectiva geográfica, demográfica y económico-financiera⁸⁵⁵.

⁸⁵³ Vid. la entrevista al Presidente del Tribunal Constitucional Federal, Hans-Jürgen PAPIER, en *Der Tagesspiegel*, de 14 de septiembre de 2003, p. 8, así como el artículo titulado “Papier für eine Neugliederung”, en *Die Tageszeitung*, de 10 de agosto de 2004, p. 24.

Más recientemente, a propósito del debate abierto acerca de la reforma de la Constitución financiera, el Jefe del SPD en Sachsen-Anhalt, Jens BULLERJAHN, demandó una fusión de este *Land* con Thüringen y Sachsen, lo que animó un debate que se encontraba en punto muerto (vid. el artículo “Stadt, Land – bald im Flux?”, publicado el 30.12.2005 en *Der Tagesspiegel*).

⁸⁵⁴ Hans-Jürgen HENNEKE, Kdruck. 76, p. 2.

⁸⁵⁵ Vid. también la “Propuesta de los Presidentes de los Grupos parlamentarios del FDP en las Dietas de los *Länder* sobre la reforma del Federalismo”, formulada por Jörg-Uwe HAHN, Kdruck. 58, p. 14, en donde se apuesta decididamente por facilitar a los ciudadanos de cada *Land* el ejercicio de un derecho de autodeterminación en este sentido.

Estas dos visiones enfrentadas constituyen, en realidad, el reflejo de dos maneras distintas de concebir el federalismo. En el primer caso, primarían los elementos nacionales, culturales o identitarios sobre los pragmáticos, y ello pese a que la mayor parte de los *Länder* actualmente existentes tengan su origen con posterioridad a la II Guerra Mundial. En el segundo, por el contrario, se pondría el acento en el momento organizativo, otorgando, en consecuencia, el máximo relieve, sobre todo, a las capacidades económico-financieras de los *Länder*, con independencia de las afinidades colectivas desarrolladas desde 1945 entre los habitantes de cada uno de los mismos. No parece que hoy por hoy sea posible conciliar ambas concepciones, pero ello tampoco debe constituir el núcleo de las preocupaciones de la reforma del sistema federal, pues finalmente resulta difícil encontrar algún Estado territorialmente descentralizado en el que no existan esas disparidades entre las partes que lo integran, ubicándose precisamente ahí una de las claves del principio federal: crear unidad en la diversidad a través de mecanismos de solidaridad.

G.- HACIA UN NUEVO MODELO DE FEDERALISMO COMPETITIVO

A la vista de todas las negociaciones abiertas, y de las observaciones y pronunciamientos realizados por señalados representantes de la vida política, institucional y económico-social que hemos visto hasta el momento, se puede apreciar claramente que lo que, en realidad, está sucediendo en la República Federal de Alemania es que se está llevando a la palestra política un debate que, en sus entrañas, reivindica un cambio de paradigma en la forma de entender las relaciones federativas del Estado central con los Estados miembros y de estos mismos entre sí. Las voces que claman por un modelo de federalismo competitivo (*Wettbewerbsföderalismus*) que sustituya al vigente y agonizante modelo de federalismo cooperativo (*kooperativer Föderalismus*) son cada vez más numerosas y sonoras⁸⁵⁶. Incluso, el propio Tribunal Constitucional Federal tuvo ocasión de pronunciarse acerca de los “peligros” inherentes al modelo cooperativo de federalismo, en un sentido tal que hacía entrever su preferencia asimismo por el reforzamiento de los elementos competitivos⁸⁵⁷.

A nivel político, tal vez la expresión más decidida y diáfana a favor de este nuevo federalismo competitivo, como no podía ser menos, sea la expresada por los Presidentes de los Grupos Parlamentarios del Partido Demócrata-Liberal (FDP) en las Dietas de los *Länder*. En su opinión, el federalismo competitivo, en tanto que

⁸⁵⁶ A mero título de ejemplo, entre los representantes políticos, vid. Günter KRINGS y Tanja GÖNNER, Kdruck. 19, pp. 7 ss., así como Kurt BECK, Kdruck. 35, p. 2. Entre los agentes sociales, vid. el artículo publicado el 13 de abril de 2004 en *Der Tagesspiegel* por Dieter HUNDT, Presidente de la Agrupación Federal de las Federaciones Alemanas de Empresarios, bajo el indicativo título “Klare Verantwortung, schnelle Entscheidung” (“Responsabilidad clara, decisión rápida”).

La recepción en la Academia de este debate se pone de relieve, por ejemplo, en el interés que el mismo despierta entre los alumnos, algunos de los cuales dedican su Trabajo de Licenciatura (*Diplomarbeit*) al estudio de estas cuestiones. A título de ejemplo, vid. DIETSCH, T.: *Wettbewerbsföderalismus vs. Kooperativer Föderalismus?* (Reformen im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland), Diplomarbeit, Freie Universität Berlin, 2004. Asimismo, en sentido crítico con el concepto “Federalismo competitivo”, vid. SCHATZ, H. / van OYEN, R.CH. / WERTHES, S.: *Wettbewerbsföderalismus* (Aufstieg und Fall eines politischen Streitbegriffes), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2000.

⁸⁵⁷ *BVerfGE* 41, 291 (307).

principio descentralizador, resulta absolutamente imprescindible. Con su instauración los poderes públicos no solo se verán obligados a actuar de modo más cercano a los ciudadanos, sino que además se conseguirá un fortalecimiento de la responsabilidad propia de cada uno de ellos y, en consecuencia, una concurrencia de los *Länder* y de los municipios entre sí. La única manera de evitar las imbricaciones políticas hasta ahora existentes, que tanto dificultan la toma de decisiones y la asunción de responsabilidades, es potenciar los elementos competitivos, porque “[e]l federalismo -aseguran- no puede ser confundido con el afán de nivelación o igualación, sino que debe significar exactamente lo contrario: ¡igualdad de oportunidades en lugar de igualdad de resultados! El federalismo garantiza la autonomía de los *Länder*, la competencia y la variedad cultural, social, económica y política”⁸⁵⁸.

Hasta tal punto ha calado este discurso sobre el federalismo competitivo en la opinión pública alemana que algunos (analistas) políticos han llegado a poner en duda, e, incluso, a calificar de error o “anticualla”, una de las “vacas sagradas” del federalismo germano, la de la igualdad o equivalencia de las condiciones de vida de todas las ciudadanas y ciudadanos con independencia del lugar en donde residan⁸⁵⁹. Se afirma que esta exigencia, introducida en un momento en el que los *Länder* alemanes, a causa de la II Guerra Mundial, debían soportar cargas muy diferentes, ha conducido a una nivelación y burocratismo que busca, por encima de todo, el equilibrio entre los *Länder* y que asfixia, en consecuencia, la variedad o diferencia consustancial a todo sistema federal genuino; de ahí la necesidad imperiosa de acabar con ella.

Hay que devolver a los *Länder*, se sostiene, una gran parte de las facultades legislativas que fueron a parar a manos de la Federación (la asistencia social, el derecho medioambiental, el fomento de la economía, las remuneraciones en el

⁸⁵⁸ Esta “Propuesta de los Presidentes de los Grupos parlamentarios del FDP en las Dietas de los *Länder* sobre la reforma del Federalismo”, fue formulada por Jörg-Uwe HAHN, Kdruck. 58, pp. 1 ss.

⁸⁵⁹ Stefan HOMBURG, Kprot. 5, p. 99 y 119.

servicio público, así como el derecho económico y laboral). Solo de esa forma aquéllos se encontrarán en condiciones óptimas para reaccionar ante sus propias singularidades regionales, así como para responder a los intereses del mismo carácter. Los Parlamentos de los *Länder* han sido los auténticos perdedores de esa forma de entender las relaciones federativas que se ha dado en llamar “federalismo participativo” (*Beteiligungsföderalismus*), en donde los órganos ejecutivos son los verdaderos protagonistas en los procesos de toma de decisiones. Se debe restaurar, por tanto, a las Dietas de los *Länder*, tomando como principio inspirador el criterio de la subsidiariedad, buena parte de esas competencias que antes ejercían, pues el Estado federal alemán demanda la existencia de unos *Länder* dotados de importantes facultades legislativas, de cuyo ejercicio respondan directamente ante la ciudadanía. De llevarse a efecto estas medidas, se instauraría en las distintas relaciones federativas la competencia y la política de *Land* podría ser tomada como un campo de experimentación.

Por otra parte, continúan los promotores de este cambio de modelo, esos temores a que el principio de igualdad de las condiciones de vida se vea dañado, argumento principal de quienes se oponen a una reforma constitucional que otorgue más competencias a los *Länder*, no dejan de ser en cierto modo ficticios, pues la realidad muestra que tales condiciones de vida, aún hoy en día, no son las mismas en todos los *Länder* (observándose, al respecto, bien la diferencia entre los antiguos *Länder* orientales y los occidentales). Además, en último término, tal equivalencia de las condiciones de vida quedaría mínimamente garantizada por efecto de la normativa comunitaria, que también demanda la existencia de una cierta homogeneidad a este respecto en el seno de todos los Estados miembros de la Unión Europea.

No obstante este creciente y “contagioso” entusiasmo por la transformación del modelo actual de federalismo cooperativo en otro de corte mucho más competitivo, presente, sobre todo, en las filas de determinados agentes económicos, así como en la mayoría de los *Länder* regidos en ese momento por la Unión Cristiano Demócrata (a solas o en coalición con el Partido Demócrata-Liberal), también hay, como se

anunció ya, quienes, desde posiciones más ponderadas, advierten del peligro que podría suponer la instauración de un federalismo competitivo ilimitado, que conllevara la ruptura de un principio básico del Estado federal, el de la solidaridad recíproca de la Federación y los *Länder* y de éstos entre sí, que, en todo caso, se ha de mantener⁸⁶⁰.

En último término, como sostiene Paul Kirchhof, ex-Magistrado del Tribunal Constitucional Federal y Profesor de Derecho Público de la Universidad de Heidelberg, dada la desigualdad económica y financiera tan importante que aún existe entre el este y el oeste del país (y, en menor medida, entre el norte y el sur), la introducción de un mayor grado de competencia entre los *Länder*, podría crear un alejamiento entre las condiciones de vida a uno y otro lado susceptible de poner seriamente en peligro la paz y estabilidad interior de todo el país, tarea principal ésta que fundamenta la existencia misma de todo Estado moderno.

⁸⁶⁰ Véanse las intervenciones en la primera sesión de la *Comisión sobre el Federalismo* de la Ministra Federal de Justicia, Brigitte ZYPRIES, la Presidenta del Grupo parlamentario de Alianza 90/Los Verdes, Krista SAGER, así como del Ministro-Presidente de Sachsen-Anhalt, Wolfgang BÖHMER, Kprot. 1, pp. 19 ss.; 14; y 15 ss., respectivamente.

H.- TOMA DE POSTURA

Sin necesidad de tomar partido decididamente por una u otra de estas posiciones que se podrían calificar de maximalistas (federalismo cooperativo *versus* federalismo competitivo), pues no faltan en ambas argumentos y razones a tener en consideración, más bien lo que se impone ahora es analizar detenidamente en qué ámbitos es preciso introducir mayores niveles de competencia y en qué otros, por el contrario, es preferible mantener o, incluso, acentuar los elementos cooperativos y, por ende, solidarios.

En realidad, esta confrontación entre federalismo cooperativo y competitivo parte de una visión de las cosas, en cierta medida, errónea, pues resulta incuestionable que hoy en día los *Länder* alemanes se encuentran ya en diferentes situaciones competenciales en el seno de la Unión Europea, en relación con la Federación y, especialmente, en la lucha por atraer inversores, también entre sí mismos. De hecho, determinadas formas del criticado federalismo cooperativo se han desarrollado precisamente con la intención de mitigar algunos de los efectos secundarios dañinos que provocó la competencia federal; solo un (mal) ejemplo es la traslación de la remuneración de los funcionarios al ámbito de la legislación concurrente federal (art. 74a GG)⁸⁶¹.

De lo que se trata, por consiguiente, es de reforzar la presencia de determinados elementos competitivos sin renunciar por ello a formas de cooperación que, en todo caso, van a resultar necesarias en un Estado federal que, por muy descentralizado que se quiera que sea, no deja de ser una unidad organizativa de los distintos poderes públicos que requiere cierta homogeneidad. Como sostiene Edzard Schmidt-Jortzig, Profesor de Derecho Público de la Universidad Christian Albrecht de Kiel, en un Estado federal los dos niveles estatales, la Federación y los *Länder*,

⁸⁶¹ En efecto, existe un acuerdo bastante generalizado sobre el error que supuso la introducción del art. 74a en la Ley Fundamental. Valga por todos, Rupert SCHOLZ, Kprot. 8, p. 186. Téngase en cuenta, no obstante, que este art. 74a GG fue derogado en la reforma constitucional de 2006 con las consecuencias que veremos en el próximo capítulo.

no pueden encontrarse uno al lado de otro sin establecer entre ellos algún tipo de relación, pues algo así conduciría irremediablemente a la desintegración del Estado global. La Ley Fundamental de Bonn lo ha reconocido así de modo explícito al garantizar en el art. 79.3 GG, frente a cualquier posible modificación constitucional, el principio de colaboración de los *Länder* en la creación de la legislación federal⁸⁶². Necesidad ésta que se ve acentuada aún más en los Estados descentralizados miembros de una entidad (paraestatal) de carácter supranacional, como lo es la Unión Europea, debido a la presencia en este caso de un tercer nivel de poder público, el comunitario, con competencias crecientes.

Así las cosas, solo será posible poner freno a las denunciadas tendencias marcadamente centralizadoras si se admite la posibilidad de que tanto la Unión Europea como la Federación y los *Länder* pueden ser legislativamente competentes para la regulación de los diferentes aspectos de una misma materia, lo que significará que alguno de éstos requerirá una normativa uniforme a nivel europeo, mientras que otros, por el contrario, admitirán o, incluso, demandarán una regulación diferenciada bien a nivel estatal, bien a nivel regional o de *Land*⁸⁶³.

De este modo, parece plena de sentido una apuesta decidida por una mejor y más nítida separación de los ámbitos competenciales de la Federación y de los *Länder*, llegando incluso al extremo de optar porque, si no todas, sí, al menos, la mayoría de las facultades legislativas atribuidas a una y a los otros sean de carácter exclusivo⁸⁶⁴; algo que, por cierto, no está tan lejos de lo que ya sucede, pues, como

⁸⁶² Edzard SCHMIDT-JORTZIG, Kdruck. 6, p. 3.

⁸⁶³ Fritz W. SCHARPF, Kdruck. 14, pp. 8 ss.

⁸⁶⁴ Esto es lo que propuso explícitamente el Gobierno Federal por boca de su Ministra de Justicia, aun reconociendo que tal reparto competencial era (es) extremadamente complejo (Brigitte ZYPRIES, Kprot. 9, p. 212). También los Presidentes de los Grupos parlamentarios del FDP en las Dietas de los *Länder* defendieron la existencia de dos únicos tipos de facultades legislativas: las exclusivas de la Federación y las exclusivas de los *Länder*; de forma que la legislación concurrente y la marco deberían ser suprimidas, siendo la regulación de sus materias atribuida o bien a la Federación o bien a los *Länder*; por último, aquellas materias cuya regulación no estuviera atribuida constitucionalmente a la legislación federal caerían bajo la facultad legislativa de los *Länder* por aplicación de los arts. 30 y 70 GG ("Propuesta de los Presidentes de los Grupos parlamentarios del FDP en las Dietas de los *Länder* sobre la reforma del Federalismo", formulada por Jörg-Uwe HAHN, Kdruck. 58, p. 3).

se dijo con anterioridad, en el extenso campo de la impropia llamada legislación concurrente las facultades de actuación que tiene reconocidas la Federación, cumplidas ciertas condiciones habilitantes, son tan amplias como las que le corresponden a la misma en el terreno de la legislación exclusiva.

Sin llegar a defender aquí la elevación al absoluto que de la proposición kelseniana realiza el profesor Hans-Peter Schneider en su formulación: “La única razón de por qué, en definitiva, los Estados federales tienen Constituciones escritas es un claro reparto de competencias”⁸⁶⁵, lo que sí parece indudable es que una distribución estricta de éstas es condición necesaria para el correcto desenvolvimiento de las relaciones cooperativas entre la Federación y los *Länder*. Solo cuando aquélla y éstos tengan reconocidos y taxativamente delimitados ámbitos materiales sobre los que actuar en exclusiva (con el alcance que les corresponda), podrán acudir sin mayores obstáculos a las formas voluntarias de cooperación que precisen⁸⁶⁶. De lo

⁸⁶⁵ Hans-Peter SCHNEIDER, Kprot. 9, p. 109.

⁸⁶⁶ No se ignora aquí, sin embargo, que en muchas ocasiones la realidad no es fácilmente divisible en compartimentos estancos y que las materias objeto de las facultades legislativas que se han de atribuir o bien a la Federación o bien a los *Länder* con frecuencia se encuentran tan entrelazadas que una clara separación entre ellas requiere una labor de “cirugía” jurídica, generalmente cuestionable, en tanto que el criterio decisorio no siempre es claro. Con todo, esa separación competencial, por muy difícil que sea en la realidad material, ha de ser posible desde un punto de vista estrictamente jurídico.

Como reconoce Arthur BENZ, Kdruck. 10, p. 3, hay que prevenir frente a la adopción de un concepto simple de federalismo de separación que, en realidad, no rige en ningún Estado federal, y, en esa medida, el orden competencial debe corresponderse con la complejidad de las materias a regular. Ahora bien, reconocida la certeza de esta observación, resulta más difícil compartir su siguiente razonamiento: “un federalismo de separación aumenta más aún la criticada mezcla de responsabilidades cuando se produce la coordinación entre los distintos niveles en negociaciones ejecutivas informales”. Y es que no parece que le sea achacable a la división competencial estricta, con todas sus dificultades, la mezclanza de responsabilidades mencionada, más bien esta es consecuencia, como se decía en el texto principal, de la ausencia o, en su caso, enorme dificultad de dividir con claridad los ámbitos materiales de modo que puedan ser atribuidos en exclusiva a la regulación legal de la Federación o de los *Länder*. En esa medida, me sigue pareciendo necesario evitar tal ausencia y combatir la mencionada dificultad, aun a sabiendas de que en algunos supuestos resultará muy discutible el trazado de la correspondiente línea divisoria.

Vid. también del mismo autor, Kdruck. 17, pp. 1 ss., en donde BENZ, en su apuesta por unas reglas competenciales más flexibles, realiza una defensa de las categorías de la legislación concurrente y marco, contraponiéndolas a la legislación exclusiva de la Federación, al tiempo que destaca, en la línea de lo mantenido por Hans MEYER y Fritz W. SCHARPF, que el margen para una corrección de la centralización competencial tantas veces denunciada a través de la supresión de materias

contrario, la disputa quedará (casi) siempre reducida a la cuestión de quién, si la Federación o los *Länder*, es competente para la regulación de una determinada materia. Obviamente, habrá determinados campos en que será precisa una colaboración de los poderes públicos federales y de los *Länder* para su completa regulación y desarrollo, pero incluso en estos casos será conveniente que la competencia básica o marco de la Federación esté constitucionalmente tan delimitada como sea posible, de forma que quede también garantizada en la práctica la competencia de desarrollo y ejecución de los *Länder*. Se trata, en definitiva, de evitar que siga sucediendo lo que ahora ocurre con la legislación marco, que ha sido empleada de un modo tan extensivo, abusivo, cabría decir, por parte de la Federación, que a los *Länder* apenas si les resta algo que regular legislativamente⁸⁶⁷.

En último término, habrá que estudiar cada supuesto concreto de la legislación marco a fin de determinar si la materia que constituye su objeto puede ser regulada en exclusiva y de manera completa por la Federación o por los *Länder* o si, por el contrario, conviene continuar con esta forma de colaboración normativa, porque interese garantizar determinados estándares nacionales mínimos, sin perjuicio de que reste también un margen, tan amplio como sea posible, para una legislación específica de los *Länder*⁸⁶⁸. Pero también en este último caso tanto la competencia marco de la Federación como la de desarrollo de los *Länder* habrá de ser exclusiva (lo que no se debe confundir con el hecho de que se trate de una regulación completa de la materia en cuestión).

completas del catálogo de la legislación concurrente o del de la marco a favor de los *Länder* es claramente estrecho.

⁸⁶⁷ Esta es precisamente la razón principal que ha motivado que en el apartado II.5 de las Conclusiones del grupo de trabajo de la coalición para la reforma del federalismo que integran el Anexo 2 del Acuerdo de gobierno de la Gran coalición (<http://www.bundesregierung.de/Anlage920135/Koalitionsvertrag.pdf>) se haya optado por una supresión radical de la legislación marco.

⁸⁶⁸ En la línea de lo mantenido por Edzard SCHMIDT-JORTZIG, Kprot. 3, p. 67, quien frente a la opinión mayoritaria favorable a reducir o, incluso, suprimir la legislación marco y la legislación básica federal, se muestra partidario de mantener todos los tipos legislativos existentes, pues de ese modo, en su opinión, se dispone de más y mejores instrumentos para acometer la necesaria coordinación entre los diferentes intereses y condiciones de vida de la Federación y los *Länder*.

De esta forma, podría llegarse a la conclusión de que sería preferible que algunas de las materias hoy objeto de la legislación marco fueran reguladas completamente en exclusiva por la Federación o los *Länder* y que otras atribuidas a la denominada legislación concurrente federal fuesen mejor reguladas a través de esta técnica de cooperación normativa que es la legislación marco (en el sentido en que aquí se la entiende). Se contribuiría así a potenciar la deseada “refederalización competencial”, en tanto en cuanto a los *Länder* les podrían quedar amplias posibilidades de actuación autónoma en el ámbito de la legislación marco, inexistentes en el terreno de la legislación concurrente, ya que, como sabemos, cuando aquí actúa la Federación agota la regulación de la materia en cuestión.

En todo caso, lo que parece también claro es que un sistema tan complejo como éste solo puede funcionar correctamente si entre todos los niveles de poder público (el federal y el de *Land*, pero también, no se olvide, el comunitario, cada vez más presente) existe, a la hora de actuar legislativamente, un respeto o consideración recíproca. Los *Länder* han de renunciar, al ejercer sus competencias, a dificultar o entorpecer a la Federación el ejercicio de las suyas propias. De igual modo, ésta tampoco puede blindar sus competencias hasta tal punto que haga imposible a los *Länder* establecer una regulación legislativa autónoma capaz de dar respuesta a los problemas regionales. Algo similar cabría decir respecto de la relación tanto de aquélla como de éstos con las instituciones comunitarias. Como ha venido estableciendo el Tribunal Constitucional Federal en una abundante jurisprudencia, las relaciones entre (la Unión Europea,) la Federación y los *Länder* han de regirse por la máxima del “comportamiento federal amistoso” (“*bündnisfreundliches Verhalten*”) o por el principio de la “lealtad federal” (“*Bundestreue*”)⁸⁶⁹.

⁸⁶⁹ Son muchas, como se decía, las sentencias en las que paulatinamente el Tribunal Constitucional Federal ha ido perfilando los contornos de este principio de lealtad federal. A título de ejemplo, valgan las siguientes: *BVerfGE* 1, 117 (131); 1, 299 (315); 6, 309 (361); 8, 122 (138); 12, 205 (254); 34, 9 (20, 44); 42, 103 (117); 43, 291 (348); 73, 118 (197); 81, 310 (337); 86, 148 (211 ss.); etc.

Aunque la cuestión de cómo mejorar la autonomía legislativa de los *Länder* podría quedar respondida, siquiera sea de manera indiciaria, de esta forma, lo cierto es que el gran interrogante sobre el reparto competencial -como recuerda Arthur Benz- queda aún en el aire: ¿qué criterios generales se pueden seguir a la hora de decidir si una materia ha de ser regulada de manera uniforme por la Federación o de modo descentralizado por los *Länder*?⁸⁷⁰ - No parece que a este respecto los criterios científicos por sí solos puedan resolver la duda. Más bien se trata de una “genuina cuestión política”, muy influenciada por el desarrollo social, económico, político e histórico-cultural de cada Estado federal. Con todo, uno de los criterios orientadores puede ser el de evitar o reducir al máximo las interdependencias entre los distintos niveles del Estado federal, enlazando a tal efecto las materias afines (por ejemplo, en los ámbitos de la educación y de la enseñanza superior o en el de la protección medioambiental y de los consumidores). La consecuencia lógica de estos enlazamientos competenciales radicará en el favorecimiento de la centralización, por lo que hay que pensar también en otras medidas que fomenten la descentralización. Así, para aquellas materias que no se dejen clasificar de manera evidente en la órbita de la Federación o de los *Länder* habrá que buscar una forma adecuada de diferenciación o división competencial (*Kompetenzdifferenzierung / Kompetenzteilung*).

A tal efecto, siguiendo en este punto el razonamiento de Arthur Benz en relación con los derechos de intervención de los *Länder*, son imaginables dos variantes: en primer lugar, fijar explícitamente las competencias parciales de la Federación y de los *Länder*, y/o, en segundo término, establecer una diferenciación procedimental de las competencias. Ambas alternativas presentan inconvenientes, siendo el más claro, respecto de la primera de ellas, el hecho de que la decisión sobre el cumplimiento centralizado o descentralizado de las tareas se encuentra sometido a las mismas dificultades; además, esta solución conduce a un orden competencial muy complicado, en el que los problemas interpretativos no solo no desaparecen,

⁸⁷⁰ Arthur BENZ, Kdruck. 17, pp. 1 ss.

sino que, incluso, se incrementan; por último, reduce la flexibilidad del sistema federativo. Por su parte, en el caso de las diferenciaciones procedimentales de las competencias el problema principal radica en que, en un primer momento, en caso de duda, el reparto de las competencias tenderá hacia la centralización, con lo que tampoco se conseguirá ofrecer una solución adecuada al problema planteado⁸⁷¹.

Reconocer la existencia de esos inconvenientes, sin embargo, no tiene por qué significar la aceptación de las conclusiones que de ello se extraen. Puede ser verdad que una división estricta de las competencias entre la Federación y los *Länder* es susceptible de “complejizar” el orden competencial, pero, tal y como se defiende aquí, parece preferible que esa tarea la asuma el legislador constitucional y que, por tanto, quede plasmada en la Ley Fundamental con el mayor rigor posible, que no dejarla abierta al intérprete de la Constitución, sea éste el legislador federal, el de *Land* o, en su caso, el propio Tribunal Constitucional Federal. Entre las funciones esenciales de una Constitución se encuentra el establecimiento de la organización territorial del Estado y dentro de ésta ocupa un lugar destacado la distribución de las competencias entre los distintos niveles estatales integrantes del Estado federal. De ahí que no se pueda aceptar en este punto el razonamiento contrario de quienes prefieren libremente dejar en manos de un poder constituido la determinación del orden competencial.

Cambiando de tercio, y en relación con el *Bundesrat* o Consejo Federal, solo quisiera realizar una observación. Cualquier reforma del mismo que se proponga llevar a cabo con el objetivo último de dar más relevancia a su función característica de representación de los *Länder* debe partir de una realidad que se impone más allá

⁸⁷¹ En efecto, aunque Arthur BENZ, Kprot. 1, pp. 4 ss., destaca estos inconvenientes en relación con los derechos de intervención de los *Länder*, y se inclina por la segunda variante, distinguiendo entre dos tipos de diferenciaciones procedimentales de competencias (los derechos de intervención de los *Länder* en relación con las competencias federales y la legislación básica, de armonización, en realidad, de la Federación en relación con determinadas competencias de los *Länder*), lo cierto es que su argumentación es igualmente válida en lo que se refiere a las meras divisiones competenciales entre la Federación y los *Länder*, más allá, pues, del reconocimiento o no de esos derechos de intervención mencionados.

de cualquier diseño teórico abstracto. La realidad de la función que desde comienzos del siglo anterior y, muy particularmente, desde el final de la II Guerra Mundial, desempeñan los partidos políticos en el juego de las mayorías y minorías parlamentarias y de gobierno.

Si desde una perspectiva, como se decía, meramente teórica, en las relaciones federativas partes son la Federación y los *Länder*, en la práctica política las fuerzas que dirimen el conflicto no son otras que las partidistas. Como de manera muy gráfica expresó Dieter Grimm, “las lealtades partidistas se superponen a los intereses de los *Länder*”. Ello significa, en lo que afecta al Consejo Federal, que las decisiones que aquí se adopten, básicamente otorgar o no la conformidad a los proyectos de leyes federales, dependerán más del color del partido o de la coalición de partidos que tenga la mayoría en la Dieta Federal y del que asimismo ostente un mayor número de votos en el Consejo Federal, que de los intereses genuinos de los *Länder*⁸⁷². Los Gobiernos de éstos y, más en concreto, los Ministros-Presidentes de cada *Land*, orientan su actuación política muy pendientes de las consecuencias que ella pueda tener a nivel federal. Y tanto más así será cuanto más rígidas o férreas sean las estructuras internas del partido político en cuestión. Los partidos fuertemente cohesionados, que actúan en base a un principio jerárquico muy marcado, apenas dejan margen de maniobra a sus “sucursales periféricas.”

En consecuencia, con fundamento en esta premisa, difícilmente cuestionable, que en Alemania ya a mediados de los años setenta de la pasada centuria Gerhard Lehbruch se encargó de teorizar en un magnífico trabajo sobre la competencia

⁸⁷² Quizás el ámbito más claro en el que esta regla general de funcionamiento de la democracia de partidos puede hacer aguas sea el de la negociación de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, pues en este caso suele primar el interés regional, cuestión de mera “supervivencia”, sobre el partidista, en el caso de no ser coincidentes a nivel federal y de *Land*. Esta era la razón, precisamente, de que, como se decía más arriba, existieran algunos temores de que la proyectada reforma del sistema federal por parte del Gobierno de Gran Coalición pudiera fracasar. El hecho de que se haya decidido apartar la discusión de estas cuestiones financieras a otro lugar y momento es indicativo de lo que aquí se apunta.

partidista⁸⁷³, ha de partir todo proyecto de modificación de la composición y/o funciones del Consejo Federal. A tal efecto, se ha llegado a proponer como única alternativa a esta “dictadura de los partidos políticos” un fortalecimiento del rol que el pueblo mismo está llamado a jugar en la configuración de la decisión política, otorgándole, en ese sentido, mayores posibilidades de que se exprese de manera eficaz, mediante la introducción de los métodos de la democracia directa a nivel federal, la facilitación de la misma en el ámbito de los *Länder* y la mejora del derecho electoral. En esta línea, Herbert von Arnim se muestra abiertamente partidario de que los Ministros-Presidentes de cada *Land* sean elegidos directamente por su pueblo respectivo, pues ello les otorgaría una legitimidad que les permitiría distanciarse de las tensiones político-partidistas de carácter federal y centrarse así en los asuntos propios de su territorio.

Sin negar lo atractivo de esa propuesta, cabe preguntarse, no obstante, si la misma es verdaderamente apta para cumplir el cometido que se le asigna. Y es que aunque, en efecto, un Ministro-Presidente de *Land* directamente elegido por los ciudadanos ostenta una legitimidad de primer grado que, en principio, solo le obliga con su pueblo, al margen, pues, de su pertenencia a uno u otro partido político, no es menos verdad que el poder de este último, del partido político en cuestión, es determinante para encumbrar a aquél, el candidato a Ministro-Presidente, a tan alta magistratura. Y resulta cuando menos ingenuo creer que esa fortísima ligazón que existe entre el candidato a Ministro-Presidente de *Land* con su partido político se disolverá “mágicamente” una vez que éste haya ganado las correspondientes elecciones. Está además por ver que algo así, aunque posible, sea deseable. La idea de un partido político de ámbito federal desestructurado a nivel de *Land* por la presencia de “primeros espadas políticos” que no siguen o, incluso, ignoran o contradicen las consignas o directrices provenientes de la ejecutiva federal, amén de resultar atractiva desde una perspectiva del ideal democrático, es la imagen

⁸⁷³ LEHMBRUCH, G.: *Parteienwettbewerb im Bundesstaat*, 1976. Vid. también BENZ, A.: “Reformpromotoren oder Reformblockierer? Die Rolle der Parteien im Bundesstaat”, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 29-30, 2003.

premonitoria de un partido que a nivel federal está condenado a sufrir mucho en las contiendas electorales, ante la dificultad que encontrará para explicar a sus potenciales votantes la virtualidad y viabilidad de un programa que no es compartido con igual intensidad en todas las partes del territorio federal. Y esto es algo que los partidos mismos lo saben muy bien, de ahí su tendencia irrefrenable a construir estructuras de organización interna tan rígidas.

Si lo dicho en el párrafo anterior es cierto, ¿qué queda por hacer entonces? Me parece que, como premisa de cualquier medida ulterior, de lo primero que hay que partir, cuando se trata de arbitrar alternativas jurídico-políticas de alcance estatal, es de un conocimiento cierto y contrastado de la realidad a la que se desea responder y no de ficciones sobre las que construir entelequias. En este sentido, creo que a falta de una alternativa seria en las llamadas democracias occidentales al vigente sistema de partidos, lo que hace falta es tener una idea clara de hacia dónde se quiere ir y por qué se quiere apostar en el futuro a la hora de remozar los cimientos de un sistema, como el federal alemán, de tan arraigada tradición (más ficticia que cierta, también es verdad, pues como ya tuvimos oportunidad de ver más arriba, el federalismo alemán se caracteriza significativamente por sus esencias centralistas).

A tal efecto, y solo como declaración de principios, me parece que precisamente en democracia se ha de apostar, siempre que sea posible y viable, por el pueblo como punto obligado de referencia, lo que en términos funcionales significa mirar de frente a la institución parlamentaria⁸⁷⁴. El Parlamento como foro de discusión de todo lo concerniente a la esencia de la *res publica*, pero también como lugar de adopción de decisiones no previamente “cocinadas” en la trastienda, a oscuras, sin luz y taquígrafos. No se propone aquí, por tanto, nada nuevo. La apuesta por una

⁸⁷⁴ En la línea de lo mantenido por Peter M. HUBER, Kprot. 3, p. 54, para quien el horizonte de fondo de la optimización del principio democrático obliga a devolver tanto poder de decisión como sea posible a las instituciones parlamentarias, la Dieta Federal y las correspondientes Dietas de cada *Land*, a nivel interno, y el Parlamento Europeo, a nivel comunitario. A favor de una potenciación del papel de las Dietas de los *Länder*, vid. también Wolfgang DREXLER / Jörg-Uwe HAHN / Martin KAYENBURG / Winfried KRETSCHMANN / Volker RATZMANN / Jürgen RÜTTGERS / Ingo WOLF, Kdruck. 36, pp. 1 ss.

“reparlamentarización” de la vida pública viene de antiguo, casi desde los propios orígenes revolucionarios de la institución parlamentaria en sentido moderno, a fines del siglo XVIII en Francia.

Pero, ¿qué significa y cómo se puede articular esta “reparlamentarización” en un Estado federal como el alemán? - En líneas generales, de dos maneras. Por un lado, otorgando un mayor protagonismo a la Dieta Federal, en tanto que órgano constitucional de más amplia base democrática, en la tarea legislativa. Lo que tendrá su contrapunto en la reducción de los derechos de participación del Consejo Federal en la conformación de la legislación federal a aquellos supuestos en que efectivamente exista un interés de los *Länder* en el contenido de la misma porque se afecten de manera directa ámbitos materiales de su competencia. Por otro lado, y esto es quizás lo más importante, esa “reparlamentarización” también se conseguiría en buena medida si las Dietas de los *Länder* fueran las encargadas de elegir por mayoría cualificada a quienes han de representar a los respectivos *Länder* en el Consejo Federal⁸⁷⁵. Ello obligaría en la mayoría de los casos a los distintos partidos políticos a buscar fórmulas de consenso para designar a esos representantes, que serían, por tanto, directamente responsables de su actuación en el Consejo Federal ante el Parlamento de *Land* y, por ende, ante el correspondiente pueblo del *Land*⁸⁷⁶.

Es ésta una propuesta que, no se ignora, conlleva sus riesgos, en tanto que mediante la misma “se fuerza” a los partidos políticos a nivel de *Land* a practicar una

⁸⁷⁵ Lo que no quiere decir que sean las propias Dietas de los *Länder* las que intervengan directamente en el Consejo Federal, alternativa ésta que Peter M. HUBER, Kprot. 3, p. 56, rechaza porque el Consejo Federal, como subrayó el Tribunal Constitucional Federal en la Decisión sobre la Ley de inmigración (2 BvF 1/02 de 18.12.2002), es un órgano federal y no de los *Länder*, y así debe seguir siéndolo. Precisamente, ese carácter federal del *Bundesrat* es lo que hace que el mismo no sea el lugar idóneo para la representación directa de las Dietas de los *Länder*, pues de suceder lo contrario estas últimas acabarían convirtiéndose en una especie de Dieta Federal de segunda clase, desvirtuándose así su carácter genuino de cámara legislativa a nivel de *Land* (vid. Rupert SCHOLZ, Kprot. 3, pp. 81 ss.).

⁸⁷⁶ Sobre la posibilidad de establecer un mandato libre de los representantes de los *Länder* en el Consejo Federal, vid. Arthur BENZ, Kdruck. 86, p. 3, quien sostiene que esa alternativa desde un punto de vista teórico-democrático solo estaría justificada en el caso de que la elección de los miembros del Consejo Federal fuera efectuada por las Dietas de los *Länder* o directamente por el pueblo respectivo de cada uno de éstos.

forma de actuación política a la que no siempre están acostumbrados. Pero ésta también es, a mi juicio, la mejor contribución que puede hacer el constituyente (-constituido) al robustecimiento de la democracia, “obligando” a los órganos constitucionales con mayor base de legitimación democrática (los Parlamentos de *Land*, en este caso) a adoptar decisiones jurídico-políticas (como es el nombramiento de los representantes del *Land* correspondiente en el Consejo Federal) por la vía del debate público y, finalmente, y en caso de que fuera necesario, a través de acuerdos de consenso.

Alguien podría pensar que una medida como la que aquí se esboza sería claramente susceptible de caer en una de esas trampas del consenso que, a tenor de algunos autores, parecen constituir en la actualidad el rasgo distintivo del federalismo alemán⁸⁷⁷. Sin embargo, la concreta apelación al consenso que aquí se defiende entre los partidos políticos del *Land* de que en cada caso se trate para acordar el nombramiento de los representantes de éste ante el Consejo Federal (en caso de que fuere necesario por no poder reunir un solo partido un número de diputados suficientes para ello) más que caer en una eventual trampa, lo que hace, a mi juicio, es despejar toda sombra de duda sobre la legitimación, legitimidad y responsabilidad de los representantes elegidos y electores. La legitimación de los diputados de las Dietas de *Land* deriva, lógicamente, de su elección por parte del pueblo de *Land*. La legitimidad de los representantes elegidos para representar al *Land* ante el Consejo Federal deriva directamente de la de los anteriores (los diputados de *Land*), ante quienes habrán asimismo de responder. Por último, la responsabilidad de estos últimos, los diputados de *Land*, se hará valer directamente ante los ciudadanos (el pueblo, si se prefiere) del *Land* en cuestión. Responsabilidad que alcanzaría incluso, y esto es importante, al hipotético supuesto de que los mismos no fueran capaces de ponerse de acuerdo sobre la elección de los susodichos representantes de *Land* ante el Consejo Federal.

⁸⁷⁷ Vid. DARNSTÄDT, T.: *La trampa del consenso*, Estudio introductorio de Francisco Sosa Wagner: “El Estado se desarma”, Editorial Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2005

No es este el momento de analizar con profundidad la articulación técnico-jurídica de este mecanismo de elección de representantes en el seno de la institución parlamentaria de *Land*. Baste con señalar la posibilidad del mismo como alternativa al estado actual de la cuestión, no muy satisfactorio. Y es que, en efecto, la vigente composición del Consejo Federal alemán por representantes de los Gobiernos de los *Länder*, amén de otras deficiencias, presenta graves problemas de choque de legitimidades cuando de la aprobación de leyes federales se trata. Que el órgano constitucional de la máxima legitimación democrática en la República Federal de Alemania, la Dieta Federal o *Bundestag*, en numerosos supuestos (hoy en día, alrededor del sesenta por ciento), quede sujeta al asentimiento imprescindible (veto, en realidad) de otro órgano constitucional con legitimación democrática derivada, el Consejo Federal o *Bundesrat*, cuando menos, no deja de ser cuestionable.

I.- CONCLUSIONES PROVISIONALES

“La República Federal de Alemania es un Estado *federal* democrático y social”. Esto es lo que literalmente (y de manera un tanto redundante) establece el art. 20.1 GG. Los principios aquí enunciados se encuentran protegidos frente a cualquier modificación constitucional por la controvertida cláusula de inmodificabilidad del art. 79.3 GG, que llega incluso a equiparlos con los previstos en el art. 1 GG (intangibilidad de la dignidad humana, inviolabilidad e inalienabilidad de los derechos humanos). Además, ese art. 79.3 GG se refiere también a la división de la Federación en *Länder*, que, como tal, tampoco puede verse suprimida en una eventual reforma de la Ley Fundamental, lo que no significa que el actual número de *Länder* con sus fronteras de hoy en día sea irreformable. Lo que según ese precepto no se puede modificar es la estructura federativa del Estado alemán, esto es, la existencia de una entidad central de carácter estatal, la Federación, que se divide a su vez en varias (al menos dos) unidades territoriales que, de igual modo, reúnen la cualidad de Estados (los *Länder*).

Alemania, en consecuencia, no solo es un Estado democrático de marcado cariz social que fundamenta la acción de su poder público en el respeto y protección de la dignidad humana y, por tanto, de los derechos fundamentales que le son consustanciales, sino que Alemania además es un Estado federal. Ello significa básicamente que la organización territorial de sus poderes públicos se encuentra descentralizada, lo que es tanto como decir que la forma más genuina de ejercer ese poder público, la legislación, no corresponde en exclusiva al Estado central o Federación, sino que también está constitucionalmente atribuida a los Estados miembros o *Länder*. Es más, la cualidad estatal de éstos se manifiesta, antes que nada, en ese hecho.

En efecto, la orientación y el impulso de la acción política en un Estado de Derecho en el que se encuentre plenamente garantizada la división de poderes (tal y como quedó pergeñada por el autor de “El espíritu de las leyes”) se lleva a efecto, sobre

todo, a través de la labor legislativa. Es ésta precisamente la que diferencia a los Estados políticamente descentralizados de aquellos otros que solo lo están administrativamente. Sin desmerecer la importancia (creciente y, a veces, desmesurada) que tienen el desarrollo y la ejecución de las leyes por parte de los Gobiernos (central o regionales) y de las correspondiente Administraciones Públicas, lo cierto es que éstas siguen siendo funciones subordinadas, como corresponde a su más débil sustrato democrático.

Que los grandes lineamientos políticos sobre cada uno de los sectores de la actividad pública queden, por tanto, fijados en las leyes, requiere como condición inexcusable la existencia de unos ámbitos materiales, reservados y garantizados constitucionalmente, sobre los que ejercer las correspondientes facultades legislativas. Es decir, es el reparto de éstas, las facultades legislativas, entre el Estado central y los Estados miembros, fijado en la Constitución, el que permite tanto a uno como a los otros definir autónomamente el sentido de su actuación política, sin perjuicio, claro está, de la necesaria cooperación y colaboración entre todos ellos.

En Alemania, tal reparto de facultades legislativas viene determinado, básica aunque no únicamente, en el Título VII de la Ley Fundamental de Bonn (“La legislación de la Federación”). Aquí, antes de la reforma constitucional de 2006 que analizaremos con detalle en el próximo capítulo, se prevé la existencia de diferentes tipos legislativos de la Federación cuyo alcance es diverso: legislación exclusiva (arts. 71 y 73 GG), legislación concurrente (arts 72, 74 y 74a GG), legislación marco (art. 75 GG) y legislación básica (arts. 109.3 y 140 GG en conexión, este último, con el art. 138.1 de la Constitución de Weimar). Por su parte, a los *Länder* “les corresponde el derecho a legislar en la medida en que esta Ley Fundamental no confiera facultades legislativas a la Federación” (art. 70.1 GG).

A pesar de esta garantía constitucional, la práctica política desarrollada durante varios lustros, amparada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha

llevado a que cada vez sean menos los ámbitos materiales sobre los que los *Länder* pueden actuar legislativamente. A cambio, sus posibilidades de participación en la formación de la voluntad federal a través del Consejo Federal se han incrementado notablemente, hasta el punto de que antes de la reforma constitucional de 2006 alrededor del sesenta por ciento de las leyes federales precisa para su válida aprobación del consentimiento de este órgano constitucional de representación de los Gobiernos de los *Länder*, lo que en ocasiones complica sobremanera la adopción de aquellas medidas o decisiones legislativas necesarias para dar respuesta a las graves dificultades por las que atraviesa Alemania desde hace algún tiempo.

Esta situación, reflejo evidente de la deriva unitaria que desde su misma constitución a mediados del siglo pasado siguió el Estado federal alemán y que muy gráficamente se ha bautizado como “imbricación política” (*“Politikverflechtung”*), resultaba ya prácticamente insostenible. Ello explica que en octubre de 2003 se constituyera una Comisión constitucional conjunta de la Dieta Federal y del Consejo Federal encargada de someter a revisión crítica algunos de los fundamentos federativos constitucionales del Estado alemán.

Aunque finalmente la llamada *Comisión sobre el Federalismo* concluyó sus trabajos en diciembre de 2004 sin que fuera posible lograr un acuerdo entre las principales fuerzas políticas en lo relativo al reparto de competencias en materia de educación, lo que dio al traste con el amplio consenso alcanzado en otros muchos ámbitos, lo cierto es que del estudio y análisis de los numerosos informes y documentos de trabajo presentados ante la *Comisión* por reconocidos juristas y expertos independientes, agentes sociales y económicos y representantes políticos, así como del intenso debate público que en torno a este tema se ha suscitado en diversos medios, cabe extraer numerosas y significativas conclusiones, que nos permitirán, como mínimo, vislumbrar la dirección en la que soplan los vientos de la reforma del federalismo alemán, finalmente conclusa en el año 2006 (y, por lo que se refiere a las relaciones financieras, en el año 2009). Conclusiones que tuvieron su inevitable repercusión en la órbita de otros Estado de contornos (quasi) federales que, como el

autonómico español, han sorbido hondos tragos en las caudalosas fuentes de la - todavía hoy insuperable- dogmática alemana del Derecho Público y, por lo que aquí más importa, del Estado federal.

Entre esas conclusiones, se ha de destacar, en primer lugar, que la existencia y garantía del principio federal en un Estado territorialmente descentralizado como el alemán precisa, como requisito imprescindible, de una distribución constitucional de facultades legislativas entre el Estado central o Federación y los Estados miembros o *Länder*, en virtud de la cual tanto aquél como éstos puedan desarrollar políticas propias, de las que responder ante su ciudadanía. Ese reparto de competencias, además, ha de estar orientado por el principio de subsidiariedad, de forma que al nivel más cercano a los ciudadanos (el de los *Länder*, en este caso) habrá de corresponder la regulación legislativa de todas aquellas materias respecto de las cuales la preservación de los intereses generales o los necesarios requisitos de eficacia en el desarrollo de las tareas públicas no demanden una intervención de las instancias centrales.

La consecuencia directa de la aplicación de estas premisas no será otra que la devolución de importantes campos materiales a la órbita de las facultades legislativas de los *Länder*. Tal y como aquí se defiende, finalmente de lo que se trataría es de que tanto la Federación como los *Länder* dispusieran de facultades legislativas de carácter exclusivo. En la Ley Fundamental deberían venir definidas, de manera tan precisa y taxativa como fuera posible, cuáles son las facultades legislativas que corresponden a la Federación y, por defecto, qué otras quedan en manos de los *Länder*. En realidad, éstos deberían ser los únicos tipos legislativos que habría de reconocer la Constitución federal. Algo que, por cierto y pese a lo que comúnmente se cree, no está tan lejos de lo que ya sucede en la actualidad.

En efecto, aunque, como hemos visto, la Ley Fundamental se refiere, además de a la legislación exclusiva, a la legislación concurrente, marco y básica de la Federación, tampoco deberíamos ignorar que detrás de estas últimas

denominaciones lo que se esconden son facultades legislativas también exclusivas, aunque con diferente alcance. En el caso de la legislación concurrente resulta casi evidente. Aquí, la Federación, cuando hace uso de su facultad legislativa porque se cumplen las condiciones habilitantes previstas a tal efecto en el art. 72.2 GG (y que, por cierto, el Tribunal Constitucional Federal durante muchos años apenas si ha controlado), agota la regulación de la materia, sin que reste margen alguno a los *Länder* para el establecimiento de su propia normativa de desarrollo. Esto es, la regulación legislativa concurrente federal, de darse, tiene el mismo alcance que la de carácter exclusivo.

En el supuesto de la legislación marco⁸⁷⁸ y de la legislación básica federal, lógicamente, la situación no es equiparable. En estos supuestos la Federación, en principio, solo puede establecer legislativamente los principios, bases o directrices de la regulación de la materia de que se trate, dejando un margen a los *Länder* para que establezcan su correspondiente legislación de desarrollo. Pero más allá de que, particularmente en el caso de la legislación marco, la Federación, con la anuencia una vez más del Tribunal Constitucional Federal, haya establecido con frecuencia una regulación completa de la materia, lo cierto es que también en estos supuestos se puede hablar de una facultad legislativa exclusiva de la Federación y de los *Länder*. Me explico: la Federación tiene reconocida en exclusiva la facultad de establecer esos principios, bases o directrices en la regulación de las materias a que se refieren los correspondientes preceptos constitucionales, sin que los *Länder* puedan, por consiguiente, hacerlo. Y del mismo modo, la facultad que tienen reconocida estos últimos para establecer su respectiva legislación de desarrollo es también de carácter exclusivo, al margen de los supuestos excepcionales constitucionalmente previstos (art. 75.2 GG) y de que por una práctica legislativa viciada se haya permitido que también la Federación pueda establecer regulaciones de detalle a este respecto.

⁸⁷⁸ Derogada en 2006, tal y como se ha señalado ya repetidamente.

La exclusividad es una característica intrínseca al principio de competencia en el reparto de las tareas legislativas. La Ley Fundamental parece querer mitigarla con la creación de otros tipos legislativos, pero levantado el velo de las apariencias finalmente no lo puede conseguir. El problema seguramente está en que se confunde facultad legislativa exclusiva con regulación completa de una materia. Así, mientras que en el caso de la llamada legislación exclusiva y, cumplidas las condiciones habilitantes preceptivas, en el de la concurrente, la regulación que la Federación haga de la materia en cuestión es o puede ser completa, en el supuesto de la legislación marco y de la legislación básica federal la regulación de la Federación, por el contrario, habrá de circunscribirse al establecimiento de las bases o principios. Sin embargo, tanto allí como aquí, insisto, la facultad legislativa de la Federación (y de los *Länder*) es exclusiva: la Federación tiene la competencia exclusiva para la regulación completa de la materia en el caso de la legislación exclusiva y concurrente así como la competencia exclusiva para la regulación de las bases o principios en el caso de la legislación marco o básica. Por su parte, los *Länder* también disfrutarán de una competencia exclusiva para el establecimiento de la legislación de desarrollo en este último supuesto.

La certeza de estas afirmaciones deriva del hecho, ya señalado, de que toda distribución o reparto de facultades legislativas que se base en el principio de competencia excluye la aplicación de cualquier otro criterio de resolución de conflictos, como el de prevalencia o jerarquía. Es esta una afirmación que puede sorprender, pues es conocido que en el ordenamiento jurídico germano el art. 31 GG se refiere precisamente al principio de prevalencia como criterio de resolución de conflictos entre el derecho federal y el de *Land*, sin embargo, la virtualidad práctica de este precepto, a mi juicio, es inexistente, pues los conflictos que pretende resolver, en realidad, ya han quedado resueltos en un estadio anterior, el de la competencia.

¿Y qué sucede en aquellos supuestos en que no resulte sencillo establecer una línea divisoria clara entre la competencia federal y la de los *Länder*, esto es, en los

conocidos como solapamientos competenciales? Pues bien, me parece que incluso en estos casos, que ciertamente aparecerán, dado que la realidad es un *continuum* que se resiste a su división en compartimentos estancos, tampoco es posible acudir al principio de prevalencia para decidir a qué instancia, federal o de *Land*, corresponde la regulación legislativa de la materia en cuestión. Serán casos difíciles, que, en último caso, y en tanto en cuanto siga existiendo el vigente sistema de jurisdicción constitucional, habrá de resolver el Tribunal de Karlsruhe vía interpretación, decidiendo a qué instancia, federal o de *Land*, le corresponde la competencia en cuestión. De todos modos, conviene recordar de nuevo que en gran medida se evitará su aparición si el reparto constitucional de competencias es preciso y detallado.

Creo que esta forma de ver las relaciones entre la Federación y los *Länder* es la más adecuada en el seno de un Estado que se autodefine como federal. Y es que aunque no sea posible establecer con exactitud todas las características que conforman el llamado Estado federal, en tanto en cuanto éste como modelo uniforme no existe, pues es sobradamente conocido que cada Estado federal es único, no existen dos iguales, sí que constituye uno de los elementos definitorios del mismo el hecho de encontrarse integrado por diversas entidades de carácter estatal, entre las que, por definición, no puede existir relación de jerarquía alguna. Ello no quiere decir, por supuesto, que tanto el Estado central como los Estados miembros dispongan de los mismos poderes de actuación, es decir, de las mismas competencias. Al contrario, la garantía de los intereses generales y, por qué no reconocerlo, de la unidad del propio Estado global, en último término, obliga a que al Estado central o Federación le correspondan determinadas facultades de actuación o intervención que, desde otra perspectiva, podrían ser vistas como una intromisión en la esfera de los *Länder*, siempre que éstos, con su “comportamiento” hayan puesto en peligro aquellos “bienes”.

Ahora bien, esas facultades de intervención reservadas en la Constitución federal al Estado central (supervisión, coerción federal, etc.), que, si se quiere, se pueden

entender como una muestra de la superioridad de los intereses federales, en el sentido, de generales, sobre los particulares o de los *Länder*, no se debe confundir sin más con una prevalencia jerárquica (sirva la redundancia para acentuar lo que aquí se quiere decir) de la Federación sobre los *Länder*. De acuerdo con el razonamiento que sirve de hilo conductor a estas conclusiones, es de nuevo el principio de competencia el que explica las relaciones entre la Federación y los *Länder*. Y es que si aceptásemos que, en efecto, existe una relación jerárquica entre el derecho de aquella y el de éstos no tendríamos más remedio que admitir igualmente que en caso de conflicto entre uno y otro siempre prevalecería el primero. Algo que desde un punto de vista constitucional privaría por completo de sentido al reparto de competencias entre la Federación y los *Länder* y que desde otra perspectiva más amplia de Teoría del Estado nos obligaría a reconocer que los Estados miembros de un Estado federal no son Estados, sino otro tipo de entidades, llámeselas como se quiera, no muy diferentes de las administrativas.

Tomarse en serio un Estado territorialmente descentralizado requiere, por encima de todo, aceptar que los Estados miembros que lo constituyen definen, diseñan, desarrollan y ejecutan políticas propias, para lo que han de disponer de una serie importante de ámbitos materiales sobre los que decidir libremente así como de unos recursos financieros suficientes para llevarlas a cabo. Significa, sobre todo, enfrentarse abiertamente a una pregunta referencial de fondo que siempre está presente: ¿Cuánta diferencia podemos soportar (para seguir siendo UN Estado, se entiende)? Esa es la cuestión⁸⁷⁹.

En Alemania cabía esperar que la respuesta que se diera a este interrogante fuera la que ofrecería un auténtico federalista: “mucha”, y que, consecuentemente, se

⁸⁷⁹ O, en palabras del que fuera Ministro-Presidente de Rheinland-Pfalz, la cuestión es “[c]uánta libertad y competencia es posible y cuánta coordinación y uniformidad necesaria” (Kurt BECK, Kdruck. 35, p. 1). Esta es, en efecto, una de las claves esenciales de la reforma del federalismo en Alemania. Como muy bien puso de relieve Edzard SCHMIDT-JORTZIG, Kprot. 3, p. 67, una desconcentración auténtica, no solo aparente, de las responsabilidades requiere necesariamente de la predisposición a la variedad y a la diferencia.

realizaran en el futuro las reformas constitucionales oportunas, tanto de carácter competencial como institucional, para alcanzar tal fin. Veremos en el capítulo siguiente si ha sido, en efecto, así.

Para terminar con estas conclusiones provisionales tan solo quisiera formular la siguiente reflexión de carácter general: el federalismo, más que una meta o un fin concreto a alcanzar, es un camino, una manera de pensar y de comportarse, un marco de organización de los poderes públicos y unos procedimientos de adopción de decisiones que se caracterizan no solo porque en ellos concurren distintas voluntades políticas de cada una de las partes que integran el territorio federal, sino también porque éstas han de encontrarse siempre dispuestas al cambio, a la evolución, a fin de contar en cada momento histórico con las mejores herramientas jurídico-políticas posibles para satisfacer las crecientes y cambiantes demandas de las ciudadanas y ciudadanos que habitan cada rincón, más céntrico o más periférico, es lo de menos, de todo ese espacio de convivencia en común. El federalismo, por tanto, no es un fin en sí mismo, un principio cerrado; muy al contrario, el federalismo solo se puede entender como principio dinámico. Ello requiere, lógicamente, la existencia de unas reglas de juego aceptables para todos y, dado el caso, modificables. El federalismo es, en definitiva, “movimiento político”, y cualquier intento de petrificarlo de una vez y para siempre en una disposición normativa, por muy alto rango que tenga, está irremediabilmente abocado al fracaso. Solo aquellas sociedades que hayan aprendido (o se encuentren dispuestas a aprender) esto podrán organizarse en un Estado que haga honor al calificativo de “federal”. O, dicho de otro modo, no puede haber Estado federal viable sin una sociedad federal que lo sustente.

Seguidamente comprobaremos si la más importante reforma constitucional del federalismo alemán acometida hasta el momento (la que tuvo lugar en 2006, continuada, en lo que se refiere a los aspectos financieras, por la concluida en 2009) respondió suficientemente a estas expectativas. A ello dedicaremos el capítulo 3 de este trabajo.

CAPÍTULO 3

OBJETO Y CRÍTICA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL FEDERALISMO ALEMÁN DE 2006

A.- INTRODUCCIÓN

Concluía el año 2005 y en la República Federal de Alemania los resultados de las elecciones al Parlamento o Dieta Federal (*Bundestag*), celebradas el dieciocho de septiembre de este año, al no otorgar a ningún partido político mayoría suficiente como para optar por un gobierno en solitario que fuera viable, obligaban a formar una Gran Coalición (*Große Koalition*) de gobierno entre la Unión Cristiano Demócrata (CDU) y su partido hermano en Baviera, la Unión Cristiano Social (CSU), por un lado, y el Partido Social Demócrata (SPD), por el otro. A la cabeza de la Cancillería Federal se situará la líder del partido más votado (CDU), Angela Merkel, quedando como Vicecanciller (y Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales) el entonces Presidente del Partido Social Demócrata, Franz Müntefering.

En el Acuerdo de coalición (*Koalitionsvertrag*), significativamente titulado “Juntos por Alemania. Con coraje y humanidad”⁸⁸⁰, firmado entre estas tres fuerzas políticas el siete de noviembre de 2005, se incluye un Anexo segundo en el que se recogen las “Conclusiones del grupo de trabajo de la Coalición sobre la reforma del Federalismo”, que constituyen el “Resultado de las negociaciones entre la Federación y los *Länder* sobre la base de las conversaciones mantenidas entre el diputado federal [del SPD] Franz Müntefering, y el Ministro-Presidente [de Baviera] Edmund Stoiber”, a su vez antiguos presidentes de la llamada *Comisión sobre el Federalismo*. De esta manera, la modificación del sistema federativo alemán quedó incorporada como parte del programa de reformas del recién constituido Gobierno de Gran Coalición.

Como era de prever, la reforma constitucional tendente a la modernización del orden federal alemán no se haría esperar. De hecho, ésta se había convertido en una de las prioridades del nuevo Gobierno. Y, en efecto, el diez de marzo de 2006 los grupos parlamentarios de CDU/CSU y SPD, por una parte, y los *Länder* de

⁸⁸⁰ Vid. “*Gemeinsam für Deutschland. Mit Mut und Menschlichkeit*” - Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD – 11 de noviembre de 2005: <http://www.cducsu.de/upload/koavertrag0509.pdf>

Nordrhein-Westfalen, Baviera, Berlín y Bremen (con el consentimiento de todos los demás), por la otra, presentaron en la Dieta Federal y en el Consejo Federal, respectivamente, sendos Proyectos de Ley de modificación de la Ley Fundamental⁸⁸¹ y de acompañamiento de la reforma del Federalismo⁸⁸², de contenido idéntico, todos ellos de fecha siete de marzo de 2006.

Los debates que tuvieron lugar acerca de estos proyectos de ley en el Consejo Federal no presentaron mayores dificultades, dado que los representantes de los Gobiernos de los *Länder* tenían que pronunciarse sobre unos textos en cuya elaboración habían participado de forma activa y cuyo contenido, por regla general, habían aceptado previamente. Tan solo el Ministro Presidente de Mecklenburg-Vorpommern, Harald Ringstorff, criticó de manera abierta tales proyectos, al defender que para su *Land* la equivalencia de condiciones de vida de todos los ciudadanos en la República Federal (*Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse*), reconocida expresamente en el art. 72.2 GG, constituía una conquista irrenunciable del Estado social, lo que, a mayor abundamiento, le obligaba a rechazar el modelo de federalismo competitivo⁸⁸³, que tendía a superar el protagonismo de los elementos cooperativos en la organización federal, y que, en último término, estaba, en su opinión, abocado a fomentar la existencia de una pluralidad de pequeños Estados apenas viables por sí mismos (*Kleinstaaterei*)⁸⁸⁴. Más en concreto, las críticas de Ringstorff se centraron en la anunciada retirada de la Federación de los campos de la política educativa y universitaria, así como las modificaciones previstas

⁸⁸¹ Vid. Bundestag Drucksache (BT Drucks.) 16/813 y Bundesrat Drucksache (BR Drucks.) 178/06, de 7 de marzo de 2006.

⁸⁸² Vid. BT Drucks. 16/814 y BR Drucks. 179/06, de 7 de marzo de 2006.

⁸⁸³ Abiertamente en contra de esta opinión se manifiesta el antiguo Presidente Federal, Roman Herzog, para quien solo la apuesta por la competencia y, consecuentemente, la diferencia puede propiciar las reformas que Alemania precisa en estos momentos. Vid. HERZOG, R.: "Kooperation und Wettbewerb", APuZ, 50/2006, pp. 33 ss.

⁸⁸⁴ La preocupación por la vuelta a una especie de "reinos de taifas" a la alemana no solo cundió entre la clase política, sino que también hubo autores que mostraron su inquietud al respecto. En relación con la dispersión normativa que, a este respecto, se puede producir tras la reforma constitucional en el terreno de la enseñanza superior, la educación y el régimen de la función pública, vid. KNOPP, L.: "Föderalismusreform - zurück zur Kleinstaaterei? An den Beispielen des Hochschul-, Bildungs- und Beamtenrechts", NVwZ, 11, 2006, pp. 1216 ss.

en el ámbito del derecho de la función pública y de la remuneración de los funcionarios, de la ejecución de las penas y del derecho del medio ambiente.

Por el contrario, en la Dieta Federal los diputados tuvieron que enfrentarse con un paquete de propuestas unitario que no admitía modificaciones, lo que provocó que pocos días antes de la primera sesión deliberativa no solo los tres grupos parlamentarios de la oposición (el partido de la izquierda –Die Linke.PDS-, Alianza 90/Los Verdes y el Partido Liberal Demócrata -FDP), sino incluso miembros de los grupos de la coalición de gobierno, en especial del SPD, mostraran fuertes reticencias sobre aspectos puntuales de la reforma propuesta. Existían, sobre todo, discrepancias generales sobre la concepción misma del modelo federal que se quería para Alemania (o bien uno de corte más competitivo⁸⁸⁵, o bien otro en el que predominaran los aspectos cooperativos), así como profundas discordancias sobre el alcance de la competencia federal respecto de cuatro campos materiales concretos: medio ambiente, educación, ejecución de las penas y derecho sobre los centros de asistencia.

Entre el quince de mayo y el dos de junio de 2006, en la Comisión jurídica de la Dieta Federal (*Rechtsausschuß*), presidida por el Diputado federal Andreas Schmidt, y en la Comisión de Asuntos Interiores del Consejo Federal (*Ausschuß für Innere Angelegenheiten*), presidida por el Ministro de Interior de Schleswig-Holstein, Dr. Ralf Stegner, se celebraron, en sesión conjunta, ocho audiencias públicas con más de cien expertos de diversas disciplinas (derecho, ciencia política, sociología, hacienda pública, economía, etc.), repartidas en siete jornadas de trabajo, para someter a un intenso y exhaustivo debate y discusión los mencionados Proyectos de

⁸⁸⁵ Sobre las distintas variantes de la competencia a nivel federativo, particularmente en el terreno de las competencias administrativas de los *Länder*, vid. BENZ, A.: "Verwaltungspolitik im föderativen Wettbewerb der Länder? Mögliche Konsequenzen einer Änderung von Art. 84 Abs. 1 GG", *VerwArch.*, 3-4, 2006, pp. 318 ss.

Ley de modificación de la Ley Fundamental y de acompañamiento de la reforma del federalismo⁸⁸⁶.

En términos generales, fue objeto especial de crítica la exclusión de las hasta entonces existentes ayudas financieras de la Federación a favor de los *Länder* en el ámbito de la educación, llegándose finalmente a una fórmula de compromiso que posibilita a la Federación de cara al futuro el establecimiento de ciertos programas en materia de enseñanza superior. Se produjo, asimismo, un rechazo mayoritario, por parte de los expertos, sobre todo, de la novedosa y complicada regulación constitucional en virtud de la cual a los *Länder* se les permite apartarse de las regulaciones federales (*Abweichungsgesetzgebung*), por ejemplo, en materia de protección del medio ambiente; cuestiones éstas que después veremos con más detalle.

Superadas estas vicisitudes, el treinta de junio de 2006 la citada propuesta de reforma constitucional, con algunas modificaciones fruto de los trámites parlamentarios⁸⁸⁷, y pese a la posición en contra de algunos diputados encuadrados dentro de los partidos políticos integrantes de la coalición de gobierno, en su mayoría de las filas del SPD, es finalmente aprobada en la Dieta Federal por más de los preceptivos dos tercios del total de los votos (428 votos a favor, 162 en contra y 3 abstenciones)⁸⁸⁸. Una semana más tarde, el siete de julio de 2006, la propuesta en cuestión es también aprobada en el Consejo Federal, superando con creces, de igual modo, los requeridos dos tercios de los votos totales, al recibir el apoyo de

⁸⁸⁶ Véanse, a este respecto, las Recomendaciones de la Comisión Jurídica de la Dieta Federal de 28 de junio de 2006 (BT Drucks. 16/2010), así como el correspondiente Acuerdo del Consejo Federal de 30 de junio de 2006 (BR Drucks. 462/06).

⁸⁸⁷ Así, por ejemplo, se admite que el régimen del notariado continúe siendo competencia de la Federación, al tiempo que a ésta se le otorgan también más derechos de los en un principio previstos en materia de gestión de residuos.

⁸⁸⁸ El gobierno de Gran Coalición suma 448 diputados, lo que supone que 20 de ellos votaron en contra o se abstuvieron.

catorce de los dieciséis *Länder*⁸⁸⁹, lo que arrojó un resultado final de 62 votos a favor de los 69 totales.

Una vez concluidos los oportunos trámites procedimentales en la Dieta y el Consejo Federal, la ley fue sancionada por el Presidente Federal, Horst Köhler, el 28 de agosto de 2006, procediéndose a su publicación en el Boletín Oficial (*Bundesgesetzblatt* - BGBl.) el 31 de agosto de 2006⁸⁹⁰, bajo el título de *52.ª Ley de modificación de la Ley Fundamental, de 28 de agosto de 2006 (Artículos 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c)*. Su entrada en vigor tuvo lugar al día siguiente, el 1 de septiembre de 2006.

Cuatro días más tarde, el 5 de septiembre de 2006, es aprobado también por la Dieta Federal y el Consejo Federal el Proyecto de Ley de acompañamiento de la reforma constitucional, publicándose el once de septiembre del mismo año⁸⁹¹. Mediante la misma se modifican veintiuna leyes federales con el fin de adecuarlas al contenido de la reforma constitucional que acaba de entrar en vigor. Entre otras, experimentan alguna modificación la Ley del Tribunal Constitucional Federal, la Ley sobre Cooperación de la Federación y los *Länder* en asuntos de la Unión Europea, el Código Civil, la Ley de Administración Financiera, la Ley de Equilibrio Financiero, etc.

Así resumidos, por tanto, éstos son los hitos fundamentales que jalonan el largo camino que ha desembocado en la más profunda reforma constitucional alemana, al menos, desde un punto de vista cuantitativo, habida hasta la fecha, y que comenzó a

⁸⁸⁹ El gobierno de coalición entre el SPD y Die Linke.PDS en Mecklenburg-Vorpomern votó en contra. Por su parte, el gobierno de coalición entre CDU y SPD en Schleswig-Holstein se abstuvo.

⁸⁹⁰ Vid. BGBl. 2006, Teil I, Nr. 41, de 31 de agosto

⁸⁹¹ Vid. BGBl. 2006, Teil I, Nr. 42, de 11 de septiembre

fraguarse de forma organizada en el ya lejano otoño de 2003, cuando el 16 y 17 de octubre de ese año, la Dieta Federal y el Consejo Federal, respectivamente, decidieron constituir una Comisión conjunta para la modernización del orden federal, la llamada *Comisión sobre el Federalismo (Bundesstaatskommission o Föderalismuskommission)*⁸⁹².

Precisamente, la Propuesta que los Presidentes de esta *Comisión*, Franz Müntefering y Edmund Stoiber, presentaron ante ella como conclusión de los debates y negociaciones que se desarrollaron en su seno, y pese a no haber prosperado, en último término, sirvió, como hemos visto ya, de base fundamental para la redacción del ulterior proyecto de ley de reforma constitucional mencionado, y que, esta vez sí, acabaría por convertirse en la quincuagésimo segunda modificación de la Ley Fundamental. En efecto, el contenido de ésta, aunque no idéntico, sí se corresponde en esencia con el que habían elaborado los Presidentes de la *Comisión sobre el Federalismo*, tras laboriosos meses de reuniones, aportación de documentos y discusiones, muchas de ellas con luz y taquígrafos.

De ahí que, por tanto, para comprender en toda su complejidad y amplitud la razón y el alcance de la modificación constitucional que entró en vigor el 1 de septiembre de 2006, resulte, si no imprescindible, sí, al menos, muy conveniente, tener en cuenta la situación jurídico-política de la que se partía en Alemania con anterioridad a la reforma, así como los sustanciosos y animados debates y las importantes contribuciones, tanto de representantes de la vida política, social y económica como de la doctrina científica alemana, que se desarrollaron a raíz de la constitución de la

⁸⁹² Véase *supra* el capítulo anterior. Vid. Asimismo HRBEK, R.: "Ein neuer Anlauf zur Föderalismus-Reform: Das Kompromisspaket der Großen Koalition", en Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.), *Jahrbuch des Föderalismus 2006* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006, pp. 139 ss. Un resumen de los pasos previos que condujeron a la reforma constitucional referida se puede encontrar también en el Prólogo (*Vorwort*) de la obra colectiva titulada *Die Reform des Bundesstaates*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007, pp. 5 ss., editada por Rainer HOLTSCHEIDER, Consejero del SPD para las cuestiones relativas a la *Comisión sobre el Federalismo*, y Walter SCHÖN, Jefe de gabinete de la Cancillería de Baviera (CSU). En castellano, vid. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: "Sentido y alcance de la reforma del federalismo alemán", *ReDCE*, 6, 2006.

Comisión sobre el Federalismo y, en general, en torno suyo⁸⁹³, tal y como hemos tenido ocasión de comprobar en el capítulo anterior.

Dejando por el momento de lado el contenido concreto de la reforma constitucional efectivamente realizada, que será objeto de análisis y crítica con posterioridad, conviene ahora, en consecuencia, y aunque solo sea de manera muy sucinta, llamar la atención sobre el desarrollo del largo y complejo proceso de preparación que ha conducido a la misma, y que es buena muestra de una manera de “hacer política” que, pese a las críticas que pueda suscitar, resulta no solo efectiva, sino además respetuosa con unas mínimas exigencias de actitud o comportamiento democrático, por un lado, y de capacitación o aptitud técnica, por el otro, en tanto en cuanto en la mencionada *Comisión sobre el Federalismo* encargada de llevar a cabo los trabajos preparatorios de la reforma constitucional participaron no solo representantes de las distintas fracciones integrantes del arco parlamentario, así como del órgano de representación territorial, el Consejo Federal o *Bundesrat*, sino también agentes sociales y económicos, representantes de los gobiernos y administraciones municipales, y expertos o especialistas de diversas disciplinas (derecho público, ciencia política, sociología, ciencias económicas, etc.), a quienes se les ofreció la oportunidad de aportar una visión complementaria y enriquecedora de la derivada exclusivamente de la oportunidad o conveniencia política, a veces alejada de la realidad sociológica, jurídica o económica a la que se trata de dar respuesta, al centrar su atención primordialmente en razones de carácter estratégico.

⁸⁹³ Vid. MEYER, H.: *Die Föderalismusreform 2006* (Konzeption, Kommentar, Kritik), Duncker & Humblot, Berlin, 2008, pp. 22 ss.; KRINGS, G.: “Die Beratungen der Föderalismuskommission”, en Kluth, Winfried [Ed.], *Föderalismusreformgesetz*. Einführung und Kommentierung, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 61 ss.; HÄDE, U.: “Zur Föderalismusreform in Deutschland”, JZ, 19, 2006, pp. 930 ss.; DIETSCHE, H-J. / HINTERSEH, S.: “Die Ergebnisse der Bundesstaatskommission als Basis für die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Große Koalition”, en Vogel, Bernhard / Hrbek, Rudolf / Fischer, Thomas (Ed.), *Halbzeitbilanz - Die Arbeitsergebnisse der deutschen Bundesstaatskommssion zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im europäischen Vergleich*, Schriftenreihe des Europäischen Zentrums für Föderalismus-Forschung, Band 23, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 11 ss. Vid. también CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A.: “L'actual procés de reforma del federalisme a Alemanya: nota introductòria al projecte de llei de reforma de la Constitució alemanya”, REAF, 2, 2006, pp. 264 ss.

Una reforma constitucional de amplio alcance como la que se ha llevado a efecto en Alemania en el verano de 2006, y más allá de que la misma finalmente acabe ofreciendo una respuesta adecuada a los problemas que con ella se tratan de atajar⁸⁹⁴, pone, cuando menos, de relieve, que en las grandes decisiones políticas de conformación de las normas básicas que regulan la convivencia social, la organización de los poderes públicos y el procedimiento a seguir en cada caso para ello, esto es, en las reformas de las Constituciones que merezcan llamarse así, porque reconocen y protegen los derechos fundamentales de todas las personas (nacionales y extranjeros) y porque organizan las diversas manifestaciones del poder público en base al principio democrático, las posturas más ciegamente partidistas han de quedar supeditadas frente a los más altos intereses generales.

Es cierto que en Alemania esta reforma constitucional, como sabemos, ha sido solo posible tras la celebración de unas elecciones generales, en septiembre de 2005, que han arrojado un resultado muy ajustado entre los partidos ganadores (la Unión Cristiano-Demócrata -CDU- y su partido hermano en Baviera, la Unión Cristiano-Social -CSU-) y el segundo partido político en número de escaños (el Partido Social-

⁸⁹⁴ En algunas de las ponencias habidas en el marco de las Jornadas sobre “La reforma del Estado autonómico español y del Estado federal alemán”, celebradas en Zaragoza los días 28 y 29 de mayo de 2008, y organizadas por la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico en colaboración con la Fundación Friedrich Ebert y el Instituto del Federalismo de Tubinga, se puede encontrar una primera valoración de los resultados alcanzados con la reforma federal de 2006, no siempre elogiosa de la misma, en lo que se refiere a los propósitos perseguidos y los resultados logrados hasta la fecha. Véanse, en particular, los trabajos de: HRBEK, R.: “La reforma del federalismo en Alemania” (2008) - (http://www.fundacionmgimenezabad.es/images/stories/territorial/ponencia_rudolf_hrbek.doc); RENZSCH, W.: “Primer balance de la reforma del Federalismo I” (2008) - (http://www.fundacionmgimenezabad.es/images/stories/territorial/ponencia_wolfgang_renzsch.doc); BROUËR, D.: “El federalismo en Alemania. La reforma del Federalismo. Vías para el desarrollo futuro” (2008) - (http://www.fundacionmgimenezabad.es/images/stories/territorial/ponencia_dirk_brouer.doc); y ARROYO GIL, A.: “La reforma del Estado federal alemán: Un primer balance”, en Tudela Aranda, José / Kölling, Mario (Eds.), *La reforma del Estado Autonómico español y del Estado Federal alemán*, Cuadernos y Debates 195, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009 [en su versión alemana: ARROYO GIL, A.: “Die Reform des Deutschen Bundesstaats - Eine Erste Bilanz aus spanischer Perspektive”, en: Tudela Aranda, José / Kölling, Mario (Eds.), *Die Reform des Deutschen Bundesstaates und die Reform des Spanischen Autonomiestaates*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009].

Demócrata –SPD-), lo que ha favorecido una coalición entre todos ellos para formar gobierno. Este solo hecho, difícilmente imaginable en otros lugares en los que la pugna partidista no deja apenas espacios para el acuerdo, y más allá de las disfunciones o problemas que plantee, entre los que el principal tal vez sea que cada uno de los partidos integrados en esa coalición de gobierno ha de acabar actuando en algún momento no solo como gobierno, sino también como oposición, merece, de por sí, un reconocimiento, pues, al menos, se habrán podido adoptar determinadas decisiones de gran calado político que, en otras circunstancias, hubieran sido muy difíciles de tomar.

No obstante esta peculiaridad, tampoco debemos ignorar que esta importante reforma de la Ley Fundamental alemana es la quincuagésimo segunda, número éste suficientemente alto como para demostrar que la modificación de una Constitución viva no es algo extraordinario que solo en momentos de máxima crisis se puede/debe realizar. Por el contrario, que estas modificaciones se produzcan sin traumatismo alguno con el fin de adaptar a las nuevas necesidades sociales, políticas o económicas, internas o internacionales, el texto constitucional, puede ser indicativo de la buena salud de que goza “el cuerpo y el espíritu constitucional” en el país en cuestión⁸⁹⁵.

En contraposición, la dificultad o práctica imposibilidad de acometer esas, en ocasiones, necesarias reformas constitucionales, debido a la ausencia del consenso imprescindible para ello entre los partidos políticos presentes en el arco parlamentario, además de ser el reflejo de un modo raquítrico de entender la política, muchas veces repercute negativamente en el buen funcionamiento de las instituciones o en la correcta adecuación a los nuevos tiempos de esas normas

⁸⁹⁵ Sobre la reforma del federalismo como expresión o ejemplo de la capacidad de reforma del sistema político alemán, vid., en sentido crítico, MEYER, H.: *Die Föderalismusreform 2006...*, pp. 42 ss. Del mismo autor, véase también *Föderalismusreform: Wie reformfähig ist unser System?*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, núm. 185, De Gruyter Recht, Berlin, 2008. En esta misma línea, en relación con la reforma de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* y sus límites constitucionales, vid. PIEROTH, B.: “Politischer Freiraum zur Umgestaltung des Bundesstaates”, ZRP, 3, 2008, pp. 90 ss.

básicas que, como se decía más arriba, constituyen el contenido de toda Constitución⁸⁹⁶.

Y es que, en efecto, como se apuntaba con anterioridad, la participación de los representantes políticos, de la Dieta Federal y de todos y cada uno de los *Länder*, con voz y voto, así como de los gobiernos y administraciones locales, de los agentes sociales y económicos y de numerosos y destacados expertos y especialistas del ámbito académico, por muy atenuada que fuera, en tanto que los mismos ostentaban voz, pero no voto, vehiculada a través de una organización institucionalizada, en el seno de la cual se generaban debates de alto contenido político y técnico, muchas veces públicos, y a la que se aportaba una numerosa documentación, en forma de dictámenes, estudios o informes, de fácil acceso para cualquier interesado en su seguimiento, constituye una manera sencillamente ejemplar de proceder.

Desde un principio estuvo claro que una reforma constitucional de alto calado como la que se aspiraba a llevar a efecto en Alemania no podía acometerse dejando fuera a alguna de las partes interesada en la misma. Además, la complejidad de los asuntos a tratar hacía conveniente que las negociaciones se desarrollaran, en la

⁸⁹⁶ Un buen ejemplo de lo dicho lo tenemos en España en relación, por ejemplo, con la más que conveniente, necesaria reforma constitucional del Senado, que no llega a hacerse realidad, sobre todo, debido a los cálculos electoralistas que a corto plazo realizan algunos de los principales partidos políticos. Mientras tanto, la no conversión del Senado en una auténtica cámara de representación territorial, tal y como lo anuncia el apartado 1 del vigente art. 69 de la Constitución española (CE), que responda adecuadamente a las necesidades de un Estado territorialmente muy descentralizado como lo es el Estado autonómico español, no hace sino repercutir negativamente en la correcta articulación de los diversos centros de poder público existentes, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas.

La literatura a este respecto es muy abundante. Valga por todos: AJA, E., ALBERTÍ ROVIRA, E., RUIZ RUIZ, J. J.: *La reforma constitucional del Senado*, CEPC, Madrid, 2005; RUBIO LLORENTE, F. / ÁLVAREZ JUNCO, J.(Eds.): *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional: Texto del informe y debates académicos*, CEPC, Consejo de Estado, Madrid, 2006; así como el comentario sobre el mismo de BILBAO UBILLOS, J. M^º: "El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma de la Constitución", RGDC, 1, 2006, pp. 153 ss.; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J.: *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, McGraw-Hill, Madrid, 1998 [véase, en especial, la Parte Tercera: "El Senado en la Teoría jurídica del Estado compuesto y el orden constitucional español", pp. 211 ss.]; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: *Tiempo de reformas: el Estado autonómico en cuestión*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006, VV.AA.: *Ante el futuro del Senado*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1996.

medida de lo posible, multilateralmente y de modo transparente, pues solo así sería posible afrontar un debate abierto, en el que cada interesado fuera capaz de exponer sus razones en diálogo con las de los demás. Aquello que afecta a todos, y, qué duda cabe, el intento de redistribución territorial del poder lo hace, no puede ser tratado exclusivamente a través de contactos bilaterales, pues aunque de ellos pueda surgir algún tipo de acuerdo satisfactorio para las partes negociadoras, es altamente probable que el mismo no sacie las expectativas de los demás interesados, siquiera sea por el simple hecho de que ellos no pudieron contribuir a su gestación.

Desde esta perspectiva, por consiguiente, no cabe sino aprender de los modos y usos democráticos practicados en la política alemana contemporánea, capaces de abordar el conflicto de intereses y la lucha de poderes, esencia de la política, mediante métodos muy bien organizados y estructurados, en los que prima la publicidad y la transparencia, el rigor en las propuestas y su discusión abierta, desde muy diferentes puntos de vista, como paso previo y necesario para la consecución del acuerdo final. Lógicamente, esto no siempre garantiza que la solución obtenida sea la más deseable en términos “materiales”, algo que, como tendremos ocasión de comprobar, ha sucedido, en buena medida, con la reforma constitucional objeto de esta investigación. Pero es que nadie ha asegurado que un procedimiento cuanto más democrático sea a mejores resultados conducirá. Puede que así suceda o puede que no. En todo caso, ésta es una valoración que se practicará *a posteriori*. Lo que sí resulta innegable es que en democracia se ha de apostar siempre que sea posible por un procedimiento transparente, abierto a la discusión, multilateral, en el que estén implicados tantos agentes políticos, sociales, económicos, académicos, etc., como sea viable. Ése es precisamente el gran valor de la democracia, el favorecimiento de la participación de las diversas opciones políticas y, en general, y, sobre todo, de la sociedad civil. Un gran valor que compensa, por regla general, todas las eventuales dificultades que encontremos a la hora de alcanzar acuerdos o tomar decisiones de trascendencia. Mejor un modesto acuerdo democráticamente

alcanzado que una gran decisión a la que se llegue por vías poco transparentes y participativas o, lo que aquí viene a actuar como sinónimo, democráticas.

Tomando como punto de partida estas consideraciones, en las páginas siguientes se procurará ofrecer con cierto detalle una exposición, no solo descriptiva, sino también crítica, cuando así se considere conveniente, de cuáles han sido los objetivos o finalidades de esta reforma del federalismo alemán, finalmente concluida, las ventajas que se espera que la misma traiga consigo, y, fundamentalmente, los aspectos esenciales a los que ha afectado, agrupándolos por áreas temáticas. Asimismo, se hará alguna referencia al proceso de reforma de la Constitución financiera, finalmente concluido en 2009, mediante reforma constitucional que será objeto de análisis en el capítulo siguiente⁸⁹⁷, y de cuyo éxito dependerá, en buena medida, la puesta en valor de las modificaciones constitucionales que veremos a continuación.

⁸⁹⁷ En efecto, en diciembre de 2006 la Dieta Federal y el Consejo Federal constituyeron una nueva Comisión constitucional encargada de llevar a cabo una modernización de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, cuyos trabajos acabaron fraguando en la reforma constitucional de 2009 que más adelante estudiaremos. Sobre los trabajos de la *Comisión sobre el Federalismo II*, vid. <http://www.bundestag.de/parlament/gremien/foederalismus2/index.html>.

B.- OBJETIVOS DE LA REFORMA

A tenor de lo publicado por el Gobierno Federal en su página web el uno de septiembre de 2006, día de entrada en vigor de la 52ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de 28 de agosto de 2006, los tres objetivos fundamentales que se persiguen con la reforma del federalismo son los siguientes⁸⁹⁸.

B.1.- Reducción del número de leyes federales necesitadas del asentimiento del Consejo Federal (*Zustimmungsgesetze*)

A fin de mejorar la capacidad de actuación y de decisión a nivel federal se considera imprescindible reducir el número de leyes de la Federación para cuya aprobación sea preciso el asentimiento inexcusable del Consejo Federal de más del cincuenta por ciento al treinta y cinco o cuarenta por ciento, aproximadamente⁸⁹⁹.

En efecto, hasta el momento eran muy numerosos los proyectos o propuestas de ley cuya aprobación, al no obtener el voto favorable del Consejo Federal, demandaba interminables y enrevesados procesos de negociación entre éste y la Dieta Federal a

⁸⁹⁸ Vid.

<http://www.bundesregierung.de/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/Reformprojekte/foederalismusreform-2006-08-09-modernisierung-der-bundesstaatlichen-ordnung-top.html>

Al respecto, véase también la Exposición de Motivos (*Begründung*) de la Parte general del Proyecto de ley de modificación de la Ley Fundamental presentado por los grupos parlamentarios de la CDU/CSU y del SPD con fecha 07.03.2006 [BT Drucks. 16/813], pp. 7 ss. Vid. asimismo una breve enumeración de los objetivos centrales de la reforma del federalismo llevada a cabo por la Gran Coalición, así como de los antecedentes de ésta y del contexto político-jurídico en que cabe encuadrarla, en KLUTH, W.: "Die deutsche Föderalismusreform 2006: Beweggründe – Zielsetzungen – Veränderungen", en Kluth, Winfried (Ed.), *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 43 ss.; y MEYER, H.: *Die Föderalismusreform 2006...*, pp. 54 ss., quien pone especialmente el acento en los problemas de imbricación jurídico-política que se producen como consecuencia del poder de veto del *Bundesrat* o Consejo Federal a la hora de legislar y de la cofinanciación de las tareas de los *Länder* por parte de la Federación, así como en las dificultades del reparto de las facultades legislativas entre aquéllos y esta.

⁸⁹⁹ Sobre el paulatino proceso de reforma, desarrollo e interpretación constitucional que trajo consigo el creciente incremento de las leyes necesitadas del asentimiento del Consejo Federal para su válida aprobación, véase lo dicho en los apartados B.3 y D.5 del capítulo anterior; vid., asimismo, en castellano NARANJO DE LA CRUZ, R.: "La reforma del sistema de atribución de competencias en la Ley Fundamental", *ReDCE*, 6, 2006 (*La reforma del federalismo alemán*), pp. 130 ss.

través de la Comisión de mediación (*Vermittlungsausschuss*), en los que, además, no siempre se alcanzaba el compromiso más adecuado para ofrecer una solución satisfactoria a los retos de índole social, económica, política, etc., que se trataban de afrontar. Incluso, en ocasiones, dada la disparidad de mayorías en uno y otro órgano constitucional, tal acuerdo no llegaba a fructificar. De ahí que una potenciación de la capacidad de decisión legislativa autónoma de la Dieta Federal, a la postre, solo pueda redundar favorablemente en un mejor y más ágil funcionamiento institucional de este órgano constitucional encargado, por antonomasia, de la tarea legislativa a nivel estatal y detentador, no lo olvidemos, de la máxima legitimación democrática.

B.2.- Clarificación de las responsabilidades políticas de cada una de las partes (Dieta Federal y Consejo Federal)

El segundo gran objetivo que inspira esta reforma constitucional, íntimamente ligado al anterior, consiste en determinar con mayor claridad y precisión las responsabilidades políticas de cada una de las partes intervinientes en el procedimiento legislativo (Dieta Federal y Consejo Federal, y, dentro de cada uno de estos órganos constitucionales, las mayorías correspondientes que se conformen), lo que hasta ahora se ha visto impedido o, cuando menos, dificultado, a causa de los denominados enmarañamientos o imbricaciones políticas (*Politikverflechtungen*)⁹⁰⁰ existentes entre la Dieta Federal y el Consejo Federal, y de la necesidad de llevar a cabo negociaciones entre representaciones de ambos en la mencionada Comisión de mediación.

Aunque esta clarificación de las responsabilidades políticas habría encontrado, en un estado ideal de cosas, su correlato perfecto en un reparto estricto y exhaustivo de cada uno de los ámbitos materiales entre la Federación y los *Länder*, lo que además hubiera evitado de cara al futuro una deriva unitaria en la distribución o delimitación de competencias como la que ha tenido lugar hasta el momento, finalmente se optó

⁹⁰⁰ Vid. OETER, S. / WOLFF, J.: La posición del Bundesrat tras la reforma del federalismo, *ReDCE*, 6, 2006 (*La reforma del federalismo alemán*), pp. 101 ss.

por mantener, si bien es cierto que con algunas importantes variaciones, un reparto funcional de las tareas, lo que, en último término, dada su flexibilidad, se considera más apropiado en un Estado federal como el alemán en el que, lejos de esa situación ideal referida, existen importantes diferencias de tamaño y capacidad prestacional entre las diversas partes que lo componen⁹⁰¹.

Ese reparto de facultades (legislativas, fundamentalmente) entre la Federación y los *Länder* está orientado, con una sorprendente salvedad que después veremos, por el principio de exclusividad, de modo que tanto las competencias de aquella como las de éstos, en principio, no se podrán solapar. De esta forma, se consigue que la responsabilidad asociada al ejercicio de la propia competencia sea más fácilmente identificable y, en su caso, exigible tanto jurídica, como en su caso, políticamente por el interesado y, en particular, por los ciudadanos.

No obstante, como ya se anunciaba, la claridad de este principio de exclusividad en la titularidad y ejercicio de la propia competencia se ha visto parcialmente ensombrecida por la introducción, nada pacífica, por cierto, en la Ley Fundamental de un nuevo tipo legislativo, en virtud del cual a los *Länder* se les permite, respecto de determinados campos materiales, desviarse de la normativa federal vigente, lo que, entre otras cosas, significa que en algunos ámbitos se admite a partir de ahora la existencia de una doble competencia (*Doppelzuständigkeit*) de la Federación y los *Länder*, en el sentido de que tanto aquella como éstos se encuentran igualmente habilitados por la Ley Fundamental para regular por medio de ley un conjunto de materias constitucionalmente previsto (arts. 72.3 y 84.1 GG), articulándose, a este respecto, la relación entre las normas de uno y otro legislador en base al principio de prevalencia de la *lex posterior* (criterio temporal)⁹⁰².

⁹⁰¹ Véase la descripción que hace NARANJO DE LA CRUZ, R.: “La reforma del sistema...”, pp. 7 ss., de las diferentes posturas que se manifestaron en los trabajos preparatorios de la reforma constitucional a favor y en contra de un reparto estricto de materias.

⁹⁰² Vid. IPSEN, J.: *Staatsrecht I...*, 18.ª ed. revisada, 2006, pp. 141 ss.

B.3.- Mejora de la eficiencia en el cumplimiento de las tareas públicas

Por último, la tercera gran finalidad de esta modificación constitucional radica en mejorar la calidad de la actuación pública en el cumplimiento de las tareas de carácter estatal en términos de eficiencia y funcionalidad o eficacia. En concreto, en el ámbito europeo resulta necesario que Alemania hable con una sola voz, con el fin de reforzar su posición ante las instituciones comunitarias. A tal efecto, como veremos, a partir de ahora solo cuando se vean afectadas de manera esencial las facultades legislativas exclusivas de los *Länder* en los terrenos de la enseñanza, la cultura o la radiodifusión, la Federación transferirá (con carácter obligatorio, eso sí) a un representante de éstos, nombrado por el Consejo Federal, el ejercicio de los derechos que le corresponden a la República Federal de Alemania en tanto que Estado miembro de la Unión Europea (art. 23.6 GG). Esta nueva regulación, por consiguiente, al tiempo que restringe, también asegura e intensifica la capacidad de representación de los *Länder* en el ámbito europeo⁹⁰³.

En definitiva, el objetivo último de la reforma del federalismo alemán –según el Gobierno Federal- no es otro que agilizar y hacer más transparente el procedimiento legislativo y, por ende, las decisiones parlamentarias que se adopten al final de éste. Para ello se ha optado por una reducción de la capacidad de intervención del *Bundesrat* o Consejo Federal en la actividad legislativa de la Federación, lo que, desde otro punto de vista, significa una menor influencia de los órganos ejecutivos de los *Länder* por medio del Consejo Federal en la legislación federal a cambio de un fortalecimiento de los respectivos órganos legislativos (las Dietas de cada *Land* – *Landtage*) mediante el incremento de sus facultades legislativas⁹⁰⁴.

Cabe esperar que esta reforma acabe repercutiendo no solo en una mejora de la actuación democrática de los órganos constitucionales, sino además en una mayor

⁹⁰³ ALBERTÍ ROVIRA, E.: Las reformas territoriales en Alemania y en España y la sostenibilidad del paradigma autonómico español, REDC, 78, 2006, pp. 21 ss.

⁹⁰⁴ Vid. STARCK, C.: “Einführung”, en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007, p. 3.

confianza de los ciudadanos en el sistema político, al ser éstos capaces de identificar a partir de ahora con más nitidez al responsable último de cada una de las decisiones que se tomen. Y es que, entre otras cosas, una de las mayores virtualidades de un reparto estricto de competencias, aspecto éste que ocupa el núcleo central de la mencionada reforma constitucional (aunque no siempre con la claridad y precisión que hubiera sido deseable), es precisamente ésa: determinar en cada caso a qué entidad, si a la Federación o a los *Länder*, le corresponde la titularidad de la competencia en cuestión, de cuyo ejercicio (o falta de él), en consecuencia, será responsable frente a las demás partes y, muy en particular, frente a los ciudadanos y electores, cuando llegue el momento⁹⁰⁵.

⁹⁰⁵ Vid. ZYPRIES, B.: "Die Föderalismusreform", en Hufen, Friedhelm (Ed.), *Verfassungen – Zwischen Recht und Politik*, Festschrift zum 70. Geburtstag für Hans Peter Schneider, Nomos, Baden-Baden, 2008, p. 324.

C.- VENTAJAS DE LA REFORMA

En opinión del Gobierno federal, la reforma constitucional del orden federal alemán a que nos venimos refiriendo acarrea numerosas ventajas a muy diferentes niveles, lo que justificaría plenamente su puesta en marcha⁹⁰⁶.

C.1.- Ventajas para la Federación

La Dieta Federal ve fortalecida su posición, en tanto en cuanto en el futuro le corresponde de nuevo la competencia única para dictar leyes sobre diversos ámbitos materiales antes sujetos a la aprobación del Consejo Federal. Aunque esto no significa que este órgano constitucional de representación de los Gobiernos de los *Länder* carezca en adelante por completo de participación en el proceso de aprobación de las leyes federales, pues la misma viene exigida en diversos campos por la propia Ley Fundamental, sí es cierto que a partir de la reforma el derecho de veto que los *Länder* ejercían a través del Consejo Federal, y que alcanzaba ya a más de la mitad de la totalidad de las leyes federales aprobadas en Alemania, se ve claramente reducido. De esta forma, se prevé que la Dieta Federal vuelva a ser el órgano constitucional protagonista de la legislación federal, en perjuicio de la preponderancia que en los últimos lustros había ido adquiriendo la Comisión de mediación. Y desde esta perspectiva no cabe sino congratularse, en tanto que el principio democrático, al igual que la transparencia en la toma de decisiones, se verá potenciado, lo que, en último término, redundará en una clarificación de las responsabilidades políticas.

⁹⁰⁶ Vid. <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Archiv16/Artikel/2006/06/2006-06-30-vorteile-foederalismusreform.html>

C.2.- Ventajas para los *Länder*

Esa disminución de la participación de los (Gobiernos de los) *Länder* vía Consejo Federal en la aprobación de la normativa federal encuentra su compensación en un paralelo incremento o fortalecimiento de las competencias propias de éstos, sobre todo, en los ámbitos de la política educativa y universitaria. Así, por ejemplo, como veremos posteriormente, se ve subrayada la competencia exclusiva de los *Länder* sobre las escuelas, de modo que la Federación en el futuro no podrá influir más en ella por medio de la adjudicación de ayudas financieras, tal y como venía haciéndolo hasta ahora. También la tarea común voluntaria “planificación educativa” del art. 91b GG, introducida a finales de los años sesenta, como consecuencia del primer gobierno de gran coalición que dirigió la política federal entre 1966 y 1969, se ha visto suprimida. En lugar de todo ello, en el futuro la Federación y los *Länder* habrán de cooperar en la determinación de la capacidad de prestación del sistema educativo desde un punto de vista internacional (Estudios PISA, por ejemplo), así como en relación con el suministro de información en el terreno de la educación.

C.3.- Ventajas para los Entes locales

Si hemos de creer al Gobierno Federal, la reforma del Federalismo también trae consigo grandes ventajas para las ciudades, los municipios y las asociaciones de municipios, en tanto en cuanto la ya crónica sobrecarga financiera de estos entes locales se verá suavizada, debido a que la Federación no podrá encomendarles en adelante tareas que les supongan altos costes. Además, los *Länder* decidirán en el futuro qué leyes federales han de ser ejecutadas por los gobiernos locales, ocupándose a este respecto de que los mismos dispongan de una dotación financiera adecuada, que les permita, por tanto, ejercer esas competencias con las debidas garantías de éxito.

C.4.- Ventajas para la democracia

La reforma del federalismo supone también un fortalecimiento de la democracia, tal y como queda de manifiesto con el hecho de que en el futuro la Dieta Federal, que es el órgano constitucional con más predicamento democrático, pase de nuevo a jugar el rol principal en la labor legislativa, en perjuicio, como se ha señalado ya, de la Comisión de mediación, que, como sabemos, posee una legitimación mediata, al no provenir sus miembros de una elección directa de los ciudadanos. En definitiva, a partir de la reforma constitucional serán más las grandes decisiones políticas que corresponda tomar de nuevo al Parlamento en exclusiva, es decir, a los diputados elegidos por los ciudadanos en las elecciones a la Dieta Federal, lo que, en último término, como se decía, significa potenciar el protagonismo del principio democrático en la escena política.

C.5.- Ventajas para los ciudadanos

La principal ventaja para ellos es que su decisión electoral adquiere de nuevo a partir de ahora un valor mayor, en la medida en que a través de ella otorgan un mandato a los diputados elegidos con el fin de que desarrollen una determinada línea política, que ya no tendrá por qué verse diluida, con tanta frecuencia como hasta entonces, a causa de los abundantes enmarañamientos o entrelazamientos competenciales del sistema federal, al verse éstos drásticamente reducidos como consecuencia del nuevo reparto competencial entre Federación y *Länder* y de la consiguiente reducción de la participación del Consejo Federal en la labor legislativa.

Otra consecuencia positiva asociada a ésta es que en adelante a los ciudadanos les va a resultar mucho más sencillo identificar quién es de qué responsable en la toma de decisiones públicas, con lo que, entre otras cosas, a la hora de la rendición de

cuentas, el sentido de su voto podrá estar mejor orientado, algo que, como se señalaba más arriba, desde la perspectiva del principio democrático no hay que despreciar.

C.6.- Ventajas para la economía

Por último, según el Gobierno Federal, la reforma constitucional del federalismo trae consigo también ventajas importantes en el terreno de la economía, al verse fortalecida con la misma, entre otras cosas, la creatividad y la iniciativa propias de las esferas estatales más pequeñas, sin que quede afectada por ello la unidad del espacio jurídico y económico.

Está por ver, sin embargo, que todas estas ventajas anunciadas por el Gobierno Federal efectivamente sean tales. Y es que, como tendremos ocasión de comprobar enseguida, la reforma analizada, a pesar de ser la más profunda que se ha realizado hasta el momento de la Ley Fundamental (al menos, en términos cuantitativos), tampoco responde completamente a las expectativas que, desde un primer momento, había despertado, y que quedaban reflejadas en la célebre expresión “madre de todas las reformas”⁹⁰⁷. Y es que aún tratándose, en efecto, de una modificación importante de numerosos preceptos constitucionales, lo cierto es que tampoco significa un cambio sustancial en el modo de concebir las relaciones entre la Federación y los *Länder* en el seno del Estado federal, más allá de una acentuación de los elementos competitivos en detrimento de los característicamente cooperativos, que se manifiesta, de manera contradictoria, además, por un lado, en

⁹⁰⁷ Expresión acuñada por el entonces co-Presidente de la Comisión sobre el Federalismo y Ministro-Presidente de Baviera, Edmund Stoiber. Vid. <http://www.faz.net/artikel/C30923/geplante-grundgesetzeaenderungen-die-mutter-aller-reformen-30162553.html>

la definición de campos materiales en base al principio de exclusividad en la titularidad de las competencias y, por el otro, en la introducción de lo que se podría considerar un nuevo tipo legislativo, el de la legislación divergente de los *Länder*, cuya misma concepción ha sido objeto de numerosas críticas, en tanto en cuanto da lugar a una especie de doble competencia, algo ajeno hasta ahora al modelo alemán de distribución competencial.

Aparte de esto, sí es cierto que se han establecido algunas condiciones normativas mínimas para que en la actividad legislativa el lugar que ocupe el Consejo Federal o *Bundesrat* se vea limitado, lo que redundará en un mayor protagonismo de la Dieta Federal. Lo mismo cabe decir a nivel europeo, en donde se potencia la actuación unitaria de la República Federal de Alemania, poniendo freno así a una práctica nada provechosa que obligaba a la búsqueda constante de acuerdos entre la Federación y los *Länder*, lo que entorpecía la agilidad en la toma de decisiones o, incluso, el mismo sentido o contenido de éstas, algo que en el argot comunitario era conocido como el “voto alemán”.

Al margen de estas modificaciones, también es verdad que se han llevado a cabo algunas otras que afectan a la reducción de la importancia y alcance de las denominadas tareas comunes, técnica de cooperación típica del federalismo alemán que fue introducida a finales de la década de los sesenta del pasado siglo, precisamente durante el primer gobierno de gran coalición que hubo en Alemania. U otras que se refieren a las relaciones entre los *Länder* y los municipios, con el propósito de proteger a estos últimos frente a cesiones competenciales que no vengán acompañadas de los recursos financieros precisos para su desempeño.

Con todo, una provisional valoración de conjunto permite concluir que la celebrada reforma del federalismo alemán previsiblemente no va a ser la última, dado que difícilmente va a conseguir dar respuesta a algunos de los problemas que aquejan a la República Federal; por otra parte, tampoco parece que vaya a suponer una modificación, tan trascendental como se imaginaba, en la forma de concebir las

relaciones federativas. El solo hecho de que al poco tiempo de aprobarse definitivamente la reforma se constituyera una nueva Comisión encargada de tratar las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* corrobora esta primera impresión. Comisión que concluyó sus trabajos en 2009, desembocando en una nueva reforma constitucional, considerada imprescindible para que la reforma aquí tratada pudiera desplegar toda su eficacia, pues, como es sabido, distribución de competencias y financiación de éstas son dos caras de una misma moneda, cuyo valor reside precisamente en una equilibrada conjunción de ambas.

D.- PRINCIPALES MODIFICACIONES DE LA LEY FUNDAMENTAL CLASIFICADAS POR ÁREAS TEMÁTICAS

La reforma de la Ley Fundamental que entró en vigor el uno de septiembre de 2006, como sabemos ya, afectó a veinticinco disposiciones constitucionales. Como es lógico, la importancia y alcance de cada precepto modificado (derogado o introducido como novedad) es muy diferente, de ahí que para proceder a su análisis se haya optado por una clasificación ordenada en base a bloques temáticos, lo que, entre otras cosas, facilitará su estudio y consulta⁹⁰⁸.

A tal efecto, en un primer estadio, veremos qué novedades o alteraciones ha experimentado el reparto de competencias entre la Federación y los *Länder*, particularmente en lo que se refiere a las facultades de carácter legislativo, las más trascendentales desde el punto de vista del poder político.

A continuación, centraremos el estudio en el papel que a partir de ahora corresponderá desempeñar al Consejo Federal o *Bundesrat* en el terreno de la

⁹⁰⁸ Los estudios o análisis más detallados o completos en alemán sobre la Reforma del Federalismo I, tal y como ya se la conoce, después de que se constituyera, como veremos más adelante, una nueva Comisión sobre el Federalismo II, encargada de preparar una reforma sustancial de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, son: MEYER, H.: *Die Föderalismusreform 2006* (Konzeption, Kommentar, Kritik), Duncker & Humblot, Berlin, 2008; STARCK, C. (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007; HOLTSCHEIDER, R. / SCHÖN, W. (Ed.): *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007; KLUTH, W. (Ed.), *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007; ARROYO GIL, A.: "Die Reform des Deutschen Bundesstaates - Eine Erste Bilanz aus spanischer Perspektive", en: Tudela Aranda, José / Kölling, Mario (Eds.), *Die Reform des Deutschen Bundesstaates und die Reform des Spanischen Autonomiestaates*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009

En castellano, vid. ARROYO GIL, A.: "La reforma del Estado federal alemán: Un primer balance", en Tudela Aranda, José / Kölling, Mario (Eds.), *La reforma del Estado Autonomico español y del Estado Federal alemán*, Cuadernos y Debates 195, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009; y CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A.: "Los resultados del proceso de reforma del federalismo en Alemania", Tema del semestre, RGDC, 2, 2006 [Se puede consultar en internet en: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=3&numero=2]. Vid, asimismo, el número 6 de la Revista de Derecho Constitucional Europeo, de 2006, dedicada monográficamente a la reforma del federalismo alemán.

actividad legislativa, cuestión ésta de la máxima importancia, pues no podemos olvidar que una de las razones principales que motivó el debate en torno a la necesidad de llevar a cabo una reforma sustancial del orden federal alemán radicaba precisamente en la necesidad de mitigar el protagonismo cada vez mayor (desmesurado, para muchos analistas) que este órgano constitucional de representación de los Gobiernos de los *Länder* había ido paulatinamente ocupando en la labor legislativa.

En tercer lugar, veremos qué consecuencias ha tenido la reforma de la Ley Fundamental en lo relativo a la posición de la República Federal de Alemania ante las instituciones comunitarias y en lo que se refiere a la responsabilidad de la misma (en tanto que Estado compuesto de Federación y *Länder*) por el incumplimiento del derecho comunitario.

Seguidamente, se hará mención de aquellas modificaciones constitucionales que afectan a la relación, tanto competencial como financiera, de los *Länder* con los municipios.

En último lugar, y como antesala de la segunda gran reforma constitucional del orden federal alemán que se llevó a efecto tres años más tarde, como conclusión de los trabajos de la denominada *Comisión sobre el Federalismo II*, procederemos a analizar aquellos preceptos de la Ley Fundamental que han sido modificados y que afectan a las relaciones financieras de la Federación y los *Länder*.

D.1.- Distribución o reparto de competencias

Sin ningún género de dudas, la parte más importante de la modificación de la Ley Fundamental analizada es la que se refiere a las cuestiones competenciales, ya que, a fin de cuentas, es en este punto donde se dirime de manera principal el contenido de las relaciones federativas en un Estado territorialmente descentralizado como el

alemán entre las distintas partes que lo componen (Federación y *Länder*). De manera singular, la reforma constitucional ha afectado, sobre todo, a las facultades legislativas⁹⁰⁹, que son, como sabemos, las que ofrecen un reflejo más aproximado del alcance del poder público que corresponde a cada entidad política⁹¹⁰. Veamos cómo ha quedado el nuevo mapa competencial tras la reforma constitucional de 2006.

D.1.a) La legislación exclusiva de la Federación (Die ausschließliche Gesetzgebung des Bundes)

De conformidad con uno de los propósitos perseguidos por la reforma constitucional, la Federación ha visto incrementado el número y la calidad de sus facultades legislativas de carácter exclusivo⁹¹¹. Algunas de las nuevas materias que el legislador federal puede regular a partir de ahora en exclusiva provienen de la derogada legislación marco, mientras que otras se encontraban anteriormente

⁹⁰⁹ Vid. RENGELING, H-W.: “Föderalismusreform und Gesetzgebungskompetenzen”, DVBl., 24, 2006, pp. 1537 ss.; OETER, S.: “Neustrukturierung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz, Veränderung der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes”, en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007, pp. 19 ss.; NIERHAUS, M. / RADEMACHER, S.: “Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle?”, Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 16 (2006), pp. 386 ss. En castellano, vid. MARTÍN VIDA, M. A.: “La reforma del federalismo alemán. Cambio en el reparto material de competencias entre la Federación y los *Länder*”, ReDCE, 6, 2006 (*La reforma del federalismo alemán*), pp. 161 ss., y NARANJO DE LA CRUZ, R.: “La reforma del sistema...”, pp. 125 ss.

Sobre la conveniencia de establecer una diferenciación entre los términos “competencia”, “facultad” y “materia” a fin de evitar confusiones conceptuales que pueden tener importantes consecuencias en el momento de decidir el alcance de las respectivas competencias de cada una de las partes, véase supra el apartado G.1.i) del Capítulo 1. Vid. asimismo VIVER i PI-SUNYER, C.: *Materias competenciales y Tribunal Constitucional: la delimitación de los ámbitos materiales de las competencias en la jurisprudencia constitucional*, Ariel, Barcelona, 1989; y ARROYO GIL, A.: “Los principios de competencia y prevalencia en la resolución de los conflictos competenciales. Una relación imposible”, REDC, 80, 2007, pp. 411 ss.

⁹¹⁰ Un estudio sintético, pero muy crítico, sobre cómo ha quedado configurado tras la reforma constitucional de 2006 el nuevo orden de las facultades legislativas en DEGENHART, C.: “Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform”, NVwZ, 11, 2006, pp.1209 ss.; véase, asimismo, FRENZ, W.: “Gesetzgebungskompetenzen nach der Föderalismusreform”, Jura, 3, 2007, pp. 165 ss.

⁹¹¹ Vid. KLUTH, W.: “Art. 73 GG [Gebiete der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes]”, en Kluth, Winfried [Ed.], *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 157 ss.

englobadas dentro del catálogo de la legislación concurrente; finalmente, también se le han otorgado nuevas facultades legislativas a la Federación antes no previstas expresamente en la Ley Fundamental⁹¹².

En concreto, las materias provenientes de la antigua legislación marco a las que se extiende ahora la facultad legislativa exclusiva de la Federación son las siguientes:

Art. 73.1.3 GG: (...) *el registro y la identificación de las personas*⁹¹³ (...).

Art. 73.1.5a GG: *la protección del patrimonio cultural alemán contra su transferencia al extranjero*⁹¹⁴.

Por su parte, las materias que antes de la reforma formaban parte de la legislación concurrente y que a partir de ella han engrosado las filas del catálogo de la legislación exclusiva federal son éstas:

Art. 73.1.12 GG: *el derecho de tenencia de armas y explosivos*⁹¹⁵;

Art. 73.1.13 GG: *la atención a los damnificados por la guerra y a las viudas y huérfanos de guerra y la asistencia a los antiguos prisioneros de guerra*⁹¹⁶;

Art. 73.1.14 GG: *la producción y utilización de la energía nuclear para fines pacíficos, la construcción y funcionamiento de instalaciones que sirvan a tales*

⁹¹² Vid. HEINTZEN, M.: "Die ausschließliche Bundesgesetzgebung", en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007, pp. 41 ss.

⁹¹³ Antiguo número 5 del art. 75.1 GG. La justificación de la inclusión de esta materia en el número 3 del art. 73.1 GG deriva de la conexión temática de la misma con alguna de las ya reguladas en este precepto, en particular con la relativa al "régimen jurídico de los pasaportes". Vid. DEUTSCHER BUNDESTAG (Ed.): *Föderalismusreform und Grundgesetz* (Sonderthema), Blickpunkt Bundestag 7/2006, p. 26 [En internet se puede consultar en la siguiente página web: <http://www.bundestag.de/interakt/infomat/schriftenreihen/downloads/foedreform.pdf>]

⁹¹⁴ Antiguo número 6 del art. 75.1 GG. El hecho de que la Federación, de acuerdo con el número 1 del art. 73.1 GG, ostente la competencia exclusiva en materia de "asuntos exteriores", explica que "la protección del patrimonio cultural alemán contra su transferencia al extranjero" caiga también dentro de su exclusiva competencia, y ello pese a que la indiscutida soberanía cultural (*Kulturhoheit*) de los *Länder* constituya el núcleo esencial de las competencias de éstos. Vid. DEUTSCHER BUNDESTAG (Ed.): *Föderalismusreform und Grundgesetz...*, p. 26.

⁹¹⁵ Antiguo número 4a del art. 74.1 GG.

⁹¹⁶ Antiguo número 10 del art. 74.1 GG.

*finés, la protección contra los peligros derivados de la liberación de energía nuclear o a causa de radiaciones ionizantes, y la eliminación de material radiactivo*⁹¹⁷.

Al contrario de lo que sucedía en el caso de la legislación marco, en donde la competencia de la Federación sí que se encontraba fuertemente limitada, dado que la misma, salvo en casos excepcionales (apartado 2 del antiguo art. 75 GG), tan solo podía dictar normas de carácter básico o principal para la regulación del objeto material en cuestión, en el supuesto de la legislación concurrente la competencia de la Federación para legislar, cumplidas las condiciones habilitantes a que se refería (y refiere, aunque ahora de manera restringida) el apartado 2 del art. 72 GG, era (es) tan ilimitada como la que le corresponde a ésta en el caso de la legislación exclusiva, de ahí que la “ganancia competencial” de la Federación en este último caso, en principio, no sea tan destacable como en el anterior. Con todo, tampoco se puede desconocer que la judicialización que el Tribunal Constitucional Federal venía realizando últimamente del cumplimiento de esas condiciones habilitantes del art. 72.2 GG, estaba otorgando a los *Länder* una mejor protección de su propia competencia frente a la anterior intervención incontrolada de la Federación, de ahí que este traspaso de determinadas materias de la legislación concurrente a la legislación exclusiva de la Federación, que deja sin virtualidad alguna a esa línea jurisprudencial recientemente abierta respecto de estos ámbitos materiales⁹¹⁸, tenga más importancia de la que hace unos años cabría imaginar.

Por último, en el catálogo de la legislación exclusiva de la Federación del art. 73.1 GG se ha incluido una nueva materia anteriormente no prevista de manera expresa en la Ley Fundamental, a saber:

⁹¹⁷ Antigua número 11a del art. 74.1 GG. Este cambio de ubicación ha motivado la modificación del art. 87c GG, que antes de la reforma de 2006 se refería a las leyes que se dictaran en virtud del artículo 74 núm. 11a, y que ahora remite al art. 73.1.14^o, reconociendo antes como ahora que las mismas “pueden determinar, con el asentimiento del Consejo Federal, que sean ejecutadas por los *Länder* por encomienda de la Federación”.

⁹¹⁸ Vid. apartado B.2 del capítulo anterior.

Art. 73.1.9a GG: la defensa frente a peligros del terrorismo internacional, a través de la Oficina Federal de Policía de Investigación Criminal, en los casos en que exista un peligro que se extienda más allá de un Land, en que la competencia de las autoridades policiales de un Land no sea reconocible o en que así lo soliciten las autoridades superiores de un Land.

Con esta nueva disposición constitucional, reflejo de las preocupaciones políticas que se han visto acentuadas como consecuencia de los graves atentados terroristas de carácter internacional habidos en los últimos años (Nueva York - 11 de septiembre de 2001-, Madrid -11 de marzo de 2004-, Londres -7 de julio de 2005-, etc.), se pretende fortalecer el papel de la Oficina federal de la policía encargada de la investigación criminal, cuando la amenaza terrorista supere las capacidades de actuación de un *Land* o cuando así lo soliciten sus autoridades superiores⁹¹⁹. Ahora bien, las leyes federales que se dicten a este respecto, de acuerdo con el apartado 2 del art. 73 GG, precisarán del asentimiento del Consejo Federal.

Esta exigencia, que de todas las materias enumeradas en el art. 73.1 GG solo le es aplicable al número 9a, no deja de ser un tanto sorprendente, pues no podemos olvidar que nos encontramos aquí en un terreno, el de la legislación exclusiva de la Federación, en el que ésta debería poder actuar libre de trabas. Se da, incluso, la paradoja de que en este ámbito de la defensa frente a peligros provenientes del terrorismo internacional, la capacidad de actuación de la Federación es más restringida que la que la misma ostenta en el campo de la legislación concurrente, en donde ésta, como veremos, podrá regular discrecionalmente la mayoría de las materias previstas en el art. 74.1 GG, pudiendo solo legislar sobre el resto una vez cumplida alguna de las condiciones habilitantes establecidas en el art. 72.2 GG. En efecto, no parece que tenga mucho sentido que la capacidad de actuación de la Federación sea mayor en el terreno de la legislación concurrente que en el de la

⁹¹⁹ Esta ampliación de la competencia de la policía federal plantea algunas dudas acerca de su eficacia y repercusiones sobre el trabajo y las competencias de las policías de los Länder; vid. KLUTH, W.: "Art. 73 GG...", pp. 159 ss. Vid. también HEINTZEN, M.: "Die ausschließliche...", pp. 47 ss.

legislación exclusiva (aunque se trate de un único caso excepcional)⁹²⁰. Una materia que se incluye en el catálogo de la legislación exclusiva federal, por su propia naturaleza, ha de poder ser regulada legislativamente con plena libertad por la Federación, sin sometimiento alguno a una autorización proveniente de un órgano constitucional, el Consejo Federal, representativo de intereses no necesariamente coincidentes con los federales.

La modificación vista del art. 73 GG traerá consigo una nítida restricción de la actuación del legislador de *Land*, que hasta esta reforma podía regular determinadas materias que a partir de ahora tendrá vedadas al caer dentro del ámbito de la legislación exclusiva de la Federación. A tal efecto, el art. 125a.3 GG prevé un régimen transitorio, en virtud del cual el derecho que haya sido dictado como derecho de *Land* pero que a causa de una modificación del artículo 73 no pudiera ser ya dictado como derecho de *Land* sigue siendo válido como tal, sin perjuicio de que el mismo pueda ser sustituido por derecho federal⁹²¹.

D.1.b) La legislación concurrente (Die konkurrierende Gesetzgebung)

En el ámbito de la legislación concurrente, el apartado 2 del art. 72 GG experimenta una modificación sustancial al restringir el alcance de la llamada cláusula de imprescindibilidad (*Erforderlichkeitsklausel*) a casi un tercio de los ámbitos materiales previstos en el art. 74.1 GG⁹²². Esto significa un fortalecimiento considerable de la competencia federal en esos campos que quedan excluidos, ya que a partir de ahora solo en aproximadamente ese tercio de las materias objeto de la legislación concurrente debe acreditar la Federación que su intervención legislativa es “imprescindible” para “la creación de condiciones de vida equivalentes

⁹²⁰ De otra opinión, HEINTZEN, M.: “Die ausschließliche...”, p. 52.

⁹²¹ Vid. SCHWARZ, K.-A.: “Die Änderungen des Art. 125a GG”, en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007, p.61.

⁹²² Vid. OETER, S.: “Neustrukturierung der...”, pp. 11 ss.

en el territorio federal” o para garantizar “la unidad jurídica y económica en interés general”, pudiendo, en consecuencia, en los demás casos decidir libremente si establece su regulación o no, es decir, con independencia de que se cumpla alguna de esas condiciones habilitantes⁹²³. En realidad, esto se traduce en que *de facto* esas competencias concurrentes del art. 74.1 GG no afectadas por la cláusula de imprescindibilidad en adelante, desde la perspectiva de la Federación, tendrán un régimen jurídico prácticamente idéntico al de las competencias exclusivas de ésta, en el sentido de que la misma podrá hacer uso de ellas con idéntica libertad⁹²⁴.

Los campos materiales de la legislación concurrente previstos en el art. 74.1 GG que a partir de ahora quedan sometidos al cumplimiento de alguna de las condiciones habilitantes referidas son los siguientes:

- 4. el derecho de residencia y establecimiento de los extranjeros;*
- 7. el régimen de previsión pública (excluido el derecho sobre centros de asistencia);*
- 11. el derecho de la economía (minería, industria, energía, artesanía, pequeña industria, comercio, régimen bancario y bursátil, y régimen de los seguros jurídico-privados), excluido el derecho sobre el cierre de los*

⁹²³ Sobre la considerable limitación de la cláusula de imprescindibilidad operada por la reforma constitucional de 2006 y sus consecuencias, distinguiendo, a este respecto, entre legislación concurrente condicionada e incondicionada, vid. UHLE, A.: “Art. 72 GG [Konkurrierende Gesetzgebung]”, en Kluth, Winfried [Ed.], *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 129 ss. Vid., asimismo, STÜNKER, J.: “Zur Entwicklung der Neufassung von Artikel 72 Absatz 2 GG (Erforderlichkeitsklausel) und Artikel 72 Absatz 3 (Abweichungsrechte)”, pp. 91 ss. y GERHARDS, W.: “Abweichungsrechte (Art. 72 Abs. 3 - neu-) und Erforderlichkeitsklausel (Art. 72 Abs. 2 GG)”, pp- 104 ss.; ambos en Holtschneider, Rainer / Schön, Walter (Ed.), *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007.

⁹²⁴ No sucede así desde la perspectiva de los *Länder*, ya que éstos tienen vedada su intervención en el terreno de la legislación exclusiva de la Federación a no ser que ésta, por medio de ley, les habilite expresamente para ello (art. 71 GG). Para UHLE, A.: “Art. 72 GG...”, pp. 139 ss., la legislación federal concurrente no condicionada, en realidad, actúa como legislación prevalente de la Federación (*Vorranggesetzgebung des Bundes*), manifestándose de dos formas: la legislación prevalente no modificable (*abweichungsfeste Vorranggesetzgebung*) por los *Länder*, que comprende la mayoría de los ámbitos materiales no sujetos a la cláusula de imprescindibilidad a que se refiere el art. 74.1 GG, y la legislación prevalente modificable (*abweichungsoffene Vorranggesetzgebung*) por los *Länder*, que se refiere a los campos del art. 74.1 GG enumerados en el art. 72.3 GG.

comercios, los establecimientos de restauración, las salas de juego, las exhibiciones de personas en espectáculos, las ferias, las exposiciones y los mercados;

13. la regulación de las ayudas para la educación y el fomento de la investigación científica;

15. la transferencia de la tierra, de los recursos naturales y de los medios de producción a un régimen de propiedad colectiva o a otras formas de economía colectiva;

19a. la financiación de los hospitales y la regulación de las tarifas hospitalarias;

20. el derecho sobre los productos alimentarios, incluidos los que se obtengan de animales, el derecho sobre artículos de consumo, objetos de necesidad y piensos, así como la protección del comercio de semillas y plantas agrícolas y forestales, la protección de las plantas contra enfermedades y daños, y la protección de los animales;

22. el tráfico por carretera, el transporte por camión, la construcción y mantenimiento de carreteras para el tráfico de largo recorrido, así como la percepción y distribución de tasas o pagos por la utilización de carreteras públicas por vehículos automóviles;

25. la responsabilidad del Estado;

26. la creación de vida humana por medios médicos, la investigación y la modificación artificial de la información genética, así como las regulaciones relativas a los trasplantes de órganos, tejidos y células.

Para los *Länder*, a la vista de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que venía sometiendo a un examen cada vez más exhaustivo el cumplimiento de las condiciones habilitantes del art. 72.2 GG⁹²⁵, hasta

⁹²⁵ Vid. *BVerfGE* 106, 62 (135 ss.), de 24.10.2002 (Sentencia sobre la Ley de atención a los ancianos); así como *BVerfGE* 110, 141 (174 ss.), de 16.03.2004 (Sentencia sobre la Ley de perros peligrosos); 111, 226 (250 ss.), de 27.04.2004 (Sentencia sobre las cátedras junior); 111, 10 (28 ss.), de 09.07.2004 (Sentencia sobre la Ley reguladora del cierre de los comercios); y 112, 226 (243 ss.), de 26.01.2005 (Sentencia sobre las tasas de estudios superiores). Vid., al respecto, SCHMAHL, S.: "Bundesverfassungsgerichtliche Neujustierung des Bund-Länder-Verhältnisses im Bereich der

el punto de haber llegado a declarar inconstitucionales determinadas leyes federales por no haberlas cumplido, la restricción del alcance de la cláusula de imprescindibilidad en casi dos tercios no es una buena noticia, en tanto en cuanto cabe imaginar que el propio Tribunal no revisará a la luz de la nueva redacción del art. 72.2 GG la jurisprudencia que hasta ahora venía manteniendo⁹²⁶. En el fondo, una medida así parte del *a priori* de que hay ámbitos materiales que por su propia naturaleza han de ser regulados por la Federación con plena libertad (al igual que sucede en el terreno de su legislación exclusiva), de modo que solo cuando ésta no establezca ningún tipo de normativa al respecto podrán los *Länder* entrar a regularlos por sí mismos. En definitiva, esta modificación del art. 72.2 GG supone una ampliación de la capacidad normativa de la Federación en detrimento de la de los *Länder*⁹²⁷.

Además, se ha de tener presente a este respecto que el régimen transitorio vigente hasta la reforma constitucional de 2006 continúa siendo válido, si bien ahora su ámbito de aplicación se ha de circunscribir, como es lógico, a las materias objeto de este modificado art. 72.2 GG. En efecto, de acuerdo con el nuevo apartado 2 del art. 125a GG, “[e]l derecho que haya sido aprobado en base al artículo 72.2, en la versión vigente hasta el 15 de noviembre de 1994, pero que a causa de la

Gesetzgebung”, en Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.), *Jahrbuch des Föderalismus 2006* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006, pp. 220 ss.

En relación con la problemática asociada a esta línea jurisprudencial, véase apartado B.2 del capítulo anterior; vid., asimismo, en castellano, CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A.: “Distribución de competencias y control jurisdiccional en el federalismo alemán”, REDC, 75, 2005, pp.305 ss.

⁹²⁶ Vid. RÜFNER, W.: “Art. 72 Abs. 2 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, en Depenheuer, Otto / Heintzen, Markus / Jestaedt, Matthias / Axer, Peter (Ed.): *Staat im Wort*, Festschrift für Josef Isensee, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2007, pp. 390 ss.

⁹²⁷ Vid. BT Drucks. 16/813, pp. 20 ss.; RISSE, H.: “Die Neuregelung der Zustimmungsbedürftigkeit von Bundesgesetzen durch die Föderalismusreform”, en Hufen, Friedhelm (Ed.), *Verfassungen – Zwischen Recht und Politik*, Festschrift zum 70. Geburtstag für Hans Peter Schneider, Nomos, Baden-Baden, 2008, p. 271, quien, desde su privilegiada posición de observador de los trabajos preparatorios de la reforma constitucional finalmente acaecida, en tanto en cuanto ocupó el cargo de Secretario de la *Comisión sobre el Federalismo I*, hace una lectura muy positiva de la nueva regulación de la cláusula de imprescindibilidad del art. 72.2 GG, en tanto que, en su opinión, la misma representa una mejora para todas las partes, y, de modo muy particular, para la Federación, que será notoriamente más independiente en el *Bundesrat* de la formación de la voluntad de los *Länder*.

modificación del artículo 72.2 no pudiera ser ya aprobado como derecho federal, sigue siendo válido como derecho federal. Por ley federal puede determinarse que pueda ser sustituido por derecho de *Land*". El legislador de *Land* precisa, por tanto, ahora como antes, un habilitación legal de la Federación para poder sustituir el derecho federal. Habilitación que el legislador federal concederá, en principio, cuando tenga conocimiento cierto de que la imprescindibilidad de su regulación que demanda el art. 72.2 GG haya desaparecido.

Por otro lado, es preciso asimismo tomar en consideración, a este respecto, la introducción de un nuevo apartado 2 en el art. 93 GG (el antiguo apartado 2 ha pasado a ser el nuevo apartado 3, conservando el mismo contenido) que viene a reconocer la "competencia especial" del Tribunal Constitucional Federal para decidir, "a instancia del Consejo Federal, de un Gobierno de *Land* o de la representación popular de un *Land*", si en los casos del art. 72.4 GG ya no existe la imprescindibilidad de una regulación federal (para "la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o la preservación de la unidad jurídica o económica en interés general del Estado") o si en los casos a que se refiere el mencionado art. 125a.2 frase 1ª GG ya no podría ser dictado derecho federal.

La consecuencia aparejada a esa determinación por parte del Tribunal de que, en efecto, la imprescindibilidad ha decaído o de que el derecho federal ya no podría ser aprobado como tal, es que la misma viene a suplir a la ley federal a que se refieren los citados arts. 72.4 in fine y 125a.2 frase 2ª, de forma que a partir de esa declaración jurisprudencial la regulación federal podrá ser sustituida en ambos supuestos por derecho de *Land* sin necesidad de que la ley federal lo autorice. Eso sí, como señala este nuevo art. 93.2 in fine GG, la iniciativa del Consejo Federal, del Gobierno de *Land* o de la representación de *Land* a que se hacía referencia más arriba (legitimación activa idéntica a la propia del control abstracto de normas a que se refiere este mismo art. 93 GG en su apartado 1.2a) solo será válida o bien cuando un proyecto de ley, de acuerdo con el art. 72.4 GG o con el art. 125a.2 frase 2ª GG, haya sido rechazado en la Dieta Federal o cuando sobre el mismo, en el

plazo de un año, no se haya informado o emitido una resolución, o bien cuando un proyecto de ley equivalente haya sido rechazado en el Consejo Federal⁹²⁸.

Por otra parte, si bien no se puede ignorar aquí que, desde una perspectiva estrictamente competencial, la llamada legislación concurrente (*konkurrierende Gesetzgebung*) en nada se diferencia de la legislación exclusiva (*ausschließliche Gesetzgebung*), en tanto que en un supuesto como en el otro no cabe que dos legisladores diferentes, uno federal y el otro de *Land*, regulen un mismo ámbito material con idéntico alcance, sí es cierto que el hecho de que se haya introducido en el primer caso (legislación concurrente) una serie de condiciones habilitantes, que impiden a la Federación hacer uso libre y discrecional de su competencia, supone una nota diferenciadora importante entre ambos tipos legislativos, pues mientras en el caso de la legislación exclusiva la Federación puede ejercer su competencia en cualquier momento, en el de la concurrente ésta solo podrá actuar cuando se cumpla alguna de esas condiciones del art. 72.2 GG.

Con todo, como se decía, tanto en un supuesto como en otro no cabe la válida concurrencia de dos normativas diferentes, una federal y la otra de *Land*, sobre un mismo objeto material. Se habla, por tanto, de una falsa concurrencia. Algo que, por otra parte, no ha de sorprender, ya que en el ordenamiento jurídico-constitucional alemán al principio de competencia le ha sido consustancial la nota de la exclusividad⁹²⁹. Ni siquiera en el caso de la llamada legislación marco del art. 75 GG

⁹²⁸ Vid. SCHWARZ, K-A.: “Die Änderungen des Art. 93 GG”, en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007, pp. 53 ss.; KLUTH, W.: “Art. 93 GG [Stellung und Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts]”, en Kluth, Winfried [Ed.], *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 226 ss.

⁹²⁹ Véanse los apartados D.4 y D.5 del capítulo anterior. Vid, también, ARROYO GIL, A.: “Los principios de competencia...”, pp. 407 ss., en donde además de negar la existencia de competencias dobles en el sistema jurídico-constitucional alemán, se rechaza asimismo la posibilidad misma de tales dobles competencias, sin que, por tanto, quede margen alguno al principio de prevalencia o jerarquía en la resolución de los eventuales conflictos normativos que eventualmente puedan tener lugar. De otra opinión: QUADRA-SALCEDO JANINI, T.: *El sistema europeo de distribución de competencias. Garantías políticas y garantías jurídicas de un ámbito propio de decisión de los Estados miembros de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 124 ss. y 132 ss., para quien la posibilidad de competencias compartidas igualmente válidas que entran en conflicto es una

(como veremos ulteriormente, derogado con la reforma) se daba una concurrencia perfecta, pues la competencia (marco, básica o principal) de la Federación no coincidía en los mismos términos con la competencia (de desarrollo o ejecución) de los *Länder*, sino que cada una era exclusiva dentro de su alcance; otra cosa es que ambas actuaran de manera complementaria para proceder a la regulación completa de una determinada materia.

Pues bien, esta característica de la exclusividad competencial se ha visto significativamente alterada con la modificación constitucional de 2006 y la consiguiente introducción en el apartado 3 del art. 72 GG de una nueva categoría legislativa, muy discutida a nivel doctrinal: la legislación divergente de los *Länder* (*Abweichungsgesetzgebung der Länder*), que estudiaremos con mayor detalle más adelante, en virtud de la cual se faculta a los *Länder* a dictar una normativa divergente de la federal respecto de determinados ámbitos materiales previstos en ese art. 72.3 GG.

De esta forma, tomando en consideración estas modificaciones constitucionales, se puede apreciar cómo la antigua legislación concurrente ha quedado muy desdibujada en sus contornos⁹³⁰, ya que, por un lado, en lo que se refiere a la capacidad de intervención de la Federación respecto de determinados ámbitos materiales del art. 74.1 GG (los no enumerados en el apartado 2 del art. 72 GG) en nada se diferencia ahora de la legislación exclusiva, pues tanto en un supuesto como en el otro, la Federación podrá entrar a regular las respectivas materias sin ningún tipo de limitación, y, por otra parte, en relación con las materias mencionadas en el art. 72.3 GG, su normativa no supone ya ningún efecto barrera (*Sperrwirkung*) para los *Länder*, dado que éstos, como veremos, podrán aprobar normas

realidad susceptible de ser resuelta a través del principio de prevalencia. En un sentido similar, SUÁREZ CORUJO, B.: *La protección social en el Estado de las Autonomías* (Un examen de los artículos 149.1.17.^a y 148.1.20.^a ante los procesos de reforma estatutaria), Prólogo de Luis Enrique de la Villa Gil, Iustel, Madrid, 2006, p. 154.

⁹³⁰ Vid. UHLE, Arndt: "Art. 72 GG...", p. 116; IPSEN, J.: *Staatsrecht I...*, 18.^a ed. revisada, 2006, pp. 145 ss.

divergentes, que prevalecerán sobre las federales por aplicación del criterio temporal.

La modificación de la Ley Fundamental de la que nos venimos ocupando en estas páginas ha afectado también al catálogo de las competencias concurrentes previsto en el art. 74.1 GG, de manera que algunas materias antes concurrentes han pasado ahora o bien a englobar el catálogo de competencias exclusivas de la Federación o de los *Länder* o bien han visto ampliado o dividido su objeto, con el fin, en este último caso, de definir o delimitar con más precisión el alcance de la competencia de cada una de las partes, Federación y *Länder*. Tales modificaciones del art. 74.1 GG afectan a los siguientes números⁹³¹:

- 1. el derecho civil, el derecho penal, la organización judicial, el procedimiento judicial (excluido el derecho sobre la ejecución de la prisión preventiva⁹³²), la abogacía, el notariado⁹³³ y el asesoramiento jurídico;*
- 3. el derecho de asociación⁹³⁴;*
- 4a. (derogado)⁹³⁵;*
- 7. el régimen de previsión pública (excluido el derecho sobre centros de asistencia⁹³⁶);*
- 10. (el contenido del antiguo número 10 ha sido derogado⁹³⁷; a partir de ahora este número 10 consta del mismo contenido que el antiguo número 10a, que desaparece como número⁹³⁸);*

⁹³¹ En cursiva y negrita se encuentra la parte modificada. En general, vid. KLUTH, W.: "Art. 74 GG [Gebiete der konkurrierende Gesetzgebung]", en Kluth, Winfried [Ed.], *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 165 ss.

⁹³² Que pasa a convertirse en materia objeto de la legislación exclusiva de los *Länder*.

⁹³³ Aunque en el proyecto de reforma de la Ley Fundamental también estaba previsto que el notariado pasase a engrosar el catálogo de competencias exclusivas de los *Länder*, finalmente se optó por mantenerlo como materia sujeta a la legislación concurrente.

⁹³⁴ Antes incluía también el derecho de reunión, que ahora ha sido suprimido, pasando a englobar el número de competencias exclusivas de los *Länder*.

⁹³⁵ Se refería al *derecho de tenencia de armas y explosivos*, que ahora se ha incluido en el catálogo de la legislación exclusiva federal (art. 73.1.12 GG).

⁹³⁶ Que pasa a convertirse en materia objeto de la legislación exclusiva de los *Länder*.

10a. **(desaparece como número, pero su contenido se incluye bajo el número 10, cuyo antiguo contenido ha sido derogado)**⁹³⁹;

11. **el derecho de la economía (minería, industria, energía, artesanía, pequeña industria, comercio, régimen bancario y bursátil, y régimen de los seguros jurídico-privados), excluido el derecho sobre el cierre de los comercios, los establecimientos de restauración, las salas de juego, las exhibiciones de personas en espectáculos, las ferias, las exposiciones y los mercados**⁹⁴⁰;

11a. **(derogado)**⁹⁴¹;

17. **el fomento de la producción agraria y forestal (excluido el derecho sobre la concentración parcelaria**⁹⁴²), **el aseguramiento del abastecimiento de alimentos, la importación y exportación de productos agrícolas y forestales, la pesca de altura y costera, y la protección de las costas;**

18. **las transacciones inmobiliarias de carácter urbanístico**⁹⁴³, **el derecho del suelo (excluido el derecho de las contribuciones por urbanización) y el derecho sobre las subvenciones a las viviendas, el derecho sobre la**

⁹³⁷ El contenido del antiguo número 10 se refería a *la atención a los damnificados por la guerra y a las viudas y huérfanos de guerra y la asistencia a los antiguos prisioneros de guerra*, que ahora integra el catálogo de la legislación exclusiva federal (art. 73.1.13 GG)

⁹³⁸ Se refiere a *las tumbas de guerra y las tumbas de otras víctimas de la guerra y de la dictadura*.

⁹³⁹ Vid. las dos anteriores notas a pie de página.

⁹⁴⁰ Que pasa a convertirse en materia objeto de la legislación exclusiva de los *Länder*. Aquí, como en ningún otro lugar, se pone perfectamente de relieve una de las finalidades esenciales que se perseguía con la reforma constitucional: potenciar las manifestaciones del llamado federalismo competitivo. En este caso, se mantiene la competencia concurrente de la Federación para regular los aspectos nucleares de la economía, permitiendo a los *Länder* que, en función de sus peculiaridades regionales, establezcan su propia regulación respecto de cuestiones que también afectan al sistema económico, pero de manera más adyacente. Vid. SZCZEKALLA, P.: "Das Recht der Wirtschaft im föderalen Bundesstaat", en Ipsen, Jörn / Stüer, Bernhard (Ed.), *Europa im Wandel – Festschrift für Hans-Werner Rengeling zum 70. Geburtstag am 25. Februar 2008*, Carl Heymanns Verlag, Köln-München, 2008, pp. 181 ss.

⁹⁴¹ Se refería a *"la producción y utilización de la energía nuclear para fines pacíficos, la construcción y funcionamiento de instalaciones que sirvan a tales fines, la protección contra los peligros derivados de la liberación de energía nuclear o a causa de radiaciones ionizantes, y la eliminación de material radiactivo"*, que ahora se ha incluido en el catálogo de la legislación exclusiva federal (art. 73.1.14 GG).

⁹⁴² Que pasa a convertirse en materia objeto de la legislación exclusiva de los *Länder*.

⁹⁴³ Se ha de entender, por tanto, que las de carácter rural corresponden a la competencia exclusiva de los *Länder*.

ayuda por deudas anteriores, el derecho sobre las primas por construcción de vivienda, el derecho sobre la construcción de viviendas para mineros y el derecho sobre los asentamientos mineros⁹⁴⁴;

19. **medidas contra enfermedades humanas y animales peligrosas para la colectividad o contagiosas, admisión a las profesiones médicas y a otras de carácter sanitario, así como el derecho sobre el régimen farmacéutico, los medios curativos, los productos medicinales, los remedios, las sustancias narcóticas y los tóxicos⁹⁴⁵;**

20. **el derecho sobre los productos alimentarios, incluidos los que se obtengan de animales, el derecho sobre artículos de consumo, objetos de necesidad y piensos, así como la protección del comercio de semillas y plantas agrícolas y forestales, la protección de las plantas contra enfermedades y daños, y la protección de los animales⁹⁴⁶;**

22. **el tráfico por carretera, el transporte por camión, la construcción y mantenimiento de carreteras para el tráfico de largo recorrido, así como la percepción y distribución de tasas o pagos por la utilización de carreteras públicas por vehículos automóviles⁹⁴⁷;**

24. **la gestión de los residuos⁹⁴⁸, el mantenimiento de la pureza del aire y la lucha contra el ruido (excluida la protección frente al ruido derivado del comportamiento de las personas⁹⁴⁹);**

⁹⁴⁴ Esta división de la antigua materia “régimen de la vivienda” (“*Wohnungswesen*”) en diversas submaterias, significa que todo aquello no incluido entre éstas (como, por ejemplo, lo relativo al subsidio de los alquileres -*Wohngeld*-), caerá dentro de la competencia exclusiva de los *Länder*.

⁹⁴⁵ El hecho de que se amplíe, a este respecto, la competencia de la Federación para regular legislativamente todo lo relativo a los medios curativos o medicamentos y no solo el comercio de éstos (*Verkehr mit Arzneien*), como sucedía anteriormente, contribuye a asegurar un nivel de seguridad social uniforme en toda la República Federal.

⁹⁴⁶ Al igual que en el número anterior, también aquí se amplía la competencia concurrente a la generalidad del derecho sobre los productos alimenticios, y no solo a su comercio, como ocurría antes de la reforma.

⁹⁴⁷ Con la ampliación de la competencia concurrente a los “pagos” (“*Entgelten*”) se abre paso a la financiación de las carreteras públicas con medios privados, no solo con “tasas” (“*Gebühren*”) públicas.

⁹⁴⁸ Haciéndose eco de la creciente preocupación medioambiental, se amplía la competencia concurrente a la completa gestión de los residuos (antes de la reforma limitada únicamente a la eliminación de los mismos).

- 26. la creación de vida humana por medios médicos, la investigación y la modificación artificial de la información genética, así como las regulaciones relativas a los trasplantes de órganos, tejidos y células⁹⁵⁰;**
- 27. el estatus de derechos y obligaciones de los funcionarios de los Länder, los municipios y otras corporaciones de derecho público, así como de los jueces en los Länder, con excepción de lo atinente a la carrera profesional, la remuneración y la previsión social⁹⁵¹;**
- 28. el régimen de la caza⁹⁵²;**

⁹⁴⁹ Bajo la competencia concurrente permanece ahora solo la lucha contra el ruido que podríamos llamar “tradicional”, como, por ejemplo, el ocasionado por las máquinas o los aparatos instalados en los edificios; por el contrario, la protección frente al ruido ocasionado, por ejemplo, por los niños, los deportistas, los clientes de establecimientos de hostelería, etc., al considerarse más vinculados a la administración local, pasa a formar parte de la competencia exclusiva de los *Länder*.

⁹⁵⁰ El reformador constitucional se hace eco de los nuevos avances de la medicina e incluye dentro de la legislación concurrente no solo la ya clásica inseminación artificial humana, sino otras formas más modernas de tratamiento que van desde la creación de vida humana por medios médicos hasta los trasplantes de células.

⁹⁵¹ Aunque la competencia general sobre el régimen jurídico de los funcionarios de los *Länder* ha pasado a corresponder, en buena lógica, a éstos, con el fin de asegurar su movilidad entre los distintos *Länder* y entre éstos y la Federación, se incluye en el catálogo de las competencias concurrentes esta materia, que antes de la reforma, con un alcance más general, se encontraba dentro del catálogo de las derogadas disposiciones marco de la Federación (art. 75.1.1 GG). A partir de ahora, al tratarse de una materia objeto de la legislación concurrente, la Federación podrá establecer legislativamente un régimen jurídico común sobre los derechos y obligaciones de los funcionarios de los *Länder*, si bien es cierto que para ello requerirá, como prescribe el apartado 2 del art. 74 GG, obtener el asentimiento del Consejo Federal (prescripción esta última destinada a ofrecer una mayor garantía a los *Länder* de que la regulación federal no se extralimitará en sus contenidos).

En lo que se refiere a los jueces en los *Länder*, hay que poner este precepto en relación con el art. 98.3 GG, también modificado, que dispone que “El estatuto jurídico de los jueces en los *Länder* se ha de regular por medio de leyes específicas de *Land*, en la medida en que el artículo 74.1.27 no disponga otra cosa”. Este artículo se refería anteriormente a las disposiciones marco que a este respecto podía dictar la Federación. Lógicamente, la supresión de la legislación marco motivó también la desaparición de tal remisión.

Por lo que afecta a la remuneración y previsión social de los funcionarios de los *Länder*, vid. lo dicho más adelante en relación con el derogado art. 74a GG.

Acerca de la nueva normativa constitucional reguladora del régimen de los funcionarios y los jueces, vid. MEYER, Hans: *Die Föderalismusreform 2006...*, pp. 281 ss. Vid. también en sentido muy crítico con el nuevo régimen jurídico de la función pública, WOLFF, H. A.: “Der zweite Schritt zur Föderalisierung des Beamtenrechts: Der Entwurf zum Beamtenstatusgesetz“, *DöV*, 12, 2007, pp. 504 ss.

⁹⁵² Antes de la reforma constitucional de 2006 esta materia estaba integrada en el catálogo de la derogada legislación marco (art. 75.1.3 GG). Tanto en este supuesto como en los siguientes, hasta el final del catálogo, la facultad normativa de la Federación se ve sustancialmente potenciada, en tanto que con anterioridad, salvando las excepciones a que se refería el apartado 2 del art. 75 GG, ésta únicamente podía dictar normas de carácter marco, básico o principal, mientras que ahora puede

- 29. la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje⁹⁵³;**
- 30. la distribución del suelo⁹⁵⁴;**
- 31. la ordenación del territorio⁹⁵⁵;**
- 32. la administración de las aguas⁹⁵⁶;**
- 33. el acceso y la conclusión de la enseñanza superior universitaria⁹⁵⁷.**

Además del catálogo visto del art. 74 GG, la legislación concurrente se extendía también a la “remuneración y previsión de los empleados en el servicio público”, materia regulada en el derogado art. 74a GG. Tras la reforma constitucional, esta materia, por lo que afecta a los empleados en el servicio público de los *Länder*, los municipios y otras corporaciones de derecho público, ha pasado a formar parte de la competencia exclusiva de los *Länder*, al quedar excluida expresamente de la legislación concurrente en el número 27 del art. 74.1 GG. Por su parte, en relación con los empleados en el servicio público de la Federación, se ha de entender que la previsión del antiguo art. 74a.1 *in fine* GG, en virtud de la cual se preservaban los derechos de la Federación a regular legislativamente en exclusiva determinados

regular esas materias de manera completa. En todo caso, como veremos más adelante, hay que tener en cuenta que respecto de estas mismas materias (total o parcialmente) el reformador constitucional ha facultado a los *Länder* para que puedan desviarse de la regulación federal. Vid. apartado D.1.c) *La legislación divergente de los Länder*.

⁹⁵³ Al igual que sucedía en el número anterior, con anterioridad a la reforma constitucional de 2006 este campo material se encontraba integrado en el catálogo de la derogada legislación marco (art. 75.1.3 GG). En general, sobre la regulación del medio ambiente, vid. ERBGUTH, W.: “Zur Föderalismusreform im Bereich Umwelt, insbesondere Raumordnung”, en Ipsen, Jörn / Stüer, Bernhard (Ed.), *Europa im Wandel – Festschrift für Hans-Werner Rengeling zum 70. Geburtstag* am 25. Februar 2008, Carl Heymanns Verlag, Köln-München, 2008, pp. 39 ss.

⁹⁵⁴ Antes de la reforma constitucional de 2006 esta materia estaba integrada en el catálogo de la derogada legislación marco (art. 75.1.4 GG).

⁹⁵⁵ Antes de la reforma constitucional de 2006 esta materia estaba integrada en el catálogo de la derogada legislación marco (art. 75.1.4 GG). Vid. BATTIS, U. / KERSTEN, J.: “Die Raumordnung nach der Föderalismusreform“, DVBl., 3, 2007, pp. 152 ss.; ERBGUTH, W.: “Zur Föderalismusreform...“, pp. 46 ss. En un sentido muy crítico con la reforma constitucional a este respecto y, en concreto, con la posibilidad de que en el ámbito de la ordenación del territorio los *Länder* dispongan de la capacidad de establecer una legislación divergente, vid. HOPPE, W.: “Kompetenz-Debakel für die ‘Raumordnung’ durch die Föderalismusreform infolge der uneingeschränkten Abweichungszuständigkeit der Länder?“, DVBl., 3, 2007, pp. 144 ss.

⁹⁵⁶ Antes de la reforma constitucional de 2006 esta materia estaba integrada en el catálogo de la derogada legislación marco (art. 75.1.4 GG).

⁹⁵⁷ Esta materia trae causa de la más general prevista en el derogado art. 75.1.1a GG (legislación marco) relativa a “los principios generales del régimen de la enseñanza superior”.

aspectos de esta materia, de acuerdo con la competencia que la misma tenía (tiene) reconocida en el número 8 del art. 73 GG⁹⁵⁸, sigue siendo actualmente válida⁹⁵⁹.

Si bien este traslado competencial tiene su razón de ser, en tanto que los *Länder* dedican prácticamente la mitad de su presupuesto a partidas de personal (en contraste con lo dedicado por la Federación, que representa aproximadamente un décimo de su presupuesto general), tampoco se puede ignorar que el mismo presenta algunos problemas, entre los que destaca el riesgo de que los *Länder* mejor dotados financieramente puedan dedicar más cantidades de dinero a la remuneración de sus funcionarios (y de los jueces que actúan en su territorio), lo que previsiblemente atraerá a los más capacitados a su gobierno y administración, en perjuicio, lógicamente, de los *Länder* más pobres, que no podrán competir a ese nivel. Esta dinámica podría acentuar aún más los desequilibrios ya existentes entre unos *Länder* y otros, por lo que ha sido tildada de insolidaria por una parte de la doctrina.

Tanto para el supuesto de las materias del art. 74.1 GG que han sido objeto de modificación (pasando a formar parte de la competencia exclusiva de los *Länder*) como para el de aquellas otras a las que se refería el derogado art. 74a GG, que,

⁹⁵⁸ Art. 73.8 GG: *La Federación ostenta la legislación exclusiva sobre: la relación jurídica de las personas empleadas en el servicio público de la Federación y de las corporaciones de derecho público directamente vinculadas a la Federación.*

⁹⁵⁹ Téngase en cuenta, asimismo, el art. 33.5 GG que establece una vinculación general, tanto para la Federación como para los *Länder*, de regular y, de acuerdo con la modificación introducida en la reforma constitucional de 2006, seguir desarrollando el derecho del servicio público “tomando en consideración los principios derivados del régimen funcional”, que, según la jurisprudencia constitucional, son aquéllos que se han ido forjando tradicionalmente a lo largo de un dilatado periodo de tiempo, que se remonta, al menos, a la Constitución de Weimar de 1919 (*BVerfGE* 62, 374 (383); 106, 225 (232); 107, 218 (237), entre otras). La diferenciación que, de manera no siempre convincente, ha establecido el Tribunal Constitucional Federal entre principios a observar (*beachten*) y a tomar en consideración (*berücksichtigen*) [*BVerfGE* 99, 300 (314)], permite entender que el desarrollo del derecho del servicio público a que se refiere ahora el art. 33.5 GG encuentra un margen de movimiento mayor, dado que tal desarrollo presupondría que los principios derivados del régimen funcional han de ser tomados en consideración pero no necesariamente observados. Vid. TRUTE, H.: “Verwaltungskompetenzen und Art. 33 Abs. 5”, en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007, p. 93; BUTZER, H.: “Art. 33 GG [Öffentlicher Dienst]”, en Kluth, Winfried [Ed.], *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 99 ss.

asimismo, han entrado a formar parte del ámbito de la competencia exclusiva de los *Länder*, el art. 125a.1 GG prevé un régimen transitorio⁹⁶⁰, en virtud del cual el derecho que haya sido dictado como derecho federal pero que a causa de esas modificaciones o derogación no pueda ser ya dictado como tal sigue siendo válido como derecho federal, sin perjuicio de que el mismo pueda ser sustituido por derecho de *Land*.

D.1.c) La legislación divergente de los Länder (Die Abweichungsgesetzgebung der Länder)

Como ya se anunciaba más arriba, una de las notas características del federalismo alemán en el terreno competencial, la de la exclusividad de cada competencia de la Federación o de los *Länder*, con independencia del tipo legislativo a que nos estemos refiriendo (legislación exclusiva, concurrente, marco o básica), ha sido completamente puesta en entredicho con la reforma constitucional de 2006. Hasta el momento, la competencia de la Federación en el ámbito de la llamada legislación concurrente (arts. 72 y 74 GG), de la extinta legislación marco (arts. 75 y 98.3 GG) o de la legislación básica federal (arts. 91a.2, 109.3 y 140 GG, en relación, este último, con el art. 138.1 de la Constitución de Weimar), aunque con distinto alcance y/o sujeta a determinadas condiciones, era tan exclusiva como lo era su competencia en el campo de la legislación exclusiva (arts. 71 y 73 GG).

Con ello se quiere decir que en cada una de las materias objeto de estos tipos legislativos la competencia de la Federación, por un lado, y la de los *Länder*, por el otro, jurídicamente no se podían solapar, pues donde empezaba una acababa la otra, y viceversa. Esto daba lugar a que los conflictos normativos que eventualmente pudieran surgir entre las leyes de la Federación y las de los *Länder* se resolvieran generalmente por mediación del principio de competencia, lo que motivaba que la previsión constitucional del art. 31 GG (prevalencia del derecho federal sobre el

⁹⁶⁰ Vid. UHLE, Arndt: "Art. 72 GG...", p. 142; SCHWARZ, K-A.: "Die Änderungen des Art. 125a...", pp. 58 ss.

derecho de Land - *Bundesrecht bricht Landesrecht*) apenas tuviera margen alguno de aplicación⁹⁶¹.

Pues bien, como se señalaba, esta situación ha quedado sustancialmente alterada con la modificación constitucional objeto de este trabajo, y, en concreto, con la introducción de un nuevo apartado 3 en el art. 72 GG. Se trata de la conocida como legislación divergente de los *Länder*, en virtud de la cual éstos, respecto de determinados campos materiales enumerados en ese mismo precepto, una vez que la Federación haya hecho uso de su competencia legislativa, pueden establecer por medio de ley una regulación distinta⁹⁶².

⁹⁶¹ La bibliografía a este respecto es muy abundante y las opiniones de los autores no siempre son coincidentes. Así, mientras que la corriente que podríamos considerar mayoritaria entiende que esos conflictos normativos se resuelven por aplicación de la cláusula de prevalencia del art. 31 GG, otros autores, a los que me sumo, sostienen que antes de que ésta actúe el conflicto ya ha quedado resuelto en un estadio anterior: el de la competencia. Vid., entre otros muchos, los trabajos siguientes: PIETZCKER, J.: "Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat", en Isensee, Joseph / Kirchof, Paul (Ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, Tomo IV (Aufgaben des Staates), 3.ª ed., 2006; MÄRZ, W.: *Bundesrecht bricht Landesrecht. Eine staatsrechtliche Untersuchung zu Artikel 31 des Grundgesetzes*, Tübingen Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht, Tomo 1, Duncker-Humblot, Berlin, 1989; WIEDERIN, E.: *Bundesrecht und Landesrecht* (Zugleich ein Beitrag zu Strukturproblemen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich und in Deutschland), Springer-Verlag, Wien-New York, 1995; BÖCKENFÖRDE, E-W: "Kollisionsfälle und Geltungsprobleme im Verhältnis von Bundesrecht und Landesverfassung", *DÖV*, 1971, pp. 119-127; WITTRECK, F.: "Nachrangklauseln und "normative Selbstbescheidung" der Landesverfassung: Konsequenz oder Umgehung des Art. 31 GG?", *DVBl.*, 20, 2000; GUBELT, M.: "Artikel 31 GG...", p. 404; DREIER, H.: "Artikel 31 GG...", p. 631. Sobre los antecedentes del principio de prevalencia en la Constitución de Weimar, vid. DOEHL, G.: "Reichsrecht bricht Landesrecht (Art. 13 Reichsverfassung vom 11. August 1919)", *AöR* 51, 1927.

Vid. también apartados D.3 y D.4 del capítulo anterior. En castellano, un posicionamiento en contra de la convivencia pacífica en un mismo ordenamiento jurídico de los principios de competencia y jerarquía o prevalencia en la resolución de los conflictos normativos en GÓMEZ ORFANEL, G. / ARROYO GIL, A.: "El reparto de facultades legislativas...", pp. 233 ss.; ARROYO GIL, A.: "Los principios de competencia...", p. 416. A favor: QUADRA-SALCEDO JANINI, T.: *Mercado nacional único y Constitución* (Los artículos 149.1.1 y 139 de la Constitución), Prólogo de Manuel Aragón Reyes, CEPC, Madrid, 2008, pp. 164 ss. En general, un estudio muy completo sobre la idea de competencia en los distintos modelos federales (aunque contradictorio con la posición aquí mantenida) en BIGLINO CAMPOS, P.: *Federalismo de integración y de devolución* (El debate sobre la competencia), CEPC, Madrid, 2007. Véase, por último, el comentario crítico de esta obra de ARROYO GIL, A.: "El inacabado debate sobre la competencia", *REDC*, 83, 2008, pp. 337 ss., en donde se trata de poner de relieve las dificultades insuperables para aceptar la coexistencia de los referidos principios de prevalencia y competencia en la resolución de los conflictos normativos.

⁹⁶² En los trabajos de la *Comisión sobre el federalismo* esta cuestión fue tratada ampliamente, si bien allí se hablaba de "derechos de intervención de los Länder" ("*Zugriffsrechte der Länder*"). Vid. apartado D.4 del capítulo anterior. En general, acerca de este nuevo tipo legislativo y de los problemas o, en su caso, ventajas, que trae consigo, vid. MEYER, H.: *Die Föderalismusreform*

No son pocos los interrogantes que suscita este nuevo tipo legislativo, que abarcan desde su propia concepción como tal hasta las consecuencias que puede acarrear su uso desmedido. Así, en primer lugar, se plantea la duda de si efectivamente, y como parece derivarse del propio tenor literal de ese apartado 3 del art. 72 GG, los *Länder* solo podrán regular legislativamente las materias en él enumeradas si con anterioridad la Federación ha procedido ya a normarlas. El hecho de que se trate de una regulación divergente de los *Länder* así parece indicarlo, pues, por definición, solo se puede divergir de algo ya existente. En definitiva, se trataría de un concepto relacional que requeriría, en este caso, de una regulación previa (federal) respecto de la que distanciarse o diferenciarse. Siendo así, ello significaría que los *Länder* no podrían entrar a normar (siempre por medio de ley formal⁹⁶³) los campos materiales previstos en este precepto, que, por cierto, como veremos, traen causa de los de la derogada legislación marco del art. 75 GG, hasta que la Federación no los hubiera regulado en un determinado sentido, justamente al contrario de lo que sucede con las materias objeto de la legislación concurrente, que solo podrán ser ordenadas por los *Länder* en tanto en cuanto la Federación no las haya regulado.

No obstante, cabe otra interpretación de este precepto que seguramente resulte más adecuada desde un punto de vista sistemático. De acuerdo con ella, todas las materias objeto de la legislación concurrente previstas en el art. 74 GG pueden ser reguladas por los *Länder* “mientras y en la medida en que la Federación no haya hecho uso por medio de ley de su competencia legislativa” (art. 72.1 GG), pero solo respecto de las enumeradas en el apartado 3 del art. 72 GG (que, por cierto, no

2006..., pp. 164 ss.; DIETSCHE, H-J.: “Die ‚konkurrierende Gesetzgebung mit Abweichungsrecht für die Länder‘ – Zu den verschiedenen Modellen der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung eines neuen materiell-rechtlichen Gesetzgebungsinstrumentes”, en Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.), *Jahrbuch des Föderalismus 2006* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006, pp. 182 ss.; STOCK, M.: “Konkurrierende Gesetzgebung, postmodern: Aufweichung durch “Abweichung“?”, ZG, 3, 2006, pp. 226 ss.; SCHARPF, F. W.: “Föderalismusreform: Weshalb wurde so wenig erreicht?”, ApuZ 50/2006, pp. 6 ss.; y BECK, L.: Die Abweichungsgesetzgebung der Länder (aus staatsrechtlicher, rechtsvergleichender und dogmatischer Sicht), Nomos, Baden-Baden, 2009.

⁹⁶³ Vid. UHLE, Arndt: “Art. 72 GG...”, p. 145

siempre se corresponden exactamente con las enunciadas en el correspondiente número del art. 74.1 GG) podrán los *Länder* establecer una regulación legal divergente de la aprobada por la Federación.

Una interpretación de este calibre tiene la virtualidad de ofrecer un régimen jurídico unitario para todas las materias objeto de la llamada legislación concurrente del art. 74.1 GG, que podrán ser siempre reguladas por los *Länder* en ausencia de intervención federal al respecto; ahora bien, sin perjuicio de ello, lo cierto es que esta novedosa legislación divergente de los *Länder* presenta unas peculiaridades lo suficientemente importantes como para considerar que, en realidad, con la misma el reformador constitucional ha querido crear un nuevo tipo legislativo. Y es que, como veremos a continuación, esta regulación divergente viene acompañada de unos caracteres propios que la hacen si cabe aún más singular. Pero antes de proceder a su estudio, veamos cuáles son los ámbitos materiales a que se refiere este art. 72.3 GG:

1. *la caza (excluido el derecho sobre las licencias para cazar)*⁹⁶⁴;
2. *la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje (excluidos los principios generales sobre la protección de la naturaleza, el derecho sobre la protección de las especies o sobre la protección de la naturaleza marina)*⁹⁶⁵;
3. *la distribución del suelo*⁹⁶⁶;
4. *la ordenación del territorio*⁹⁶⁷;

⁹⁶⁴ Que se corresponde, salvando la exclusión, con el nuevo número 28 del art. 74.1 GG y parcialmente, y salvando también la exclusión, con el derogado número 3 del art. 75.1 GG. Lógicamente, se ha de entender que las materias objeto de exclusión, tanto en este número como en los siguientes que las prevén, una vez reguladas por la Federación no podrán ser a su vez posteriormente reguladas por los *Länder* de manera divergente, encontrándose, en definitiva, sujetas al mismo régimen que las demás materias objeto de la legislación concurrente.

⁹⁶⁵ Que se corresponde, salvando la exclusión, con el nuevo número 29 del art. 74.1 GG y parcialmente, y salvando también la exclusión, con el derogado número 3 del art. 75.1 GG. Vid. EPPLER, A.: "Das materielle Abweichungsrecht in der deutschen Umweltpolitik zwischen sachpolitischer Angemessenheit und föderalem Kompensationshandel", en Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.), *Jahrbuch des Föderalismus 2008* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008, pp. 238 ss.

⁹⁶⁶ Que se corresponde exactamente con el nuevo número 30 del art. 74.1 GG y parcialmente con el derogado número 4 del art. 75.1 GG.

5. *la administración de las aguas (excluidas las regulaciones relativas a las sustancias o a las instalaciones)*⁹⁶⁸;

6. *el acceso y la conclusión de la enseñanza superior universitaria*⁹⁶⁹.

Como podemos apreciar, las materias aquí previstas, anteriormente objeto, total o parcialmente idéntico, de la derogada legislación marco del art. 75.1 GG, se corresponden, salvando las excepciones, con las nuevas materias incorporadas al catálogo del art. 74.1 GG, relativo a la legislación concurrente. Esta es una muestra clara, por consiguiente, de cómo con la reforma constitucional de 2006 se ha pretendido potenciar los principios de exclusividad y completud en la definición de las competencias en perjuicio del de cooperación, con el fin de que la regulación de una determinada materia corresponda en exclusiva y en su totalidad o bien a la Federación o bien a los *Länder*, pero no parcialmente a ambos. Otra cosa es que la alternativa por la que se ha optado sea la más idónea, en tanto en cuanto la misma presenta numerosos problemas que atañen, entre otras cosas, al mismo concepto de exclusividad de la competencia.

Y es que resulta cuando menos paradójico que para la regulación de determinados ámbitos materiales sean igualmente competentes tanto la Federación como los *Länder*, sin ningún tipo de condicionamiento previo, al menos en lo que se refiere a la aprobación de la respectiva normativa, ya que, en efecto, el único requisito previsto en este art. 72.3 GG es que las leyes federales entren en vigor “como mínimo seis meses después de su publicación, en la medida en que no sea determinada otra cosa con el asentimiento del Consejo Federal”. La razón de ser de esta previsión, inmodificable a la baja a no ser que se cuente con la aprobación del Consejo Federal, no es otra que dejar un margen razonable de tiempo a los *Länder*

⁹⁶⁷ Que se corresponde exactamente con el nuevo número 31 del art. 74.1 GG y parcialmente con el derogado número 4 del art. 75.1 GG.

⁹⁶⁸ Que se corresponde, salvando la exclusión, con el nuevo número 32 del art. 74.1 GG y parcialmente, y salvando también la exclusión, con el derogado número 4 del art. 75.1 GG.

⁹⁶⁹ Que se corresponde exactamente con el nuevo número 33 del art. 74.1 GG y que trae causa del derogado número 1a del art. 75.1 GG, que se refería a “los principios generales del régimen de la enseñanza superior”.

para conocer la nueva regulación federal y, en su caso, para elaborar su correspondiente legislación divergente (antes de que la federal entre en vigor).

Como se habrá podido ya imaginar, esta nueva categoría legislativa, llevada a sus últimas consecuencias, puede dar lugar a una situación, que bien se podría calificar de absurda, en la que alternativamente la Federación y los *Länder* se dedicaran *ad infinitum* a dictar una nueva regulación completa de las materias previstas en este art. 72.3 GG. Esto es lo que se ha calificado, en sentido crítico, por parte de la doctrina alemana, como “efecto ping-pong”⁹⁷⁰.

“En los campos del apartado anterior, en la relación entre el derecho federal y el de *Land* prevalece la respectiva ley posterior.” -dispone expresamente el art. 72.3 *in fine* GG. Es decir, el criterio de resolución de los conflictos normativos a este respecto no es ya ni el de competencia, como sucede -según parte de la doctrina científica alemana, a la que me adhiero- en el resto de tipos legislativos previstos en la Ley Fundamental, ni el de prevalencia del derecho federal, como cabría derivar de una lectura aislada del art. 31 GG⁹⁷¹, o del derecho de los *Länder*, sino el temporal, de modo que la ley posterior prevalece sobre la ley anterior, sean una u otra federal o de *Land*⁹⁷². Se trata de una prevalencia en la aplicación, no de una derogación de la norma prevalida. De este modo, si la norma federal o de *Land* posterior fuera, en

⁹⁷⁰ Vid. KLOEPFER, M.: “Die neue Abweichungsgesetzgebung der Länder und ihre Auswirkungen auf den Umweltbereich”, en Pitschas, Rainer / Uhle, Arnd (Ed.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik* (Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag), Duncker&Humblot, Berlin, 2007, 659 ss.; UHLE, A.: “Art. 72 GG...”, p. 156.

⁹⁷¹ Lectura “aislada” porque, en mi opinión, de una lectura sistemática de la Ley Fundamental se deriva que los eventuales conflictos competenciales que tengan lugar entre la normativa federal y la de *Land* se resuelven, como se ha señalado ya en el texto principal, por aplicación del principio de competencia, sin que le quede margen alguno de maniobra al principio de prevalencia o jerarquía. Esta posición, sin embargo, ha de ser matizada ahora a la luz del nuevo tipo legislativo introducido en la reforma constitucional de 2006, y que es objeto de estas reflexiones: la legislación divergente.

⁹⁷² Una interpretación integradora de la prevalencia a que se refiere el art. 31 GG (validez) con la regla de la ley posterior prevista en los arts. 72.3 y 84.1 GG (aplicabilidad), en lo relativo a la resolución de los conflictos normativos entre las leyes federales y las de los *Länder*, en GERMANN, M.: “Art. 84 GG [Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder als eigene Angelegenheit]” – “Art. 85 GG [Bundesauftragsverwaltung]” – “Art. 125a GG [Fortgeltung von Bundesrecht]” – “Art. 125b GG [Fortgeltung von Bundesrecht im Bereich der Abweichungskompetenz]”, en Kluth, Winfried [Ed.], *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 190 ss.

algún momento derogada, sería de aplicación la norma inmediatamente anterior que había quedado inaplicada tras la entrada en vigor de la norma ahora derogada⁹⁷³.

Esta introducción del criterio temporal de la *lex posterior* en la resolución de los conflictos normativos supone, por consiguiente, una auténtica innovación del orden federal alemán. La premisa de la que parte, ya conocida, no es otra que considerar en plano de igualdad tanto la competencia de la Federación como la de los *Länder* para proceder a la regulación completa de las materias enumeradas en el art. 72.3 GG. Expresamente, el reformador constitucional alemán acepta ahora, por consiguiente, la existencia de la “competencia doble” (“*Doppelzuständigkeit*”), algo que tanto para la jurisprudencia constitucional como para la mayoría de la doctrina científica alemana quedaba excluido hasta el momento por la Ley Fundamental, dada la imposibilidad de que para la regulación de un mismo ámbito material pudieran ser competentes simultáneamente y con el mismo alcance tanto el legislador federal como el de *Land*⁹⁷⁴.

Aunque habrá que esperar a ver qué uso hacen de esta posibilidad de la legislación divergente los Parlamentos de los *Länder* alemanes, en todo caso, se puede

⁹⁷³ BT Drucks. 16/813. Vid. IPSEN, J.: “Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle”, NJW, 39, 2006, p. 2804; DEGENHART, C.: “Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen...”, p. 1212.

⁹⁷⁴ Aunque han sido muchas las páginas que se han escrito a este respecto, baste con señalar aquí que, en efecto, la negación de las llamadas “dobles competencias” ha sido una opinión apenas discutida en la jurisprudencia constitucional (*BVerfGE* 36, 193 (202 ss.); 48, 367 (373); 61, 149 (204); 67, 299 (321); 68, 319 (328); 104, 249 (267); 106, 62 (114)) y mayoritaria en la doctrina científica: STERN, K.: *Das Staatsrecht ...* Tomo I..., 1984, p. 676; MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I...*, pp. 214 ss. BADURA, P.: *Staatsrecht ...*, p. 298; MAUNZ, T.: “Artikel 75 GG...”, pp. 7 ss.; PIEROTH, B.: “Art. 30 GG ...”, p. 603; PERNICE, I.: “Artikel 30 GG...”, p. 597; STETTNER, R.: “Artikel 70 GG...”, p. 1319; ERBGUTH, W.: “Artikel 30 GG ...”, p. 993; OSSENBÜHL, F.: “Pluralismo ...”, pp. 42 ss.

No obstante, es de justicia reconocer que también ha habido voces discrepantes en este sentido, entre las que cabe destacar las siguientes: BOTHE, M.: “Artikel 30 GG ...”, 1989, pp. 1667 ss.; BOTHE, M.: “Artikel 70 GG...”, pp. 426 ss.; KUNIG, P.: “Artikel 70 GG ...”, p. 9; PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 70 GG...”, , pp. 25 ss.; PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 72 GG...”, p. 162; SANNWALD, R.: “Artikel 70 ...”, p. 1010.

Pues bien, toda esta línea doctrinal sobre la negación de las competencias dobles en el sistema jurídico-constitucional alemán que aquí se ha expuesto y defendido, a partir de la reforma constitucional de 2006 que venimos analizando, con la introducción de la categoría de la legislación divergente de los *Länder*, lógicamente, habrá de ser revisada, aceptando la existencia, ciertamente perturbadora, de tales competencias dobles.

anticipar ya que su mera introducción no parece conciliarse fácilmente con uno de los objetivos confesados de la reforma constitucional, a saber, el de determinar con mayor claridad y precisión las responsabilidades políticas de cada una de las partes de la relación federativa (Federación y *Länder*). El hecho de que tanto aquélla como éstos sean igualmente competentes para la regulación de una determinada materia difumina *per se* la cuestión de la responsabilidad política, tanto desde el punto de vista de la acción como de la omisión normativa. La Federación o los *Länder* podrán escudarse en la existencia de esa doble competencia para defender la mejor calidad u oportunidad o bien de su normativa o bien de la normativa de la parte contraria, con lo que, finalmente, a los ciudadanos, principales destinatarios de las normas, les resultará muy difícil determinar el alcance de la responsabilidad de una o de otros por su actuación u omisión⁹⁷⁵.

En definitiva, el concepto de “competencia doble” constituye una *aberratio iuris*, pues, tal y como se viene sosteniendo aquí, desde un punto de vista jurídico la idea de competencia se encuentra estrechamente ligada a la nota de la exclusividad.

⁹⁷⁵ Véanse, en este sentido, las declaraciones del Prof. Christian von PESTALOZZA, en la Audiencia pública conjunta de la Comisión jurídica de la Dieta Federal y de la Comisión de Asuntos interiores del Consejo Federal sobre la reforma del federalismo, en donde, llegó a calificar la figura de la legislación divergente de los *Länder* de “regulación monstruosa” (*“monströse Regelung”*): “Que en el futuro tengamos que aceptar la prevalencia del derecho de Land sobre el derecho federal válido, y, en concreto, únicamente porque éste sea posterior (...), me parece una regulación monstruosa en un Estado federal” [Rechtsausschussprotokoll 12 - Gemeinsame öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates zur Föderalismusreform - Stenografischer Bericht - 12.ª sesión – Berlín, lunes a 15 de mayo y martes a 16 de mayo de 2006, p. 17]. Escéptico con los resultados que traerá consigo la introducción de este nuevo tipo legislativo se muestra también el Presidente del Tribunal Constitucional Federal, en PAPIER, H-J.: “Aktuelle Fragen der bundesstaatlichen Ordnung”, NJW, 30, 2007, pp. 2146 ss.

No obstante, también hay quien considera que la legislación divergente de los *Länder* representa una compensación (política) que la Federación ha de pagar a los *Länder* ante la completa supresión de la legislación marco y la consiguiente traslación de la mayoría de sus campos materiales al ámbito de la legislación concurrente. Vid., en este sentido, SCHNAPP, F. E.: “Mischverwaltung im Bundesstaat nach der Föderalismusreform”, Jura, 4, 2008, p. 241; KLOEPFER, M.: “Die neue Abweichungsgesetzgebung...”, p. 658; OETER, S.: “Neustrukturierung der...”, p. 15. Entre nosotros, en un sentido similar, el profesor Miguel Ángel Cabellos Espiérrez considera que este nuevo tipo legislativo constituye también una compensación para los *Länder*, junto con la conversión de algunas competencias concurrentes y marco en exclusivas de éstos, por el hecho de que la aplicación de la cláusula de imprescindibilidad del art. 72.2 GG se haya visto restringida considerablemente tras la reforma. Vid. CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A.: “Los resultados del proceso...”, pp. 8 ss.

Apostar por lo contrario irremediablemente conduce a provocar una disputa en torno a la determinación de quién es competente en cada momento, pudiéndose llegar al absurdo, como se apuntaba con anterioridad, de que, en el caso que nos ocupa ahora, en Alemania tanto la Federación como los *Länder* se vean insertos en un proceso incesante de actividad normativa con el fin de regular una determinada materia que a ambos, por la razón que sea, interesa normar, sin que sea posible jurídicamente ponerle freno. Finalmente, pues, podríamos encontrarnos con sucesivas leyes contradictorias (federales unas, de *Land* las otras), cuyo conflicto se resolvería por aplicación del criterio temporal. Así visto, el de la legislación divergente de los *Länder* recientemente introducido en la Ley Fundamental no parece que sea un ejemplo modélico de distribución competencial, ni mucho menos.

Por otra parte, se le ha criticado también a esta nueva categoría de la legislación divergente el hecho de que la misma puede dar lugar a regulaciones dispares⁹⁷⁶ de una misma materia en función del *Land* de que se trate⁹⁷⁷. Esta crítica, aunque cierta en su premisa, en tanto que, efectivamente, podríamos encontrar regulaciones distintas de un mismo ámbito material en los diferentes *Länder* que hayan hecho uso de esta posibilidad de divergir de la legislación federal que les ofrece el art. 72.3 GG, también se podría predicar, sin embargo, respecto de la legislación concurrente, ya que en este terreno, en tanto en cuanto la Federación no haya hecho uso de su

⁹⁷⁶ O asimétricas, empleando la terminología más extendida entre la doctrina científica. Vid. DECKER, F.: "Mehr Asymmetrie im deutschen Föderalismus? Die neue Abweichungsgesetzgebung", pp. 205 ss., y MÜNCH, U.: "Materielles Abweichungsrecht der Länder und föderative Asymmetrien in der bundesdeutschen Bildungspolitik", pp. 224 ss., ambos en Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.), *Jahrbuch des Föderalismus 2008* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008

⁹⁷⁷ Sin que se pueda aceptar aquí, por tanto, la visión optimista que en su cuaderno "Blickpunkt Bundestag" sobre la Reforma del Federalismo y la Ley Fundamental ofrece la Dieta Federal, al sostener que la introducción de esta nueva categoría de la legislación divergente de los *Länder* en el art. 72.3 GG supone una forma de minimizar el riesgo de los respectivos bloqueos entre la Dieta Federal y el Consejo Federal a la hora de legislar, dando lugar, de hecho, a una situación en la que todos ganan (*Win-Win Situation*), ya que la Federación ve incrementados sus derechos legislativos, al poder regular con mayor detalle y profundidad que en el caso de la legislación marco los ámbitos materiales enunciados en ese art. 72.3 GG, mientras que los *Länder*, cuando lo consideren conveniente, podrán modificar esa legislación federal, estableciendo la suya propia, sin necesidad de tener que acudir a los complejos procesos legislativos de la Comisión de mediación, etc. Vid. DEUTSCHER BUNDESTAG (Ed.): *Föderalismusreform und Grundgesetz ...*, p. 25.

facultad legislativa, los *Länder* podrán regular las materias objeto de la misma de manera también dispar. En realidad, la distancia que existe entre la legislación concurrente y la legislación divergente de los *Länder* no deriva de este hecho. Antes bien, tal distancia resulta inexistente cuando la Federación no ha actuado, pues en tal caso los *Länder* podrán regular las materias previstas en el art. 74.1 GG (precepto que también comprende las que son objeto de la legislación divergente del art. 72.3 GG) con total libertad. La diferencia aparece una vez que la Federación ha dictado su propia normativa, pues a partir de ahora los *Länder* no podrán intervenir, salvo que se trate de alguna de las materias previstas en el art. 72.3 GG, objeto de la legislación divergente. Esta importante circunstancia, que sitúa la competencia de los *Länder* en el mismo nivel que la de la Federación, es la que individualiza a la legislación divergente de los *Länder* frente a la legislación concurrente, porque en el terreno de esta última la competencia de los *Länder* es siempre una competencia condicionada por la que corresponde a la Federación, de forma que aquéllos solo podrán ejercitar válidamente su competencia mientras y en la medida en que ésta no haya hecho uso por medio de ley de la suya propia.

En conclusión, mientras que en el campo de la legislación concurrente no existen dobles competencias, en tanto en cuanto la competencia de los *Länder* queda siempre supeditada a la competencia de la Federación, por el contrario, en el terreno de la legislación divergente de los *Länder* sí que se da un supuesto de doble competencia, ya que tanto la Federación como los *Länder* se encuentran igualmente legitimados para regular una serie de materias, con independencia de que la parte contraria haya hecho uso o no de su propia competencia. De ahí que, en el primer caso (legislación concurrente), el eventual conflicto normativo entre el derecho federal y el derecho de *Land* se resuelva por aplicación del principio de competencia, y en el segundo supuesto (legislación divergente de los *Länder*) sea el criterio temporal (*lex posterior*) el que resuelva tal conflicto normativo.

D.1.d) La legislación marco (Die Rahmengesetzgebung)

Tal y como hemos tenido ocasión ya de comprobar, el art. 75 GG, que regulaba las disposiciones marco de la Federación (*Rahmenvorschriften des Bundes*), ha sido derogado en la reforma constitucional de 2006. Las materias en él previstas han pasado a engrosar, fundamentalmente, el catálogo de la legislación concurrente⁹⁷⁸, incluyéndose muchas de ellas también, con algunas exclusiones, entre las materias sujetas a la nueva legislación divergente de los *Länder*⁹⁷⁹. Algunas otras se han convertido directamente en competencia exclusiva o bien de la Federación o bien de los *Länder*.

En concreto, “el régimen jurídico de las personas empleadas en la función pública de los *Länder*, de los municipios y de otras corporaciones de derecho público” (antiguo art. 75.1.1 GG) ha pasado a ser materia de la competencia exclusiva de los *Länder*; no obstante, “el estatus de derechos y obligaciones de los funcionarios de los *Länder*, los municipios y otras corporaciones de derecho público, así como de los jueces en los *Länder*, con excepción de lo atinente a la carrera profesional, la remuneración y la previsión social” (art. 74.1.27 GG), se ha convertido en objeto de la legislación concurrente, a fin de que la Federación, llegado el caso, pueda establecer, previo asentimiento del Consejo Federal (art. 74.2 GG), una normativa homogénea sobre el estatus jurídico de estos funcionarios y jueces que permita y facilite su movilidad a nivel federal.

Por su parte, “los principios generales del régimen de la enseñanza superior” (antiguo art. 75.1.1a GG) corresponde regularlos a partir de la reforma de manera exclusiva a los *Länder*, si bien lo relativo a “el acceso y la conclusión de la enseñanza superior universitaria” pasa a ser objeto de la legislación concurrente (art. 74.1.33 GG), permitiendo, de esta manera, a la Federación establecer, en principio, una regulación uniforme sobre las vías de selección del alumnado y la adjudicación

⁹⁷⁸ Vid. epígrafe D.1.b).

⁹⁷⁹ Vid. epígrafe D.1.c).

de plazas, por un lado, y sobre los títulos universitarios, la duración mínima de cada titulación y el nivel de cualificación preciso para graduarse, por el otro. No obstante, al encontrarse esta misma materia sujeta a la legislación divergente de los *Länder* (art. 72.3.6 GG), no existe finalmente ninguna garantía de que esa regulación federal homogénea (y los objetivos que con ella se persiguen) pueda llegar a ser verdaderamente efectiva⁹⁸⁰.

De igual modo, “los principios generales de la prensa” (antiguo art. 75.1.2 GG) corresponde regularlos ahora en exclusiva a los *Länder*.

“[E]l régimen de la caza, la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje” (antiguo art. 75.1.3 GG), por su parte, son materias incluidas a partir de la reforma constitucional en el catálogo de la legislación concurrente (art. 74.1.28 y 29 GG). Sin embargo, al encontrarse, asimismo, parcialmente sujetas a la legislación divergente de los *Länder*, es posible que a este respecto tampoco exista una regulación uniforme en toda Alemania.

Lo mismo cabe decir en relación con “la distribución del suelo, la ordenación del territorio y la administración de las aguas” (antiguo art. 75.1.4 GG), hoy materias encuadradas dentro de la legislación concurrente (art. 74.1.30, 31 y 32 GG, respectivamente) e igualmente sujetas a la legislación divergente de los *Länder* (art. 72.3.3., 4 y 5 GG), con la excepción, en relación con la administración de las aguas, de “las regulaciones relativas a las sustancias o a las instalaciones”, materias que, por tanto, una vez reguladas por la Federación, quedan fuera del alcance de los *Länder*, como cualquier otra materia objeto de la legislación concurrente.

⁹⁸⁰ En efecto, se puede decir que la facultad legislativa para la regulación de la enseñanza superior después de la reforma ha quedado prácticamente en manos de los *Länder*. Vid. SAGER, K.: “Auswirkungen der Föderalismusreform auf Bildung und Wissenschaft”, en Holtschneider, Rainer / Schön, Walter (Ed.), *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007, pp. 117 ss

Finalmente, tanto “el registro y la identificación de las personas” como “la protección del patrimonio cultural alemán contra su transferencia al extranjero” (antiguo art. 75.1.5 y 6 GG, respectivamente), han pasado a formar parte del catálogo de la legislación exclusiva federal (art. 73.1.3 y 5a GG, respectivamente), con lo que de ahora en adelante la capacidad de intervención de la Federación se ve considerablemente incrementada, al poder establecer ésta una regulación completa de esas materias, en contraste con las limitaciones que anteriormente tenía que soportar, ya que no estaba facultada, salvo en casos excepcionales, para dictar regulaciones de detalle o directamente aplicables, sino únicamente normas de carácter básico o principal.

Además de este art. 75 GG, también el art. 98.3 GG habilitaba a la Federación a dictar disposiciones marco sobre “[e]l estatuto jurídico de los jueces en los *Länder*”. Como es lógico, este precepto también ha sido modificado, de forma que ahora, igual que antes, tal “estatuto jurídico de los jueces en los *Länder* se ha de regular por medio de leyes específicas de *Land*”, si bien la remisión de este precepto a lo dispuesto en el apartado 27 del art. 74.1 GG, relativo a la legislación concurrente, supone, respecto de “el estatus de derechos y obligaciones (...) de los jueces en los *Länder*”, una equiparación de éstos con “los funcionarios de los *Länder*, los municipios y otras corporaciones de derecho público”, quedando, en consecuencia, también “lo atinente a la carrera profesional, la remuneración y la previsión social” excepcionado del ámbito de la legislación concurrente, pasando a ser competencia exclusiva de los *Länder*⁹⁸¹.

Al igual que en el terreno de la legislación concurrente, también aquí se ha previsto un régimen transitorio. De acuerdo con el art. 125a.1 GG, el derecho que haya sido dictado como derecho federal pero que, a causa de la derogación de los art. 75 o 98.3 frase segunda GG, no pudiera ser ya aprobado como derecho federal, seguirá siendo válido como tal, si bien el mismo podrá ser sustituido por derecho de *Land*⁹⁸².

⁹⁸¹ Véase lo señalado en el epígrafe D.1.b) en relación con el art. 74a GG.

⁹⁸² Vid. SCHWARZ, K-A.: “Die Änderungen des Art. 125a...”, pp. 58 ss.

En esta misma línea, según el art. 125b.1 GG, “[e]l derecho⁹⁸³ que haya sido dictado en base al artículo 75 en la versión vigente hasta el 1 de septiembre de 2006 y que también después de este momento pudiera ser dictado como derecho federal, sigue siendo válido como derecho federal. Las facultades y las obligaciones de legislar de los *Länder* permanecen en esa medida inalteradas⁹⁸⁴. En relación con los campos mencionados en el artículo 72.3 frase 1, los *Länder* pueden establecer regulaciones que se desvíen de este derecho⁹⁸⁵, ahora bien, en relación con los campos del artículo 72.3 frase 1 núm. 2, 5 y 6, solo, cuando y en la medida en que la Federación haya hecho uso de su competencia legislativa a partir del 1 de septiembre de 2006; en los casos de los números 2 y 5, como muy tarde a partir del 1 de enero de 2010; y en el caso del número 6, a más tardar a partir el 1 de agosto de 2008⁹⁸⁶”.

⁹⁸³ Sea establecido mediante ley formal o norma de rango infralegal. La única condición imprescindible es que se trate de normas marco que hayan sido dictadas válidamente en su momento. Vid. JARASS, H. D.: “Art. 125b GG”, en Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar*, C. H. Beck, München, 9.ª ed., 2007. pp. 1106 ss.

⁹⁸⁴ Esto significa que los *Länder* siguen estando obligados a dictar su legislación de desarrollo correspondiente dentro del plazo establecido por la ley federal, según preceptuaba el antiguo art. 75.3 GG. Obligación que decaerá una vez que la Federación haya hecho uso de su facultad legislativa en relación con las materias antes reservadas a la legislación marco federal, de conformidad con la nueva previsión constitucional. Vid. JARASS, H. D.: “Art. 125b GG...”, p. 1108.

⁹⁸⁵ Los *Länder*, en el ámbito de la caza (excluido el derecho sobre las licencias de caza) –art. 72.3.1 GG-, la distribución del suelo –art. 72.3.3 GG-, y la ordenación del territorio –art. 72.3.4 GG-, pueden establecer, en cualquier momento, una regulación divergente de la legislación marco federal ya existente.

⁹⁸⁶ En efecto, en estos campos relativos al acceso y la conclusión de la enseñanza superior universitaria (núm. 6 del art. 72.3 GG) y al ámbito del derecho medioambiental (núms. 2 y 5 del art. 72.3 GG), los *Länder* solo pueden desviarse del derecho marco existente a partir del 1 de agosto de 2008 o del 1 de enero de 2010, respectivamente. Con esta última previsión se pretende dejar un margen de tiempo relativamente amplio a la Federación para que pueda poner en marcha el proyecto de un Código de Derecho Medioambiental. Con todo, si la Federación, antes de la conclusión de ese plazo transitorio, hiciera uso de su facultad legislativa en estos terrenos, el derecho a divergir de los *Länder* sería válido a partir de la publicación de la ley federal en cuestión. Vid. SCHWARZ, K-A.: “Der neue Art. 125b GG”, en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007, p. 64.

La supresión de la legislación marco, en general, ha sido bien recibida por la doctrina científica⁹⁸⁷, que entiende que esta categoría legislativa, prototipo de la colaboración de la Federación y los *Länder* en la regulación completa de una materia, traía consigo más problemas que soluciones aportaba. Una reforma que, desde un inicio, ha pretendido, sobre todo, definir con precisión y claridad los ámbitos de responsabilidad de la Federación y los *Länder*, y, en consecuencia, poner freno a los crecientes y denunciados casos de enmarañamiento político (*Politikverflechtung*), que tanto dificultaban la identificación del responsable último de la decisión adoptada, lógicamente había de abordar la cuestión de la legislación marco. Ésta era una técnica legislativa cuyo fundamento consistía en permitir a la Federación determinar las líneas básicas del orden jurídico de una materia, dejando un margen suficiente a los *Länder* para desarrollar aquéllas de acuerdo con sus propios intereses o necesidades. Una correcta utilización de la legislación marco exigía, por consiguiente, tanto de la Federación como de los *Länder*, una actitud cooperativa constante inspirada en el principio de lealtad federal (*Bundestreue*), lo que no siempre se producía.

Existían, además, razones objetivas que dificultaban el buen uso de esta técnica legislativa, entre las que ocupaba un lugar destacado el hecho de que si no siempre resulta sencillo delimitar el alcance de la propia competencia, mucho menos aún lo será determinar hasta dónde llega el marco en la regulación de una materia y a partir de dónde comienza el desarrollo de la misma. Y aunque es cierto que el Tribunal Constitucional Federal realizó un importante esfuerzo de clarificación en este sentido⁹⁸⁸, sin embargo, una y otra vez aparecían los conflictos a este respecto.

⁹⁸⁷ Vid. HUBER, P. M.: "Deutschland nach der Föderalismusreform - in besserer Verfassung!", en Pitschas, Rainer / Uhle, Arnd (Ed.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik* (Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag), Duncker&Humblot, Berlin, 2007, p. 606.

⁹⁸⁸ Véase, sobre todo, la *BVerfGE* 4, 115, de 1 de diciembre de 1954. Para un análisis exhaustivo de esta Sentencia, así como de la demás jurisprudencia constitucional recaída sobre la legislación marco, véase GÓMEZ ORFANEL, G. / ARROYO GIL, A.: "El reparto de facultades legislativas...", pp. 247 ss.

Por otra parte, la supresión de la legislación marco se explica también a partir del propósito reconocido de acentuar el protagonismo de los principios de exclusividad y completud en la definición de las competencias, tanto de la Federación como de los *Länder*. Esto es, la determinación jurídico-constitucional de campos materiales que han de ser regulados en su totalidad y en exclusiva o bien por aquélla o bien por éstos. En rigor, la extinta competencia marco de la Federación era también de carácter exclusivo, de igual forma que era exclusiva la competencia de los *Länder* para establecer las correspondientes disposiciones de desarrollo. Pero ni una ni otra, salvo supuestos excepcionales, eran completas. La regulación completa de la materia en cuestión requería de la colaboración de ambas normas. Esto era susceptible de provocar numerosos problemas, sobre todo, cuando las relaciones políticas entre las mayorías parlamentarias a nivel federal y de algún *Land* no eran fluidas. Cabía, incluso, practicar oposición política con un empleo torticero de esta técnica legislativa.

Más allá de estas dificultades que podríamos calificar de institucionales o intergubernamentales, otra consecuencia muy perniciosa aparejada a la legislación marco tenía que ver con la percepción, no siempre diáfana, que los ciudadanos podían extraer en cuanto a la atribución de la responsabilidad por la adopción de una determinada medida de carácter legislativo. En efecto, está demostrado que cuando la regulación completa de una materia es cosa de dos o más partes resulta siempre más complicado determinar quién es de qué responsable. Lo que desde la perspectiva del principio democrático tiene una gran importancia, pues una de las condiciones inexcusables del mismo es que los ciudadanos puedan saber en cada momento qué autoridad o institución es responsable de la medida, buena o mala, que se haya adoptado, con el fin de formarse un juicio fundado al respecto y llegado el momento (electoral, fundamentalmente) actuar y decidir en consecuencia.

En definitiva, la supresión de la legislación marco, caracterizada como ejemplo de la transición que se ha querido insinuar con la reforma constitucional de 2006 de un modelo de federalismo cooperativo hacia otro de corte más competitivo, en sí

misma, por las razones mencionadas, ha de ser aplaudida. Todo intento orientado a la definición de campos materiales cuya regulación exclusiva y completa corresponda a una sola entidad política, la Federación o los *Länder*, en principio, es bienvenida, pues contribuirá, en alguna medida, a desenmarañar ese intricado terreno de las competencias, su distribución o reparto, y la delimitación de su alcance.

En un Estado territorial y políticamente descentralizado como el alemán, como es lógico, las distintas partes que lo componen se encontrarán en situaciones muy diversas en las que habrán de cooperar o colaborar; ahora bien, la mejor base para una correcta cooperación o colaboración es que cada una de esas partes conozca, con tanta exactitud como sea posible, el ámbito y alcance de su respectiva competencia (vale decir, responsabilidad). De lo contrario, es muy probable que antes, en paralelo o después de la actuación pretendidamente cooperativa de cada una de esas partes surja una disputa en torno al alcance o límite de la propia competencia (disputa que estará prácticamente asegurada cuando los resultados de la medida de que se trate no hayan sido los deseados o no sean valorados positivamente por la ciudadanía). En conclusión, la mejor base para una efectiva y leal cooperación o colaboración entre la Federación y los *Länder* es una exhaustiva y clara definición de las competencias de una y otros. El federalismo competitivo así entendido puede, por consiguiente, favorecer la cooperación.

D.1.e) La legislación básica federal (Die Grundsatzgesetzgebung des Bundes)

De los tres preceptos constitucionales que regulaban la legislación básica de la Federación (arts. 91a.2, 109.3 y 140 GG, en conexión, este último, con el art. 138.1 de la Constitución de Weimar)⁹⁸⁹, solo el primero de ellos, relativo a la cooperación de la Federación en la ejecución de las “tareas comunes”

⁹⁸⁹ Acerca de la legislación básica y de su cercanía diferenciada de la legislación marco, vid. GÓMEZ ORFANEL, G. / ARROYO GIL, A.: “El reparto de facultades legislativas...”, pp. 254 ss.

(“*Gemeinschaftsaufgaben*”), se ha visto afectado por la reforma de la Ley Fundamental de 2006. En realidad, tal modificación ha significado una supresión de la legislación básica federal a este respecto.

De acuerdo con la redacción anterior de este precepto, “[l]as tareas comunes serán precisadas mediante ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal. La ley debe contener los principios generales para su cumplimiento”. Menciona esta última a los “principios generales” (“*allgemeine Grundsätze*”) que desaparece de la nueva redacción, que queda del siguiente modo: “Las tareas comunes así como los detalles de la coordinación serán precisados mediante ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal.”

De esta forma, la competencia de la Federación para precisar no solo las tareas comunes a que se refiere el apartado 1 de este mismo art. 91a GG, sino incluso los detalles de la coordinación con los *Länder*, se ve, a primera vista, sustancialmente potenciada a partir de la reforma constitucional, pues con anterioridad aquella únicamente estaba facultada para establecer por medio de ley unos principios de alcance general que orientaran el cumplimiento o la ejecución de ésta por parte de los *Länder*.

Esto significaba que la ley federal básica reguladora de las tareas comunes, en la que se incluían esos principios generales, vinculantes para el legislador de *Land*, no directamente para los ciudadanos, tan solo podía comprender una actividad de planificación y financiación conjunta, quedando lo restante sujeto a la facultad legislativa de los *Länder*.

Por el contrario, con la reforma de este precepto y la desaparición de la referencia a los principios generales, la facultad federal no tiene por qué limitarse al establecimiento de unas reglas básicas o principales para la legislación de los *Länder*, sino que puede ir mucho más allá, precisando incluso los detalles de la

necesaria coordinación entre la normativa federal y la de *Land*, a fin de conseguir una regulación completa de la materia en cuestión.

Este cambio, valorado positivamente, en términos generales, por parte de la doctrina⁹⁹⁰, en tanto que al tiempo que puede aligerar las relaciones de coordinación y cooperación entre la Federación y los *Länder*, es susceptible también de traducirse en una reducción de la prolija burocracia intrínseca a la técnica de la legislación básica, no ha significado, sin embargo, en contraste con lo sucedido con la legislación marco, tipo legislativo muy cercano, una desaparición completa de esa técnica legislativa, ya que los demás preceptos constitucionales que la regulan han permanecido inalterados (arts. 109.3 y 140 GG, en conexión, este último, con el art. 138.1 de la Constitución de Weimar).

Se ha de destacar, por último, que la nueva ley federal a que se refiere el art. 91a.2 GG, para poder ser aprobada, sigue requiriendo el asentimiento del Consejo Federal, con lo que la libertad de la Federación para precisar las tareas comunes así como los detalles de la coordinación a que nos referíamos anteriormente, aun viéndose efectivamente ampliada en relación con la regulación anterior, ha de ser relativizada. Tanto es así que es posible que en algunas ocasiones los límites a los que la regulación federal se vea sometida puedan traer causa más de la necesidad de buscar el voto favorable de la mayoría en el Consejo Federal que de los que de por sí impone (imponía, a este respecto) el hecho de que la norma federal haya de tener un carácter básico o principal. En conclusión, aunque se puede afirmar que en el terreno de las tareas comunes del art. 91a GG la competencia de la Federación se ha visto reforzada con la reforma constitucional, en tanto que ha dejado de ser meramente básica, conviene tener presente, no obstante, que, al mantenerse la exigencia de la aprobación del Consejo Federal, el margen de maniobra de la Dieta Federal puede quedar muy condicionado. El límite normativo para la Federación,

⁹⁹⁰ Vid. HELLERMANN, J.: "Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91a, 91b)", en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform* (Einführung), 5.ª Parte: Finanzverfassung, Verlag C. H. Beck, Verlag Franz Vahlen, München, 2007, pp. 132 ss.

jurídico-constitucionalmente impuesto, ha desaparecido, pero no así el procedimental, que deriva de la necesaria concurrencia de dos voluntades, la de la Dieta Federal, por un lado, y la del Consejo Federal, por el otro.

D.1.f) La legislación exclusiva de los Länder (Die ausschließliche Gesetzgebung der Länder)

Como hemos tenido ocasión de comprobar más arriba, los *Länder* han incrementado también el número de sus facultades legislativas exclusivas con materias provenientes, fundamentalmente, del campo de la legislación concurrente, aunque también, en alguna medida, de la legislación marco federal. Son las siguientes:

- *derecho sobre la ejecución de la prisión preventiva*⁹⁹¹;
- *derecho de reunión*⁹⁹²;
- *derecho sobre centros de asistencia*⁹⁹³;
- *derecho sobre el cierre de los comercios, los establecimientos de restauración, las salas de juego, las exhibiciones de personas en espectáculos, las ferias, las exposiciones y los mercados*⁹⁹⁴;
- *derecho sobre la concentración parcelaria*⁹⁹⁵;
- las transacciones inmobiliarias de carácter rural⁹⁹⁶;

⁹⁹¹ Materia que, de acuerdo con el art. 74.1.1 GG, queda excluida de la legislación concurrente sobre el procedimiento judicial.

⁹⁹² Antes de la reforma formaba parte de la legislación concurrente al encontrarse mencionado en el art. 74.1.3 GG.

⁹⁹³ Materia que, de acuerdo con el art. 74.1.7 GG, queda excluida de la legislación concurrente sobre el régimen de previsión pública.

⁹⁹⁴ Materia que, de acuerdo con el art. 74.1.11 GG, queda excluida de la legislación concurrente sobre el derecho de la economía. En relación con los límites jurídico-constitucionales de la eliminación del horario de cierre de los comercios, vid. KINGREEN, T. / PIEROTH, B.: "Verfassungsrechtliche Grenzen einer Aufhebung der Ladenschlusszeiten", NVwZ, 11, 2006, pp. 1221 ss.

⁹⁹⁵ Materia que, de acuerdo con el art. 74.1.17 GG, queda excluida de la legislación concurrente sobre el fomento de la producción agraria y forestal.

⁹⁹⁶ Así cabe deducirlo de la nueva redacción del art. 74.1.18 GG, que se refiere ahora solo a las transacciones inmobiliarias de carácter urbanístico.

- todo lo relativo al régimen de la vivienda no incluido en el art. 74.1.18 GG, como, por ejemplo, lo que se refiere al subsidio de los alquileres;
- *la protección frente al ruido derivado del comportamiento de las personas*⁹⁹⁷;
- *la carrera profesional, la remuneración y la previsión social de los funcionarios de los Länder, los municipios y otras corporaciones de derecho público, así como de los jueces en los Länder*⁹⁹⁸;
- *los principios generales del régimen de la enseñanza superior*⁹⁹⁹;
- *el régimen jurídico de las personas empleadas en la función pública de los Länder, de los municipios y de otras corporaciones de derecho público*¹⁰⁰⁰; y
- *los principios generales de la prensa*¹⁰⁰¹.

De todas estas materias que han pasado a integrar el catálogo de competencias exclusivas de los *Länder*, dos de ellas son, con gran diferencia, las más importantes, tanto desde un punto de vista político, como económico e, incluso, social: por un lado, el régimen jurídico de los funcionarios de los *Länder*, los municipios y otras corporaciones de derecho público, así como de los jueces en los *Länder*, incluida la regulación de su carrera profesional, remuneración y previsión social; y, por el otro, los principios generales del régimen de la enseñanza superior.

⁹⁹⁷ Materia que, de acuerdo con el art. 74.1.24 GG, queda excluida de la legislación concurrente sobre la lucha contra el ruido que podríamos considerar “tradicional”, como el derivado del uso de maquinarias o de los aparatos instalados en edificios, etc.

⁹⁹⁸ Materia anteriormente prevista en el derogado art. 74a GG y ahora excepcionada, de acuerdo con el art. 74.1.27 GG, de la legislación concurrente sobre el estatus de derechos y obligaciones de los funcionarios de los *Länder*, los municipios y otras corporaciones de derecho público, así como de los jueces en los *Länder*; en relación con estos últimos, téngase también en cuenta lo establecido en la nueva redacción del art. 98.3 GG, en virtud de la cual “[e]l estatuto jurídico de los jueces en los *Länder* se ha de regular por medio de leyes específicas de *Land*, en la medida en que el artículo 74.1.27 no disponga otra cosa”.

⁹⁹⁹ Antigua competencia marco regulada en el derogado art. 75.1.1a GG, de cuyo contenido general solo lo relativo al acceso y la conclusión de la enseñanza superior ha sido traspasado al ámbito de la legislación concurrente en el art. 74.1.33 GG, de modo que se ha de entender que todos los demás aspectos de ese régimen general de la enseñanza superior caen ahora bajo la competencia exclusiva de los *Länder*.

¹⁰⁰⁰ Antigua competencia marco regulada en el derogado art. 75.1.1 GG; téngase en cuenta, en todo caso, lo previsto a este respecto en el art. 74.1.27 GG sobre el estatus de derechos y obligaciones de estos funcionarios.

¹⁰⁰¹ Antigua competencia marco regulada en el derogado art. 75.1.2 GG.

La transferencia de estos campos materiales a los *Länder* no ha estado exenta de polémica. De hecho, con el compromiso alcanzado en torno a la enseñanza superior, que deja en manos de la Federación únicamente la regulación del acceso y la conclusión de la misma, a fin de garantizar un mínimo de homogeneidad en todo el territorio federal sobre la selección de los alumnos y la adjudicación de plazas, por una parte, y sobre la regulación de los títulos universitarios, la duración mínima de los estudios y el nivel de cualificación exigible para poder graduarse, por otra, se consiguió superar el obstáculo que, en un primer momento, o así, al menos, se quiso hacer ver, impidió la consecución a fines de 2004 de un acuerdo en el seno de la *Comisión sobre el Federalismo* que permitiera al anterior Gobierno federal llevar a buen puerto la reforma constitucional, que solo después de las elecciones y la formación del actual Gobierno de Gran Coalición se pudo acometer exitosamente. Con todo, no se ha de perder de vista que el compromiso actualmente plasmado en la Ley Fundamental deja prácticamente en manos de los *Länder* todo lo relativo al régimen jurídico de esa enseñanza superior, porque incluso la regulación del acceso y la conclusión de ésta, al haber quedado sujeto a la legislación divergente de los *Länder* (art. 72.3.6 GG), puede llegar a no ser uniforme en toda la República Federal. A ello hay que añadir, además, que en el campo de las tareas comunes, como veremos con más detalle después, la intervención obligatoria de la Federación en la ampliación y nueva construcción de centros de enseñanza superior, incluidas las clínicas universitarias, se ha visto suprimida, con lo que esta materia pasa a ser también competencia exclusiva de los *Länder*.

En definitiva, la Federación queda prácticamente desapoderada de competencias en el terreno de la enseñanza universitaria, lo que ha dado lugar a no pocas críticas. Y es que una cosa es aceptar que la llamada soberanía cultural de los *Länder* (*Kulturhoheit der Länder*) implique que éstos ostenten el peso competencial en lo que se refiere a las materias de educación y cultura, en tanto que ambas son el principal vehículo de expresión de la “identidad regional” que cada *Land* tiene o quiere darse, y otra muy diferente disgregar completamente el sistema educativo universitario, ya que ello, además de poner a éste en riesgo en los *Länder*

financieramente menos dotados, puede también dificultar o entorpecer la necesaria movilidad de los estudiantes, primero, y de los titulados, después, tanto entre los propios *Länder* de la República Federal, como entre ésta y el resto de países europeos o, incluso, de la esfera internacional.

En conclusión, la Federación nunca debería haber renunciado a la regulación, homogénea para todo el territorio federal, de algunos aspectos mínimos de una materia tan “delicada” como la enseñanza superior, de la que, entre otras cosas, depende la igualdad real de todos los ciudadanos de la República Federal así como el futuro desarrollo económico de la misma. A tal efecto, tal vez habría bastado con que la regulación de los aspectos básicos mencionados sobre el acceso y la conclusión de la enseñanza superior hubiera quedado atribuida en exclusiva a la Federación o, en su defecto, que esta materia hubiese integrado el catálogo de la legislación concurrente, como de hecho ha sucedido (art. 74.1.33 GG), pero sin que, y aquí está el problema, la misma se encuentre incluida dentro de aquellas materias respecto de las cuales los *Länder* pueden establecer una legislación divergente (art. 72.3.6 GG). Una vez más, por tanto, podemos comprobar cómo la introducción de este nuevo tipo legislativo en la Ley Fundamental de Bonn no acarrea más que problemas.

Por lo que se refiere al derecho sobre los funcionarios y los jueces que desempeñan su labor en los *Länder* (o en los municipios y otras corporaciones de derecho público), la solución aportada por la reforma constitucional tampoco resulta en absoluto sencilla. Por un lado, se ha de entender que “el régimen jurídico de las personas empleadas en la función pública de los *Länder*, de los municipios y de otras corporaciones de derecho público”, al haber sido suprimido el art. 75.1.1 GG, en donde se encontraba regulado como competencia marco federal, ha pasado a ser materia objeto de la legislación exclusiva de los *Länder*; sin embargo, se ha de tener presente también que, de acuerdo con la nueva redacción del art. 74.1.27 GG, lo relativo al “estatus de derechos y obligaciones” de estos funcionarios es objeto de la legislación concurrente, eso sí, con excepción de lo atinente a su “carrera

profesional, remuneración y previsión social” que, al quedar exceptuado por este mismo precepto de la legislación concurrente, mantiene su posición en tanto que materia objeto de la competencia exclusiva de los *Länder*.

Por otro lado, y en relación ya con los jueces en los *Länder*, la normativa es si cabe aún más compleja, pues a este respecto, además de los preceptos citados, se ha de tener también en cuenta el art. 98.3 GG, en virtud del cual, el “estatuto jurídico” de estos jueces se ha de regular “por medio de leyes específicas de *Land*, en la medida en que el art. 74.1.27 GG no disponga otra cosa”. Esta última remisión al art. 74.1.27 GG significa, por una parte, extraer de ese estatuto jurídico, a regular por ley específica de *Land*, el “estatus de derechos y obligaciones” de tales jueces que desempeñan su tarea en los *Länder*, materia que pasa a ser objeto de la legislación concurrente, y, por otra parte, conlleva que lo relativo a la regulación de su “carrera profesional, remuneración y previsión social” quede en manos de la competencia exclusiva de los *Länder*.

A las críticas sobre la complejidad de la regulación de esta materia, se han de sumar también otro tipo de objeciones que apuntan en una dirección de alcance más bien político. En concreto, se han podido escuchar voces de alarma que llaman la atención sobre el riesgo que cabe de que los *Länder* financieramente más fuertes acaben atrayendo hacia su ámbito territorial aquellos funcionarios mejor cualificados, en tanto que pueden ofrecerles mejores salarios. Por otra parte, un régimen jurídico funcional excesivamente fragmentado puede generar no solo desigualdades difícilmente tolerables no ya, o solo, para los propios empleados públicos, sino, lo que tiene más relevancia en un Estado que aspira a seguir actuando como tal, por muy descentralizado que se encuentre, también entre los administrados (los ciudadanos) que habitan en los diferentes *Länder*. Otra vez la inevitable tensión entre el principio de unidad del Estado y el principio federal sale a la palestra. La necesidad de armonizar ambos principios estructuradores del Estado exige una gran ponderación en la adopción de aquellas medidas que puedan perjudicar a alguna de las partes. Porque si resulta perfectamente legítima la diferencia que favorece a una

parte (un *Land* y/o sus ciudadanos) sin perjudicar por ello a otra (otro *Land* y/o sus ciudadanos), difícilmente se puede aceptar, por contra, aquella distinción que, aun siendo susceptible de mejorar notablemente a una parte, puede poner en serio riesgo la estabilidad financiera, económica, política o social de la otra.

D.2.- *Bundesrat* o Consejo Federal

Antes de proceder a analizar en qué medida la reforma constitucional de 2006 afectó a la posición del Consejo Federal alemán en la función legislativa, conviene realizar un estudio más detallado de la organización y funcionamiento de este órgano constitucional de representación de los gobiernos de los *Länder*, que nos permita comprender mejor el importante lugar que ocupa en el entramado institucional de la República Federal de Alemania.

D.2.a) Breves anotaciones históricas: El Bundesrath del I Imperio y el Reichsrat del II Imperio alemán

Los orígenes del *Bundesrat* o Consejo Federal diseñado por la Ley Fundamental de Bonn, por no remontarnos a fechas previas a la unificación alemana, podemos encontrarlos en el Consejo Federal (*Bundesrath*) de la Constitución del Imperio Alemán, de 16 de abril de 1871, y en el Consejo Imperial (*Reichsrat*) de la Constitución del Imperio Alemán, de 11 de agosto de 1919 (conocida como Constitución de Weimar)¹⁰⁰². Salvando las distancias existentes entre ellos, tanto en uno como en el otro se encontraban representados los ejecutivos de los *Länder*.

La caracterización del *Bundesrath* en la Constitución de 1871 como una institución clave del II Imperio¹⁰⁰³, que respondía básicamente al principio federal, no acababa,

¹⁰⁰² Vid., en castellano, ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, pp. 138 ss.; Gómez Orfanel, G. / Arroyo Gil, A.: "El reparto de facultades ...", pp. 223 ss. y 230 ss.; LÓPEZ CASTILLO, A.: "El Consejo ...", pp. 287 ss.

¹⁰⁰³ "El Consejo Federal era formalmente el portador de la soberanía y el representante de los Gobiernos de los Estados federados. Junto con el Emperador era el órgano de mayor influencia en el

sin embargo, de corresponderse con la preponderancia que ostentaba en su seno el *Land* de Prusia, consecuencia directa de su dimensión geográfica y demográfica, dado que ocupaba aproximadamente dos tercios del territorio federal y disponía de una población equivalente a tres quintos del total. Tanto fue así que el Consejo Federal se llegó a concebir como una herramienta más en manos de la hegemonía prusiana¹⁰⁰⁴, que al disponer de 17 votos sobre un total de 58 podía impedir cualquier reforma constitucional que no fuese de su agrado. En definitiva, la influencia de los *Länder* a través del *Bundesrath* en la construcción de la voluntad del *Reich* era más formal que realmente significativa.

Por su parte, en la Constitución de Weimar de 1919 los rasgos unitarios eran también preponderantes, y por lo que se refiere al Consejo Imperial (*Reichsrat*), sus competencias, constitucionalmente reconocidas, eran inferiores a las que tenía su predecesor; particularmente, en el ámbito de la legislación, se pasa de una posición de práctica paridad entre la Cámara propiamente legislativa (el *Bundestag*) y la Cámara de representación de los ejecutivos de los *Länder* (el *Bundesrath*) en la Constitución de 1871, a la ostentación de una mera facultad de voto suspensivo o devolutivo por parte del *Reichsrat* en la Constitución de 1919. No obstante, paulatinamente, a este último se le fueron transfiriendo algunas facultades por medio de ley que acabaron otorgándole una impronta más federalista que la que, en realidad, desplegaba el primero.

Con todo, la diferencia esencial entre el *Bundesrath* y el *Reichsrat* derivaba de la divergente fundamentación del Estado en una y otra época. Mientras que el Imperio de 1871 basaba el origen del poder público en el principio monárquico, el de 1919

Imperio, aunque con escaso reflejo en la opinión pública, ya que sus sesiones eran secretas. Participaba en la legislación federal y, sobre todo, en cuestiones de política exterior, como la ratificación de tratados y asuntos de guerra. En supuestos extremos acordaba la llamada ejecución federal (*Reichsexecution*) contra alguno de los Estados miembros (art. 19), y en caso de conflicto entre ellos decidía las controversias a solicitud de alguna de las partes, a falta de Tribunal Constitucional u órgano asimilable (arts. 76-77)". Véase GÓMEZ ORFANEL, G. / ARROYO GIL, A.: "El reparto de facultades...", p. 225. Vid. también Stehr, M.: *Gesetzgebungskompetenzen...*, pp. 12 ss.

¹⁰⁰⁴ ANSCHÜTZ, G.: "Der deutsche Föderalismus...", p.15.

entroncaba ya con el principio de legitimación democrático-parlamentario¹⁰⁰⁵, lo que supone, entre otras consecuencias, que Prusia deje de ostentar una posición hegemónica en el conjunto de la República de Weimar.

D.2.b) El Bundesrat de la República Federal de Alemania

En el entramado institucional diseñado por la Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949, el *Bundesrat* o Consejo Federal es, junto con el Presidente Federal, el *Bundestag* o Dieta Federal, el Gobierno Federal y el Tribunal Constitucional Federal, uno de los cinco órganos constitucionales permanentes de la República Federal de Alemania, constituyendo, en tanto que representación de los *Länder*, el llamado órgano “federativo”¹⁰⁰⁶. Al ser un órgano estatal creado directamente por la Constitución federal¹⁰⁰⁷, sus competencias, que luego veremos, le son atribuidas de manera inmediata por la propia Ley Fundamental¹⁰⁰⁸.

En línea con su predecesor, el Consejo Federal, al contrario de lo que sucede con la Dieta o Parlamento Federal, no está directamente legitimado, porque sus miembros no son elegidos por el pueblo. Su legitimación democrática es, por consiguiente, indirecta o mediata, dado que sus miembros son representantes de los Gobiernos de los *Länder*, quienes, a su vez, tampoco fueron elegidos de manera directa por sus

¹⁰⁰⁵ Según reconoce ANSCHÜTZ, G.: “Der deutsche Föderalismus...”, p. 17, “[e]n la Constitución de Weimar el *Reichsrat* se fundamenta ya no en los Estados individuales, sino en el pueblo alemán. El *Reich* no es una Federación de *Länder*, sino (...) la Federación de todo el pueblo alemán”. Vid. también ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 140.

¹⁰⁰⁶ STERN, K.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band I (Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung), C. H. Beck, München; 2.ª ed., 1984, I, p. 727. Por su parte, BATTIS, U. / GUSY, C.: *Einführung...*, pp. 113 ss., se refieren también al Consejo Federal como expresión del “elemento federativo en la construcción de la voluntad de la Federación”.

¹⁰⁰⁷ Se trata, en realidad, de uno de los órganos especiales a que se refiere el art. 20.2 GG, cuando establece que “[t]odo el poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por mediación de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial”.

¹⁰⁰⁸ Vid. GÓMEZ ORFANEL, G. / ARROYO GIL, A.: “El reparto de facultades...”, pp. 257 ss.

respectivos pueblos (o electorado)¹⁰⁰⁹. Esta circunstancia, sin embargo, no es óbice para que este órgano constitucional, como hemos visto, pueda ejercer poder estatal, según establece el art. 20.2 GG. Sin embargo, la misma no deja de tener su importancia, hasta el punto de que ha sido una de las razones de más peso, teórico, al menos, que ha motivado la discusión acerca de su excesivo protagonismo en la labor legislativa, lo que, en último término, ha concluido en la más importante reforma constitucional habida hasta la fecha, la de 2006, a la que después nos referiremos, uno de cuyos fines principales radicaba precisamente en disminuir los supuestos de participación inexcusable del *Bundesrat* en la aprobación de las leyes federales.

A través del Consejo Federal los *Länder* participan, por tanto, en la formación de la voluntad de la Federación, interviniendo de ese modo en la política federal. Pero, al mismo tiempo, y desde otra perspectiva, también la Federación saca provecho de las experiencias políticas y administrativas de los *Länder* a través del Consejo Federal, penetrando en el ámbito de aquéllos por mediación de éste, de manera directa, al tener que otorgar su asentimiento a la aprobación de determinadas leyes, reglamentos o disposiciones administrativas de carácter general, e indirectamente por medio de las regulaciones procedentes de la Unión Europea.

Asimismo, el Consejo Federal tiene una participación destacada en los institutos de la supervisión, la coerción y la intervención federales, por medio de los cuales la Federación, respectivamente, controla, ejerciendo sus derechos de información y reclamación, la ejecución de las leyes federales por parte de los *Länder*; llegado el caso, adopta las medidas necesarias para obligar a un *Land* al cumplimiento de sus deberes; y, en caso de peligro para el orden fundamental democrático y de libertades de un *Land*, interviene a fin de garantizarlo¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁹ Vid. STERN, K.: *Das Staatsrecht der...*, I, pp. 737 ss., quien, en consecuencia, con esta constatación afirma que “[e]l Consejo Federal es primariamente federativo y solo secundariamente democrático”.

¹⁰¹⁰ HESSE, K.: *Grundzüge...*, p. 322.

En virtud de estas características, sucintamente resumidas, que después veremos con algún grado mayor de detalle, es frecuente concebir al Consejo Federal como la Cámara federal de los *Länder* (*Bundeskammer der Länder*), pero también como la Cámara de los *Länder* de la Federación (*Länderkammer des Bundes*)¹⁰¹¹, una de cuyas tareas es ejercer una función de mediación que, dadas las estrechas conexiones entre las competencias de la Federación y los *Länder*, resulta especialmente importante.

Corresponde al *Bundesrat*, por tanto, garantizar los intereses de los *Länder* en el seno del Estado global, al tiempo que atender a las necesidades de éste, en tanto que Estado territorialmente descentralizado. Las decisiones que se adopten en el Consejo Federal, por tanto, han de tener en cuenta, en igual medida, tanto los intereses de la Federación como los de los *Länder*.

De este modo, mediante el órgano federal *Bundesrat*, integrado, como sabemos, por representantes de los gobiernos de los *Länder*, los Estados miembros de la República Federal de Alemania se encuentran íntimamente vinculados a la acción política del Estado global. No son, en consecuencia, meros destinatarios de las decisiones que se toman en otro nivel de gobierno, sino que intervienen, en ocasiones, de manera decisiva, en la conformación de las mismas.

Este es, precisamente, uno de los rasgos distintivos del Estado federal alemán de la Ley Fundamental, en el que, a diferencia de otros sistemas federales, fue institucionalizado jurídicamente el principio de codecisión de los ejecutivos de los Estados miembros en el ámbito de las actividades legislativa y reglamentaria del Estado central. No obstante, también aquí se debe hacer alguna precisión, pues pese a la intención del Consejo Parlamentario, encargado de

¹⁰¹¹ Tal vez esta segunda denominación sea más precisa, pues, como se advirtió más arriba, en el texto principal, el *Bundesrat* es un órgano constitucional de la Federación, creado directamente por la Constitución federal, no por las Constituciones de los *Länder*, encontrándose su régimen jurídico solamente establecido en la Ley Fundamental, sin que, en puridad, se puede hablar de él como un órgano de los *Länder*. Vid., al respecto, STERN, K.: *Das Staatsrecht der...*, I, p. 731. Véase también POSSER, D.: "Significado del *Bundesrat...*", p. 682.

redactar la Ley Fundamental a fines de la década de los años cuarenta de la pasada centuria, de evitar la impronta burocrática del antiguo Consejo Imperial (*Reichsrat*), disponiendo, a tal fin, en el art. 51.1 *in fine* GG, que los miembros del *Bundesrat* exclusivamente podrán ser representados por otros miembros de su respectivo gobierno de *Land*, con el fin de que fueran, por tanto, políticos de *Land* los que decidieran en el seno del Consejo Federal, lo cierto es que este propósito apenas se ha conseguido en la práctica. Y es que en el *Bundesrat*, como regla general que apenas admite excepciones, tan solo se ratifican las decisiones que han sido previamente negociadas por las burocracias ministeriales de cada *Land*. De este modo, el Consejo Federal de la Ley Fundamental, al igual que sus predecesores, está también fuertemente impregnado más de modelos de reflexión y actuación burocrática que política¹⁰¹².

En definitiva, a la luz de todas estas características, ahora solo esbozadas, el *Bundesrat*, pese a su trascendental intervención en el procedimiento legislativo, no puede ser meramente entendido como una segunda cámara legislativa¹⁰¹³, al estilo de lo que sucede con los órganos constitucionales de representación de los Estados miembros en otros regímenes federales. Su participación en el ámbito gubernamental y administrativo e, incluso, del poder judicial, lo convierten en “un órgano constitucional *sui generis*”, que merece un estudio singularizado¹⁰¹⁴, y a ello dedicaremos las páginas siguientes.

¹⁰¹² Vid. MÜNCH, U.: “Entwicklung...”, p. 6.

¹⁰¹³ El Tribunal Constitucional Federal lo ha caracterizado como la “parte federativa del Legislativo”: *BVerfGE 24, 184 (197)*.

¹⁰¹⁴ ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 143. Vid. también Oeter, p.144, quien rechaza que, en sentido estricto, el *Bundesrat* pueda ser concebido como una segunda cámara parlamentaria, al tratarse de “un órgano de representación de los Gobiernos y burocracias de los Länder, un elemento de unión entre la Federación y los Länder”.

D.2.c) Organización y funcionamiento del Consejo Federal

Según se ha señalado ya, el *Bundesrat* se compone de miembros de los Gobiernos de los *Länder*. De acuerdo con el art. 51.2 GG, a cada *Land* le corresponden, como mínimo, tres votos; a los *Länder* con más de dos millones de habitantes, cuatro votos; a los de más de seis millones, cinco votos; y los que tengan más de siete millones de habitantes, seis votos.

En total, el *Bundesrat* cuenta con 69 miembros ordinarios, lo que se traduce en un número igual de votos. Esto significa que para adoptar un acuerdo por mayoría absoluta se requiere obtener, al menos, 35 votos; y cuando sea preciso reunir una mayoría de dos tercios, como ocurre con frecuencia, el número de votos requerido asciende a 46.

Cada *Land*, como hemos visto, tiene un número mínimo de votos que se ve incrementado en función de su población. Esto hace que la representación en el Consejo Federal atienda no solo al principio federativo sino también al democrático, si bien el primero es el determinante. Aunque con la instauración de este sistema lo que se pretendió fue impedir, por un lado, el predominio absoluto de los *Länder* más poblados sobre los menos poblados, al tiempo que no sobredimensionar, por otra parte, el peso de estos últimos sobre aquéllos, en términos de resultados políticos, la clave de reparto del número de votos prevista en el art. 51.2 GG, a pesar de su componente proporcional, favorece a los *Länder* más pequeños.

Más allá de estas consideraciones, en realidad, el fin último perseguido con este sistema de reparto de votos no era otro que impedir la hegemonía de un Estado miembro sobre los demás, “trauma histórico del federalismo alemán”. En efecto, el sobrepeso, tanto fáctico como jurídico, que ostentó Prusia durante la época del I y II Imperio alemán, de 1871 a 1933, condujo a una “deformación de las estructuras estatales federales”, dificultando un equilibrio de las fuerzas federativas, y era esto precisamente lo que se quería evitar en 1949, sobre todo, por parte de las fuerzas

de ocupación, hasta el punto de que, según cabe derivar de las prescripciones del art. 29 GG, se prohibió que una nueva ordenación del territorio federal (*Neugliederung des Bundesgebietes*) pudiera poner en riesgo el equilibrio federativo constitucionalmente consagrado¹⁰¹⁵.

El reparto de votos entre los *Länder* en el *Bundesrat* queda distribuido en la actualidad del modo siguiente¹⁰¹⁶:

Baden-Württemberg – 6 votos (Alianza 90-Los Verdes / Partido Social Demócrata: SPD)

Baviera – 6 votos (Unión Cristiano Social: CSU¹⁰¹⁷ / FDP)

Berlín – 4 votos (SPD / CDU)

Brandenburg – 4 votos (SPD / La Izquierda)

Bremen – 3 votos (SPD / Alianza 90-Los Verdes)

Hamburgo – 3 votos (SPD)

Hessen – 5 votos (CDU / FDP)

Mecklenburg-Vorpommern – 3 votos (SPD / CDU)

Niedersachsen – 6 votos (CDU / FDP)

Nordrhein-Westfalen – 6 votos (SPD / Alianza 90-Los Verdes)

Rheinland-Pfalz – 4 votos (SPD / Alianza 90-Los Verdes)

Saarland – 3 votos (CDU / FDP / Alianza 90-Los Verdes)

Sachsen – 4 votos (CDU / FDP)

Sachsen-Anhalt – 4 votos (CDU / SPD)

Schleswig-Holstein – 4 votos (CDU / FDP)

Thüringen – 4 votos (CDU / SPD)

¹⁰¹⁵ Vid. ISENSEE, J.: "Idee und Gestalt...", pp. 593 ss.

¹⁰¹⁶ Se indica entre paréntesis el/los partido/s que, a fecha de julio de 2011, ostenta/n el gobierno en el respectivo *Land*.

¹⁰¹⁷ La Unión Cristiano Social (CSU) es el "partido hermano" de la Unión Cristiano Demócrata en Baviera, en donde éste no concurre a los procesos electorales; ambos partidos forman una coalición estable y permanente.

Como se puede apreciar, los gobiernos de un solo color político a nivel de *Land* resultan una rara excepción (de hecho, solo en Hamburgo en donde gobierna en solitario el SPD, sucede así), lo que en las últimas legislaturas también encuentra su correspondencia a nivel federal, al no ser capaz ningún partido político de obtener, por sí solo, mayoría parlamentaria suficiente para formar gobierno estable. Aunque habrá que estar a cómo evolucionen los acontecimientos electorales en los próximos años, todo hace presagiar que en la República Federal de Alemania el bipartidismo, a nivel de Gobierno Federal, es cosa del pasado.

Esa diversidad de los gobiernos de *Land*, integrados prácticamente todos ellos por coaliciones de partidos de lo más variadas, tiene sus consecuencias de cara a la conformación de las mayorías en el *Bundesrat*. Tras las últimas elecciones generales, el Gobierno Federal se encuentra respaldado por una coalición de gobierno entre la CDU/CSU y el FDP. Sin embargo, los gobiernos de algunos *Länder* (en concreto, Berlín, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt y Thüringen), se apoyan en coaliciones de gobierno entre la CDU y el SPD, partido este último que se encuentra ahora en la oposición parlamentaria a nivel federal. Como es lógico, esto hace más compleja la votación en el *Bundesrat* para los gobiernos de esos *Länder*, sobre todo, cuando éste se quiera utilizar para hacer política de oposición frente a la mayoría parlamentaria en el *Bundestag* y, por ende, al Gobierno Federal.

D.2.c) aa) El Presidente, los Vicepresidentes y el Presidium

El Presidente del *Bundesrat*¹⁰¹⁸ es el Ministro-Presidente del *Land* al que le corresponda ocupar la presidencia por turno. Su renovación se produce el 1 de noviembre de cada año. El orden sucesorio, fijado en 1950 en el Acuerdo de los Ministros-Presidentes de Königstein/Taunus, viene determinado en función del número de habitantes de cada *Land*, de modo que el turno comenzó con el Jefe de

¹⁰¹⁸ Vid. § 5 y 6 del Reglamento del *Bundesrat*, de 26 de noviembre de 1993, relativos a la elección del Presidente y los Vicepresidentes, y a la posición institucional que le corresponde al primero.

Gobierno del *Land* más poblado, sucediéndole, a continuación, el siguiente en número de habitantes, y así sucesivamente. La mayor ventaja que ofrece este acuerdo es que hace que el puesto de Presidente, con toda la carga simbólica que conlleva, no dependa de las mayorías cambiantes y de los equilibrios político-partidistas de cada momento, al tiempo que mediante el mismo se garantiza el principio de paridad de todos los *Länder*, dado que el Ministro-Presidente de cada uno de ellos, con independencia de su dimensión, tiene el mismo derecho a ostentar el cargo de Presidente.

La tarea principal del Presidente consiste en la convocatoria y dirección de las sesiones plenarias del *Bundesrat*. Es, asimismo, la máxima autoridad para los funcionarios del Consejo Federal y el responsable de la dirección administrativa de todas las dependencias de éste. Legalmente, representa a la República Federal de Alemania en todos los asuntos competencia del Consejo Federal. Se encuentra acompañado de dos Vicepresidentes¹⁰¹⁹, que le ayudan en el cumplimiento de sus tareas y que, en caso de necesidad, le sustituyen. Los tres constituyen el llamado Presidium (*Präsidium*) del *Bundesrat*¹⁰²⁰, entre cuyas funciones se encuentra la determinación anual del presupuesto de éste, así como la toma de decisiones acerca de los asuntos internos más importantes de la casa. Los Vicepresidentes son elegidos por el Consejo Federal, siguiendo un acuerdo alcanzado por los jefes de gobierno de los *Länder*, en virtud del cual será Vicepresidente Primero el que fuera Presidente el año anterior, y Vicepresidente Segundo el que vaya a ser elegido Presidente el año próximo.

El Presidente del Consejo Federal desempeña también, de acuerdo con el art. 57 GG, una función singular: Asume las funciones propias del Presidente Federal en los casos en que éste se encuentre impedido o haya sido separado de su cargo antes de la expiración natural de su mandato.

¹⁰¹⁹ Vid. § 7 del Reglamento del *Bundesrat*.

¹⁰²⁰ Vid. § 8 del Reglamento del *Bundesrat*.

En razón de esta función sustitutoria del Presidente Federal, desde un punto de vista protocolario, el Presidente del Consejo Federal suele ser considerado como el “número 2”, después del Presidente Federal, si bien esta distinción no se encuentra establecida de manera vinculante en norma alguna, dado que en la República Federal de Alemania no existe fijado legalmente un orden de protocolo, más allá de la indiscutida representación máxima que corresponde al Presidente Federal.

D.2.c) bb) El Pleno

El Consejo Federal ha sido también concebido como un “Parlamento de los Gobiernos de los *Länder*”, en el sentido de que solo puede ser miembro del *Bundesrat* quien ocupe un puesto con derecho a voto en el Gobierno de un *Land*. Esto significa que los actuales 69 miembros del Consejo Federal son todos ellos miembros de un Gobierno de *Land*, correspondiendo a éste decidir, en cada caso, a quién enviar como representantes suyos a este órgano constitucional.

Cada *Land* solo puede nombrar tantos miembros ordinarios al Consejo Federal como votos tiene, lo que no obsta para que los restantes miembros de los Gobiernos de los *Länder*, usualmente, sean nombrados representantes suplentes de cada uno de éstos en el Consejo Federal. En la práctica todos los miembros de los Gobiernos de los *Länder* pertenecen potencialmente al Consejo Federal, dado que el Reglamento del *Bundesrat* concede los mismos derechos a los representantes suplentes que a los ordinarios, con lo que son aproximadamente 170 los potenciales miembros del Consejo Federal.

El Consejo Federal es un órgano constitucional “eterno”, en el sentido de que no existen elecciones específicas y autónomas al mismo para procurar su

renovación¹⁰²¹. Ésta se produce cada vez que tienen lugar elecciones a las Dietas o Parlamentos de los *Länder*. Aspecto este que nos ofrece una idea muy aproximada de la importancia y significado político que para el Estado global tienen este tipo de elecciones a nivel de *Land*, sobre todo, teniendo en cuenta las importantes competencias, tanto de carácter legislativo, como gubernamental o administrativo, que corresponde ejercer al Consejo Federal, tal y como veremos más adelante.

Los electores de *Land*, por consiguiente, no solo deciden con su voto la composición de la respectiva Dieta, que es la que, a su vez, se va a encargar de nombrar al correspondiente Gobierno del *Land*, sino que, al mismo tiempo, de manera mediata, están decidiendo quién va a tener voz y voto en el Consejo Federal, al ser los miembros de éste, como hemos visto, nombrados por y de entre los miembros de los Gobiernos de cada *Land*.

En este sentido, se puede sostener que el Consejo Federal ostenta también cierta legitimación democrática, en tanto que sus integrantes lo son como consecuencia de una decisión popular. No obstante, justo es reconocer que esta legitimación es muy inferior o derivada, en comparación con la que corresponde a la Dieta o Parlamento Federal, de carácter directo e inmediato, en tanto que los diputados federales son elegidos directamente por el pueblo (en el sentido de cuerpo electoral).

D.2.c) cc) El sistema de votación

El sistema de votación en el *Bundesrat* presenta ciertas singularidades. De acuerdo con el art. 51.3 GG, cada *Land* solo puede emitir sus votos de manera unitaria (“*nur einheitlich*”). Esto significa que el Gobierno de cada *Land*, antes de proceder a la votación en el Consejo Federal, debe de haber adoptado un acuerdo acerca del

¹⁰²¹ STERN, K.: *Das Staatsrecht der...*, I, p. 733, se refiere a él como “órgano federal permanente”, al que, al contrario de lo que sucede con la Dieta Federal, no se le aplica el “principio de la discontinuidad personal y objetiva”.

sentido de su voto, lo que puede resultar especialmente complejo en los gobiernos de coalición. La razón de ser de este voto unitario deriva del hecho de que en el *Bundesrat* lo que debe expresarse es la voluntad de cada *Land*, y no la individual de cada uno de los miembros del *Bundesrat*. O, dicho de otro modo, no es a los miembros del Consejo Federal a los que corresponden los votos, sino al *Land* mismo¹⁰²². Las indicaciones o “instrucciones” sobre el sentido del voto de cada *Land* solo pueden provenir, en consecuencia, del respectivo Gobierno de *Land*¹⁰²³, sin perjuicio de que después éste deba rendir cuentas ante su Parlamento por la postura o decisión adoptada¹⁰²⁴.

Los votos de cada *Land* son emitidos públicamente por medio de sus miembros en el *Bundesrat*. Quién ha de emitir ese voto es algo que, por regla general, viene determinado de antemano y para cada sesión por el Gobierno de *Land*, o durante el transcurso de la sesión plenaria por los propios representantes del mismo. Aunque la Ley Fundamental nada dice al respecto, es usual que sea solo un miembro del *Bundesrat* por cada *Land* el que emita el sentido del voto de éste. Es el conocido como portavoz del voto del Land (*Stimmführer*), que emitirá todos los votos de éste, aun cuando no se encuentren presentes en ese momento los demás miembros de

¹⁰²² MEYER, H.: “Los votos en el Bundesrat”, Teoría y Realidad Constitucional, 17, 2006, p. 70.

¹⁰²³ Así, al menos, lo sostiene buena parte de la doctrina y el propio Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGE* 8, 104, 120). Sin embargo, esta no es una cuestión del todo pacífica; así, para Meyer, Hans: “Los votos en el Bundesrat”..., p. 86, la decisión de a quién corresponde impartir tales instrucciones solo puede corresponder al derecho constitucional de cada *Land*, de modo que no es descartable que en algún *Land* se atribuya en un futuro tal facultad no al gobierno, sino al parlamento, por ejemplo.

¹⁰²⁴ Durante cierto tiempo se discutió si la “Instruktion” sobre el sentido del voto era válida o no; no obstante, un entendimiento correcto de la finalidad de los arts. 50 y 51 GG, relativos a las tareas y composición del *Bundesrat*, por un lado, y de los arts. 53a.1 y 77.2 GG, referentes a la Comisión conjunta y su participación en el procedimiento legislativo, por el otro, desemboca en la indiscutible validez de tales instrucciones. Obsérvese, a este respecto, que en el terreno de la Comisión conjunta, que después veremos, la Ley Fundamental explícitamente dispone que el miembro del *Bundesrat* que represente a cada *Land* en esta Comisión “no estará sujeto a instrucciones” (“*nicht an Weisungen gebunden*”), de lo que cabría derivar que cuando ese miembro del *Bundesrat* actúe como representante del Gobierno de su respectivo *Land* en el seno de aquél sí podrá estar sujeto a tales indicaciones o instrucciones. Vid. STERN, K.: *Das Staatsrecht der...*, I, p. 733.

ese *Land* en el *Bundesrat*¹⁰²⁵. En principio, cada miembro del Consejo Federal ostenta igual capacidad jurídica para ser portavoz de los votos de su *Land*, sin que, en consecuencia, les corresponda a los Ministros-Presidentes (o Alcaldes) de los *Länder* (o Ciudades-Estado), a este respecto, una posición privilegiada, constitucionalmente reconocida¹⁰²⁶.

En la mayoría de los casos, como se indicaba, cada Gobierno de *Land* acuerda el sentido en que deben emitirse los votos de su *Land* en el Consejo Federal, si bien, en ocasiones, el gabinete otorga al portavoz del voto libertad de decisión, a fin de que pueda coordinarse con otros *Länder*, alcanzar compromisos a través de la mediación o, sencillamente, atender a las nuevas circunstancias que se puedan presentar tras la reunión del gabinete de *Land* en que se había de tomar aquella decisión.

Si los distintos miembros en el *Bundesrat* de un mismo *Land* emitieran su voto de manera contradictoria, incluso aunque uno de ellos fuera el portavoz del voto, la totalidad de los votos que correspondan a ese *Land* será considerada nula, sin que, por consiguiente, se tome en consideración en el recuento global de votos emitidos¹⁰²⁷. No obstante, aunque nulos, en realidad, actúan como votos negativos, dada la regla de mayoría contenida en el art. 52.3 GG, ya que de conformidad con la

¹⁰²⁵ Cada *Land*, en efecto, puede enviar al *Bundesrat* tantos miembros como votos le atribuye la Ley Fundamental; pero también puede enviar menos, sin que ello signifique una pérdida de votos. MEYER, H.: “Los votos en el Bundesrat...”, p. 80.

¹⁰²⁶ Vid. MEYER, H.: “Los votos en el Bundesrat”..., p. 82, que se manifiesta en este punto contrario a la posición mantenida por algunos colegas suyos, como Christian von Pestalozza, para quien el voto del Ministro-Presidente sí tendría un valor superior al de los demás miembros de ese *Land* presentes en el *Bundesrat*.

¹⁰²⁷ Esta cuestión de la nulidad del voto emitido de manera dispar en el seno del *Bundesrat* por los representantes de un mismo *Land* fue definitivamente zanjada por el Tribunal Constitucional Federal en su sentencia de 18 de diciembre de 2002 (*BverfGE 106, 310-336*). Sobre el sentido de la sentencia y los hechos que la motivaron, véase más adelante el apartado D.3.a) bb). Vid. también, a este respecto, ARROYO GIL, A.: “El Estado federal en crisis ...”, p. 351.

misma los votos no se computan, como sucede en el *Bundestag*, teniendo en cuenta solo los válidamente emitidos, sino los que era posible emitir¹⁰²⁸.

Aunque con carácter general se admite la abstención en las votaciones en el Consejo Federal, y dado que los acuerdos han de ser tomados, de acuerdo con el art. 52.3 GG, por mayoría del número total de votos, requiriéndose incluso la mayoría de dos tercios cuando se trate de modificaciones de la Ley Fundamental, en realidad, esas abstenciones cuentan, al igual que los votos emitidos de manera no unitaria, como votos negativos¹⁰²⁹.

D.2.c) dd) La Cámara de Europa (Europakammer)

Los acuerdos del Consejo Federal con eficacia jurídica hacia el exterior son adoptados, por regla general, por el Pleno, que se reúne, de manera regular, hasta doce veces al año en sesiones abiertas. Este ritmo de sesiones suele bastar para poder seguir de manera eficaz la deliberación de los proyectos normativos de la Unión Europea. Excepcionalmente, sin embargo, puede ser precisa una reacción más rápida del *Bundesrat*. Para tales casos se ha creado la Cámara de Europa del Consejo Federal, cuyos acuerdos tienen el mismo valor que los que adopta el propio Pleno del Consejo Federal (art. 52.3a GG).

Cada *Land* envía un miembro ordinario (o suplente) del Consejo Federal a la Cámara de Europa, cuyos debates suelen ser públicos, salvo que la naturaleza del asunto a tratar requiera que sean reservados. En sus deliberaciones pueden tomar

¹⁰²⁸ Vid. MEYER, H.: "Los votos en el Bundesrat"..., pp. 89 y 104 ss., quien, por otra parte, se muestra muy crítico con esta regla de la mayoría absoluta, al considerar que la misma favorece el sobrepeso en la política federal de pequeños partidos, capaces de condicionar el sentido o valor del voto del *Land* por el que actúan, hasta el punto de poder determinar el sentido de una votación en el seno del *Bundesrat*; a tal efecto, considera necesario pasar de la regla de la mayoría absoluta a la de la mayoría relativa para la adopción de decisiones en el Consejo Federal.

¹⁰²⁹ Sobre la problemática asociada a la abstención de un *Land* en las votaciones que se produzcan en el Consejo Federal, véase ulteriormente el apartado D.3.a) bb).

parte también miembros y delegados del Gobierno Federal, así como delegados de los Gobiernos de los *Länder*.

El valor de los votos de cada *Land* en la Cámara de Europa se corresponde con el que éstos tienen en el Pleno del Consejo Federal. Los votos de un *Land* solo pueden ser emitidos de forma unitaria y únicamente por parte de quien/es se encuentre/n allí presente/s. Para la emisión del voto están facultados, por cada *Land*, tanto el miembro ordinario como el suplente de la Cámara de Europa. Esta está en condiciones de tomar decisiones cuando se encuentra representada la mayoría de sus votos. El voto de los miembros de la Cámara de Europa también puede ser emitido por escrito en los casos en que el Presidente de la misma considere prescindible una deliberación oral.

D.2.c) ee) Las Comisiones del Consejo Federal

El grueso de la actividad parlamentaria del Consejo Federal se desarrolla a través del trabajo en Comisiones¹⁰³⁰, que suelen reunirse, al menos, dos semanas antes de que tenga lugar la sesión plenaria correspondiente. Cada proyecto, independientemente de que provenga del Gobierno Federal, la Dieta Federal o un *Land*, por regla general, es debatido, en primer lugar, en las Comisiones, siendo examinado, generalmente de manera concienzuda, por el Ministro de *Land* más versado en el asunto o, por encomienda, por un empleado público del correspondiente Ministerio de *Land*.

Cada *Land* envía a cada Comisión un miembro, ostentando en ella un voto. El Consejo Federal tiene 16 Comisiones. El reparto de tareas se corresponde, en esencia, con el reparto de competencias de los Ministerios federales. En las Comisiones de Asuntos Exteriores y de Defensa los *Länder*, generalmente, se

¹⁰³⁰ Vid. § 11 y 12 del Reglamento del *Bundesrat*.

encuentra representados por sus jefes de gobierno; es por eso que a éstas se les denomina “Comisiones políticas”. Por su parte, a las Comisiones técnicas como, por ejemplo, la de Economía o Finanzas, son enviados los ministros competentes. Todos los miembros de las Comisiones pueden ser sustituidos por delegados, que se suelen corresponder con funcionarios ministeriales especializados. De hecho, los delegados pueden cambiar durante el transcurso de la sesión, de modo que respecto de cada punto del orden del día participen diferentes expertos de los *Länder*.

En estas Comisiones, cuyas sesiones no son públicas, los proyectos normativos son analizados con detalle, constituyendo éste el modo principal a través del cual los *Länder* pueden participar en la configuración de la normativa de la Federación y de la Unión Europea, controlarla y mejorarla.

Por medio del trabajo de estas Comisiones también se da satisfacción, en parte, al menos, al fin de mantener un diálogo permanente entre la Federación y los *Länder*. El Canciller Federal y los Ministros federales tienen derecho –y si así lo demanda el Consejo Federal, la obligación- de tomar parte en las sesiones de las Comisiones (así como, lógicamente, en las sesiones plenarias). En las deliberaciones también pueden participar delegados del Gobierno Federal, esto es, empleados públicos de los distintos Ministerios federales. De este modo se consigue que en las salas de las comisiones se sienten, unos al lado de los otros, los respectivos expertos del ejecutivo federal y de los ejecutivos de los *Länder*.

Las comisiones del Consejo Federal son las siguientes: Agricultura y Protección de los consumidores; Trabajo y Política Social; Asuntos exteriores; Europa; Familia y Personas mayores; Finanzas; Mujeres y Juventud; Salud; Interior; Cultura; Asuntos Jurídicos; Medio Ambiente; Comunicaciones; Defensa; Economía; y Vivienda.

D.2.c) ff) Las Comisiones integradas por miembros de Bundestag y del Bundesrat

Junto a las dieciséis Comisiones del Consejo Federal vistas en el apartado anterior, existen también en la Dieta Federal veintidós Comisiones que cumplen funciones similares para este órgano constitucional. Además de todas ellas, merecen singular atención dos Comisiones a través de las cuales tiene lugar una estrecha colaboración entre el *Bundesrat* y el *Bundestag*. Se trata de la Comisión de mediación y de la Comisión conjunta, en las cuales se encuentran representados tanto miembros del primero como diputados del segundo.

D.2.c) ff) 1. La Comisión de mediación (*Vermittlungsausschuß*)

En la Comisión de mediación se encuentran representados dieciséis miembros de cada uno de estos órganos constitucionales (uno por cada *Land*, en el caso del *Bundesrat*, y en proporción al peso de cada uno de los grupos parlamentarios, en el caso del *Bundestag*), no sujetos a instrucción alguna de su respectiva Cámara, *Land* o grupo parlamentario, condición imprescindible para facilitar la búsqueda del compromiso o acuerdo que supere las diferencias de postura que hayan surgido respecto de algún proyecto normativo entre ambas Cámaras.

Las tareas de la Comisión de mediación se derivan directamente de la Ley Fundamental. Corresponde a la Dieta Federal aprobar (provisionalmente) las leyes federales, que inmediatamente después son enviadas al Consejo Federal para que proceda asimismo a su aprobación (art. 77.1 GG). Si así no sucediera, éste, en el plazo de las tres semanas siguientes a la presentación de la ley aprobada por el *Bundestag*, de acuerdo con el art. 77.2 GG, podrá exigir la convocatoria de la Comisión de mediación, cuya misión es, según lo ya señalado, buscar un acuerdo de compromiso entre ambas Cámaras, que en ningún caso será vinculante, sino que quedará sujeto a su ulterior aprobación por parte de éstas.

En el caso de las leyes necesitadas del inexcusable asentimiento del Consejo Federal para poder ser aprobadas, además de éste, pueden solicitar la reunión de la Comisión de mediación tanto la Dieta Federal como el Gobierno Federal. En cambio, para las leyes de veto (suspensivo o devolutivo) únicamente el *Bundesrat* está facultado para ello, siendo su obligación hacerlo, en caso de pretender vetar la referida ley aprobada por el *Bundestag*. A partir de la conclusión del procedimiento seguido en la Comisión de mediación, el *Bundesrat* dispondrá de un plazo de dos semanas para, llegado el caso, interponer su veto (art. 77.3 GG).

Los trabajos de la Comisión de mediación pueden concluir con una propuesta de acuerdo de confirmación, modificación o rechazo de la ley aprobada (provisionalmente) por el *Bundestag*, o sin acuerdo alguno (después de tres sesiones infructuosas).

En caso de que la Comisión de mediación sugiera modificar la ley y la Dieta Federal acepte esa propuesta, la misma será trasladada al Consejo Federal para que proceda a su deliberación, aceptando o rechazando el nuevo texto legal. Si la Comisión de mediación propusiera rechazar el acuerdo legislativo del *Bundestag* y éste aceptara tal decisión, el procedimiento legislativo se daría por concluido y la ley no prosperaría. Por último, si la Comisión de mediación recomendara confirmar el texto de la ley o el procedimiento concluyera sin acuerdo, corresponderá al *Bundesrat* decidir si aprueba o no esa ley (que permanece en su versión original, tal y como fue provisionalmente aprobada por el *Bundestag*).

Aunque esta es, someramente explicada, y desde una perspectiva teórica, la función constitucional que desempeña la Comisión de mediación en el procedimiento legislativo alemán¹⁰³¹, lo cierto es que la práctica política ha situado a esta cámara de composición paritaria en el centro de la actividad parlamentaria, ante la dificultad existente, en muchas ocasiones, de obtener las mayorías precisas en el Consejo

¹⁰³¹ Acerca de los límites constitucionales de la competencia de la Comisión de mediación en el procedimiento legislativo, vid. *BVerfGE* 101 (297), de 15.01.2008.

Federal de respaldo de los proyectos normativos aprobados por la Dieta Federal. Práctica que ha provocado, muchas veces, que el compromiso o acuerdo que se alcanzara en el seno de esta Comisión fuera insuficiente o insatisfactorio para hacer frente a los retos de carácter político, económico o social a los que se debía responder¹⁰³².

Por otra parte, se le ha criticado también a esta Comisión de mediación la falta de transparencia en sus debates y, en definitiva, toma de decisiones, al reunirse a puerta cerrada, sin luz y taquígrafos, con el consiguiente perjuicio que ello puede traer consigo para el propio principio democrático, una de cuyas manifestaciones más evidentes radica, precisamente, en la publicidad de los debates parlamentarios. Déficit estos que el propio Tribunal Constitucional Federal se ha encargado de señalar¹⁰³³.

Éstas son, entre otras, las razones que fundamentaron, en buena medida, la necesidad de llevar a cabo una reforma profunda del federalismo alemán a fin de devolver a la cámara típicamente legislativa, el *Bundestag*, una mayor capacidad de configuración autónoma de las decisiones políticas de alcance federal, en detrimento de la excesiva intervención que había ido adquiriendo con el paso del tiempo el *Bundesrat* y, por derivación, la Comisión de mediación¹⁰³⁴. Propósito que culminó, finalmente, en verano de 2006 con la mayor reforma del federalismo (y, en general, de la Ley Fundamental) habida hasta la fecha, y que es objeto de estudio en estas páginas.

¹⁰³² Véase más arriba el apartado B.1.

¹⁰³³ Vid. *BVerfGE*, 101 (297), de 15 de enero de 2008.

¹⁰³⁴ Véase el apartado D.6 del capítulo anterior.

D.2.c) ff) 2. La Comisión Conjunta (*Gemeinsamer Ausschuß*)

De acuerdo con el art. 53a.1 GG, la Comisión conjunta se compone de treinta y dos diputados de la Dieta Federal (en proporción al peso de cada grupo parlamentario y no pertenecientes al Gobierno Federal) y dieciséis miembros del Consejo Federal (uno por cada *Land*), que en ningún caso estarán sujetos a instrucción alguna.

La función esencial de la Comisión conjunta no es otra que hacer valer los derechos de la Dieta Federal y del Consejo Federal en caso de declaración del estado de defensa (*Verteidigungsfall*). El Gobierno Federal, por su parte, se encuentra obligado a informar a la Comisión conjunta acerca de sus planes de actuación durante el estado de defensa, pudiendo ésta exigir la presencia ante la misma de cualquier miembro de aquel, a fin de poderle pedir explicaciones o aclaraciones sobre la situación (art. 53a.2 GG).

Corresponde a la Dieta Federal, con el asentimiento del Consejo Federal, declarar, a petición del Gobierno Federal, el estado de defensa porque el territorio federal esté siendo objeto de una agresión armada o vaya a serlo de inmediato (art. 115a.1 GG). No obstante, cuando la situación exija una actuación urgente y existan impedimentos insalvables para una reunión a tiempo del *Bundestag*, o éste no se encuentre en condiciones de adoptar acuerdos, el estado de defensa será declarado por la Comisión conjunta por mayoría de dos tercios de los votos, emitidos, al menos, por la mayoría de sus miembros (art. 115a.2 GG).

Asimismo, si durante el estado de defensa la Comisión conjunta declara por mayoría de dos tercios de los votos, emitidos, al menos, por la mayoría de sus *miembros*, que existen impedimentos insalvables para una reunión a tiempo del *Bundestag* o que éste no se encuentra en condiciones de tomar decisiones, la Comisión conjunta pasará a desempeñar las tareas de la Dieta Federal y del Consejo Federal, ejerciendo unitariamente las funciones de ambas Cámaras (art. 115e.1 GG).

Las leyes que dicte la Comisión conjunta no podrán modificar o derogar, total o parcialmente, la Ley Fundamental, ni tampoco suspender su aplicación con ningún alcance. De igual modo, la Comisión conjunta tampoco podrá aprobar leyes de transferencia de derechos soberanos a la Unión Europea o a instancias internacionales, ni las que supongan una reorganización del territorio federal (art. 115e.2 GG).

Como se puede apreciar, la previsión constitucional de una Comisión conjunta de la Dieta Federal y del Consejo Federal está pensando en casos excepcionales, en los que la propia existencia del Estado alemán, y, en consecuencia, su orden jurídico-constitucional democrático de libertades, se encuentra en peligro por amenazas (armadas) provenientes del exterior. La preponderancia que en la composición de esta Comisión corresponde al *Bundestag* no significa, sin embargo, que el *Bundesrat* esté condenado a desempeñar un papel irrelevante. Antes al contrario, al mismo le corresponde prestar su asentimiento a fin de que la Dieta Federal, por iniciativa del Gobierno Federal, pueda declarar el estado de defensa. Y aunque es cierto que las decisiones de mayor trascendencia, en las que se requiere una mayoría de dos tercios, las puede adoptar la Comisión conjunta con la sola concurrencia de los votos del *Bundestag*, lo habitual será que en la toma de esas decisiones también sea preciso sumar votos de los representantes del *Bundesrat*.

D.2.c) gg) Los miembros del Consejo Federal

Como hemos visto más arriba, los miembros del *Bundesrat* son todos ellos integrantes de los Gobiernos de los *Länder*: o bien Ministros-Presidentes y Ministros de los *Bundesländer*, o bien Alcaldes o Senadores de las Ciudades-Estado de Berlín, Bremen y Hamburgo; por su parte, los Secretarios de Estado que tengan voz

y voto en los respectivos gabinetes de los *Länder* también podrán ser miembros del Consejo Federal¹⁰³⁵.

Todos ellos, en tanto que miembros del Consejo Federal, cumplen una doble función: ejercen un cargo público tanto en el *Land* respectivo como en la Federación. Son, por tanto, políticos de *Land* y de la Federación. Esto les otorga una responsabilidad política singular, dado que en su actividad pública a nivel de *Land* no deberían pasar por alto las consecuencias de sus decisiones para el conjunto del Estado, al tiempo que experimentan también directamente las consecuencias de sus decisiones políticas a nivel federal en el ámbito de su respectivo ministerio de *Land*.

Dado que en el Consejo Federal deben hacerse valer, de manera primordial, los intereses de los *Länder*, la Constitución federal ha decidido que cada *Land* deba emitir su voto de manera unitaria. Es decir, los miembros individuales del *Bundesrat* no son, en esa medida, “libres” para decidir. La pertenencia al Consejo Federal no conlleva ningún “mandato libre”, individualmente considerado¹⁰³⁶. Por el contrario, los miembros del Consejo Federal actúan de acuerdo con unas directrices unitarias elaboradas en el correspondiente gabinete de *Land*, representando de ese modo a su respectivo *Land*¹⁰³⁷.

No obstante, esta afirmación debe ser matizada, pues, en último término, sí es posible que alguno de los miembros del *Bundesrat* emita su voto de manera discordante con la posición fijada por su respectivo gobierno de *Land*. El problema será que, de darse esta circunstancia, todos los votos de ese *Land* carecerán de

¹⁰³⁵ Sobre su elección o designación, véase López Castillo, Antonio: “El Consejo Federal alemán”..., pp. 297 ss.

¹⁰³⁶ Así lo corrobora el hecho de que –según disponen de manera expresa los arts. 77.2 y 53a.1 GG– los miembros del *Bundesrat* en la Comisión de mediación y en la Comisión conjunta, respectivamente, no estén sujetos a instrucciones; especificación que carecería de sentido si ya de por sí aquéllos, los miembros del *Bundesrat*, careciesen de tal sujeción. Vid. MEYER, H.: “Los votos en el *Bundesrat*”..., p. 84.

¹⁰³⁷ La participación de los *Länder* por medio del *Bundesrat* en las tareas públicas (legislación, administración, asuntos europeos), según dispone el art. 50 GG, se ve mediatizada por los miembros de sus gobiernos, que son los que se sientan en el Consejo Federal.

valor, al considerarse nulos por vulneración del art. 51.3 GG, precepto que obliga a cada *Land* a emitir su voto de manera unitaria¹⁰³⁸.

La pertenencia al Consejo Federal se fundamenta en una decisión de cada Gobierno de *Land*, que es el que determina, en cada momento, quién entra a formar parte de aquel y quién ha de dejar de pertenecer al mismo. Mandato que, en todo caso, termina automáticamente con la sustitución de un Gobierno de *Land* por otro como consecuencia del proceso electoral correspondiente.

Por último, a fin de salvaguardar la identidad de cada órgano constitucional, y de conformidad con lo dispuesto en el § 2 del Reglamento del Consejo Federal, nadie puede ser simultáneamente miembro del *Bundesrat* y del *Bundestag*, de modo que si un miembro de aquél fuere elegido miembro de éste, deberá comunicar de inmediato al Presidente del Consejo Federal a cuál de ambos cargos renuncia.

D.2.c) hh) El Consejo Permanente (Der Ständige Beirat) y las Representaciones de los Länder ante la Federación

Junto al Presidium del Consejo Federal existe también un Consejo Permanente integrado por los dieciséis plenipotenciarios de los *Länder* ante la Federación (*die Bevollmächtigten der Länder beim Bund*), que tienen, por regla general, rango de

¹⁰³⁸ El caso más paradigmático de esto fue el ocurrido con ocasión de la votación en el *Bundesrat*, el 22 de marzo de 2002, de la conocida como Ley de inmigración, presentada por el Gobierno Federal, en aquel momento compuesto por una coalición entre el Partido Social-Demócrata (SPD) y el Partido de los Verdes. En esta votación, cuando le llegó el turno al *Land* de Brandemburgo, en el que existía una gran coalición de gobierno entre la Unión Cristiano-Demócrata (CDU) y el SPD, se produjo una discrepancia en el sentido del voto emitido por el entonces Ministro de Asuntos Sociales, del SPD, a favor de la aprobación de la ley, y el Ministro de Interior, de la CDU, en contra de la aprobación de la misma. Discrepancia que, finalmente, fue resuelta por el Presidente del *Bundesrat*, quien tras formular de nuevo la pregunta al Ministro-Presidente del *Land*, del SPD, y al contestar este afirmativamente, entendió que Brandemburgo votaba a favor de la aprobación de la referida ley. Esta decisión, sin embargo, fue recurrida ante el Tribunal Constitucional Federal que, en su sentencia de 18 de diciembre de 2002 (*BVerfGE 106, 310-336*), consideró que ese voto de Brandemburgo había de considerarse nulo, por infracción del art. 51.3 GG. Vid., al respecto, MEYER, H.: "Los votos en el Bundesrat"..., pp. 65 ss.; y ARROYO GIL, A.: "El Estado federal en crisis...", p. 351.

Ministro o de Secretario de Estado, y que cumplen una función de asesoramiento del Presidente y del Presidium.

El Consejo Permanente cumple además importantes tareas de información y coordinación entre el Consejo Federal y el Gobierno Federal. Aquel se reúne regularmente una vez a la semana, pocas horas después de que haya tenido lugar la reunión del Gabinete federal. Un representante del Gobierno Federal toma parte en estas reuniones e informa sobre las deliberaciones y acuerdos que haya adoptado éste. Asimismo, a través de su representante, el Gobierno Federal tiene la posibilidad de conocer, desde el primer momento, los puntos de vista del Consejo Federal sobre las cuestiones legislativas del momento y de buscar su complicidad para la consecución de determinados objetivos y finalidades¹⁰³⁹.

Además del Consejo Permanente, cada *Land* tiene en Berlín una representación (coloquialmente conocida como “embajada”) ante la Federación, entre cuyas funciones se encuentra la de hacer valer los intereses del *Land* en la capital federal, estar al tanto e influir sobre la legislación federal, así como ocuparse de establecer contactos con los gobiernos de los demás *Länder*, las embajadas extranjeras y las asociaciones u organizaciones de relevancia política.

D.2.d) Tareas del Consejo Federal

Sin perjuicio de los numerosos preceptos diseminados a lo largo de toda la Ley Fundamental que hacen referencia a la intervención, con desigual alcance, del Consejo Federal en diversos aspectos de las tareas públicas, es el art. 50 GG el que sintéticamente hace referencia a las principales funciones que desempeña este órgano constitucional de representación de los (gobiernos de los) *Länder*, en los

¹⁰³⁹ Vid. § 9 del Reglamento del *Bundesrat*.

siguientes términos: “*Los Länder participan, por medio del Bundesrat, en la legislación y administración de la Federación y en los asuntos de la Unión Europea.*”

D.2.d) aa) Participación en la legislación federal

De entre las diferentes tareas que desempeña el Consejo Federal ostenta una especial relevancia su participación en el procedimiento legislativo. No hay ley federal en cuya aprobación no intervenga, con mayor o menor grado de intensidad, el *Bundesrat*. De hecho, muchas leyes federales solo pueden ser aprobadas si el Consejo Federal expresamente presta su asentimiento para ello¹⁰⁴⁰.

Participación activa del *Bundesrat* en la aprobación de las leyes federales que, en opinión de la doctrina científica mayoritaria, se encuentra amparada en el propio art. 79.3 GG, cuya prohibición de cualquier modificación de la Ley Fundamental que afecte a la “participación básica de los *Länder* en la legislación”, no solo se ha de entender en el sentido de que los *Länder* tienen reservada una zona propia de actuación normativa en la que ejercen sus facultades legislativas de carácter exclusivo, sino que, además, comprende que, en el campo de la legislación federal, a aquéllos también ha de reconocérseles una facultad de intervención a ejercitar a través del órgano federal de carácter federativo (*föderatives Bundesorgan*), el *Bundesrat*¹⁰⁴¹.

Este derecho básico de participación en la legislación federal, reconocido en el art. 79.3 GG a favor de los *Länder*, ha de entenderse integrado en un marco más amplio de cooperación federal, que deriva de las diversas prescripciones constitucionales (entre ellas, el artículo 23 GG relativo a la Unión Europea), en las que se regulan mecanismos, instituciones y competencias cooperativas, a través de las cuales el

¹⁰⁴⁰ Sobre este tema, véase, en general, POSSER, D.: “Significado del Bundesrat...”, pp. 684 ss.

¹⁰⁴¹ HERZOG, R.: *Art. 20 GG (Bundesstaatliche Verfassung)*, p. 109, en Maunz / Dürig / Herzog / Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, Band II, Verlag C. H. Beck, Lfg. 18, 1980.

Consejo Federal representa la voluntad de los *Länder*, hasta el punto de que ha llegado a ser considerado por algunos como un órgano constitucional nuclear para la protección y garantía de la estatalidad de éstos, identificándolo, incluso, como expresión de la misma¹⁰⁴².

Aunque no sea este el lugar más indicado para tratarlo, no se puede desconocer, sin embargo, que cuando se habla de estatalidad o cualidad estatal de los *Länder*, en realidad, se está pensando en la existencia de un poder público efectivo, democráticamente legitimado y ejercido, que se encuentra dividido, al menos, en dos facetas claramente diferenciadas, pese a sus imbricaciones: la legislativa y la reglamentaria y administrativa. Corresponde, lógicamente, a la primera marcar el índice de la calidad del poder público que ejerce esa entidad de carácter estatal. Cuando el órgano típicamente legislativo, las Dietas de los *Länder* en el caso alemán, tiene un ámbito de configuración autónoma cada vez más restringido, difícilmente ese déficit se puede ver suplido por la participación, por muy importante que sea, que los gobiernos de esos *Länder* puedan ejercer, a través del órgano federativo, el *Bundesrat*, en la conformación de la voluntad federal. No parece, por consiguiente, que la estatalidad de los *Länder* dependa directamente del poder efectivo que ejerzan sus gobiernos en el seno del Consejo Federal, sino más bien del que ostentan sus parlamentos. Y, en este sentido, el diagnóstico no puede ser tan optimista¹⁰⁴³.

¹⁰⁴² Vid. ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, pp. 235 ss.

¹⁰⁴³ Vid. STEHR, M.: *Gesetzgebungskompetenzen...*, p. 46, quien, haciendo uso de las palabras pronunciadas por el entonces Presidente Federal Johannes Rau con motivo de la conmemoración del 50^a aniversario de la Convención constitucional del Lago de Herrenchiem, advierte que la deriva de este proceso de pérdida de poder de los parlamentos de los *Länder* y consiguiente ganancia de la influencia de los gobiernos de los mismos a través del *Bundesrat* en el proceso de toma de decisiones a nivel federal, está poniendo en riesgo la cualidad estatal de los *Länder*, “porque a un Estado le corresponde un Parlamento con poder legislativo”. Su visión crítica llega hasta el punto de animarse a vaticinar que los *Länder* están expuestos al peligro de funcionar en el futuro como meras unidades administrativas suprarregionales.

En una línea similar a ésta, ISEENSE, J.: “Der Bundesstaat...”, p. 749, al tiempo que destaca la importancia que tiene para la República Federal de Alemania que los *Länder* sobrevivan como centros de decisión política, y que dispongan, como tales, de amplias competencias de significativo carácter político, en particular, de legislación propia, advierte que su colaboración en la formación de la voluntad política de la Federación por medio del Consejo Federal solo compensa en una medida muy limitada la pérdida de autodeterminación política que están experimentando.

Precisamente, fue ésta, como sabemos, una de las razones primordiales que motivaron que a principios del presente milenio se pusiera en marcha un proceso de reforma constitucional, en parte, destinado a devolver, por un lado, mayores campos materiales a los *Länder* que regular legislativamente por sí mismos, al tiempo que se pretendía con ello limitar también la capacidad de participación del Consejo Federal en la toma de decisiones legislativas a nivel federal¹⁰⁴⁴. En definitiva, el interés, más allá de los concretos resultados que finalmente se alcanzaron, que serán objeto de análisis más adelante, no era otro que recuperar el protagonismo de los Parlamentos (tanto del Federal como de los de los *Länder*) en la toma de decisiones de contenido político, que se había visto muy mermado como consecuencia de la cada vez mayor presencia de los gobiernos, de uno y otro nivel, en el núcleo decisorio, consecuencia última de eso que se ha dado en llamar, de manera muy expresiva, “democracia de partidos”.

Con todo, a pesar del intento de la modificación constitucional mencionada, y de la que, respecto de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, tuvo lugar en 2009, de disminuir la capacidad de intervención del *Bundesrat* en la legislación federal, lo cierto es que éste sigue desempeñando un papel primordial en el procedimiento legislativo. Así, al Consejo Federal le corresponde, junto con la Dieta Federal y el Gobierno Federal, el derecho de iniciativa legislativa (art. 76.1 GG). Los proyectos de ley aprobados por el *Bundesrat* por mayoría absoluta, a propuesta de uno o más *Länder*, son dirigidos, en primer lugar, al Gobierno Federal, que, en el plazo de seis semanas –o, en casos especiales, dentro de tres o nueve semanas- debe emitir su toma de postura al respecto. Hecho esto, el proyecto de ley es trasladado por el Gobierno Federal a la Dieta Federal, que tendrá que deliberar y adoptar una decisión en un plazo razonable (art. 76.3 GG).

¹⁰⁴⁴ Sobre las razones y propósitos que animaron la reforma constitucional del federalismo alemán acaecida en 2006, véase el apartado C del capítulo anterior.

Cuando los proyectos de ley provengan del Gobierno Federal, el *Bundesrat* tiene la facultad, en la llamada primera vuelta, de pronunciarse sobre los mismos, antes incluso de que lo haga la Dieta Federal, pudiendo emitir en el plazo de seis semanas –o, en casos especiales, de tres o de nueve semanas- su toma de postura o dictamen (*Stellung*) sobre ese proyecto gubernamental (art. 76.2 GG)¹⁰⁴⁵. Posición sobre la que después el Gobierno Federal, por su parte, habrá de manifestar su parecer en una réplica, de modo que ambas manifestaciones, tanto el dictamen del Consejo Federal como la réplica del Gobierno Federal, son enviadas conjuntamente a la Dieta Federal para continuar con la tramitación del procedimiento legislativo.

Si el *Bundestag*, tras las preceptivas lecturas del proyecto de ley proveniente del *Bundesrat*, adopta un acuerdo legislativo (*Gesetzesbeschluss*), el (renovado) proyecto es enviado al Consejo Federal. En esta llamada segunda vuelta las posibilidades de actuación del *Bundesrat* son diferentes en función de si el acuerdo legislativo precisa o no de su asentimiento para poder ser aprobado como ley.

Si se trata de una ley necesitada del asentimiento del Consejo Federal (*Zustimmungsgesetz*), éste tiene cuatro posibilidades: puede prestar su asentimiento, denegarlo, recurrir a la Comisión de mediación o ignorar esta facultad. En el primer caso, obtenido el preceptivo asentimiento del *Bundesrat*, la ley podrá ser válidamente aprobada. En el segundo, y sin perjuicio de que, denegado en un primer momento tal asentimiento por parte del Consejo Federal, la Dieta Federal o el Gobierno Federal puedan convocar la reunión de la Comisión de mediación con el fin de buscar ese acuerdo entre ambas Cámaras, la negativa final del *Bundesrat* impedirá la aprobación de la ley en cuestión. En el tercer caso, dependerá de que en la Comisión de mediación sea posible o no consensuar una propuesta de reforma

¹⁰⁴⁵ Como señala ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, p. 148, “[e]ste primer paso en el procedimiento se fundamenta en el interés que tiene tanto para el Gobierno Federal como sobre todo para el *Bundestag* conocer la primera impresión de los *Länder* sobre el proyecto, y prever así su reacción futura, cuando el mismo pase a su manos y el *Bundesrat* deba decidir sobre la interposición o no de su veto, o, en su caso, sobre el otorgamiento o denegación de su consentimiento. De esta manera, pueden evitarse, o cuando menos preverse, futuros conflictos, suponiendo tal medida un importante medio de economía parlamentaria”.

del acuerdo legislativo del *Bundestag*. Si se alcanza ese consenso, la propuesta de reforma deberá ser después refrendada por la Dieta Federal y el Consejo Federal. Si no es posible lograr ese acuerdo, el *Bundesrat* tendrá que pronunciarse sobre la aprobación de la ley (en su redacción original) en un plazo razonable de tiempo; solución esta que es igualmente aplicable al cuarto supuesto, es decir, cuando la Comisión de mediación no haya sido convocada por el *Bundesrat*. En todo caso, la ley no podrá ser válidamente aprobada si no obtiene el voto favorable del Consejo Federal (art. 78 GG).

Qué leyes necesitan del asentimiento del *Bundesrat* para poder ser válidamente aprobadas es algo que viene expresa y taxativamente regulado en la Ley Fundamental¹⁰⁴⁶. Aquéllas se pueden agrupar en tres categorías básicas:

- Leyes de reforma constitucional (art. 79 GG). Para su aprobación se requiere reunir en el *Bundestag* y en el *Bundesrat* una mayoría de dos tercios del total de votos (46 sobre 69, en la actualidad, por lo que se refiere a este último).
- Leyes que, de alguna manera, afecten a las finanzas de los *Länder*. Entre ellas se encuentran, desde el lado de los ingresos, todas las leyes relativas a los impuestos de cuya recaudación participan los *Länder* o los municipios, como, por ejemplo, los impuestos sobre sueldos y salarios, sobre la renta, sobre el valor añadido, sobre la industria y sobre vehículos automóviles. Y desde el lado de los gastos se cuentan todas aquellas leyes que fundamentan obligaciones de los *Länder* de producción de prestaciones monetarias o económicamente evaluables o aquellas otras prestaciones de servicios equivalentes frente a terceros.
- Leyes que inciden en la llamada soberanía organizativa y administrativa de los *Länder*.

¹⁰⁴⁶ Si bien el Tribunal Constitucional ha entendido que también sería preciso ese asentimiento del *Bundesrat*, aunque no esté expresamente prescrito en la Constitución federal, cuando así proceda interpretarlo.

No obstante esta enumeración constitucional de las leyes federales necesitadas del asentimiento obligatorio del Consejo Federal para poder ser aprobadas, lo cierto es que en la práctica legislativa ese número se ha visto netamente incrementado, como consecuencia, en buena medida, de la interpretación extensiva que se ha realizado de determinados preceptos constitucionales, amparada, en parte, por la propia jurisprudencia constitucional, como veremos después con más detalle. Tanto fue así que, cuando se decidió acometer la reforma constitucional de 2006, aproximadamente el sesenta por cien de todas las leyes federales aprobadas en Alemania requerían del concurso imprescindible del *Bundesrat*, siendo ésta, precisamente, una de las razones esenciales que motivaron tal reforma¹⁰⁴⁷, uno de cuyos principales objetivos no era otro que reducir significativamente ese porcentaje, algo que, por el momento, solo se ha conseguido de manera parcial¹⁰⁴⁸.

Estas trascendentales competencias del *Bundesrat* en la aprobación de las leyes de más alto calado político y, particularmente, en aquellas que más pueden afectar a la llamada soberanía de los *Länder*, sitúan a éstos en una posición de relativo equilibrio frente a los poderes federales. Así, la crítica que apunta al hecho de que la Federación, al ostentar la competencia sobre la competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), es decir, la facultad de distribuir las competencias de otro modo mediante la modificación de la Ley Fundamental, se encuentra en una posición supraordenada a los *Länder*, no se puede aceptar sin más, en tanto en cuanto, como hemos visto, tales modificaciones constitucionales únicamente podrán llevarse a cabo con el consentimiento de aproximadamente dos tercios de los gobiernos de los *Länder* (exactamente, dos tercios de los votos del Consejo Federal, en donde, como bien sabemos, se sientan los representantes de tales gobiernos, sujetos a sus instrucciones)¹⁰⁴⁹. No obstante, esta apreciación, que se puede aceptar por lo que se

¹⁰⁴⁷ Véase el apartado D.5 del capítulo anterior.

¹⁰⁴⁸ Al año de entrada en vigor de la reforma el número de leyes necesitadas del asentimiento del Consejo Federal se había visto reducido de casi un sesenta por cien a poco más de una cuarenta y dos por cien. Vid. ARROYO GIL, A.: "La reforma del Estado federal...", p. 160 [en su versión alemana: ARROYO GIL, A.: "Die Reform des Deutschen...", p. 193].

¹⁰⁴⁹ Vid. STEIN, E.: *Staatsrecht...*, p. 114.

refiere a los *Länder* entendidos como conjunto, resulta más difícilmente compartible si de lo que se está hablando es de cada *Land* individualmente considerado, que, por sí solo, difícilmente podría oponerse a una modificación constitucional que supusiese, para él, una pérdida sustancial de competencias y, por consiguiente, de calidad estatal.

Por su lado, en el caso de que se trate de una ley de veto (*Einspruchsgesetz*), no necesitada, por tanto, del asentimiento del Consejo Federal, éste tiene dos posibilidades: mostrar su acuerdo con la aprobación de la ley u oponer su veto a la misma, en cuyo caso, antes de hacerlo, habrá de acudir a la Comisión de mediación. En el primer caso, la ley podrá, sin más, ser aprobada válidamente. En el segundo, se llegue o no a un acuerdo en la Comisión de mediación, corresponderá también a la Dieta Federal decidir, en último término, si la ley es aprobada o no, dado que el veto del Consejo Federal podrá ser levantado por aquélla siempre que se alcance mayoría absoluta de los votos (la conocida como “mayoría del Canciller” – “*Kanzlermehrheit*”). No obstante, si el veto del *Bundesrat* fuese interpuesto por una mayoría de dos tercios, el levantamiento del mismo por parte del *Bundestag* requerirá reunir en éste una mayoría de dos tercios del total de votos emitidos (y siempre que, al menos, ese número supere al de la mitad de los votos de todos los diputados).

Como hemos visto, en el caso de las leyes no necesitadas del asentimiento del Consejo Federal, antes de que éste interponga el veto (devolutivo) al proyecto de ley en cuestión, habrá de celebrarse el correspondiente procedimiento ante la Comisión de mediación. Así pues, a diferencia de la Dieta Federal y del Gobierno Federal, que solo pueden activar la Comisión de mediación cuando el *Bundesrat* haya denegado su asentimiento a una ley que lo precise inexcusablemente para poder ser aprobada, el Consejo Federal puede (o debe) convocar tal Comisión de mediación respecto de todas las leyes aprobadas (provisionalmente) por la Dieta Federal.

En las sesiones de la Comisión de mediación se intenta buscar el acuerdo entre las posturas divergentes de la Dieta Federal y del Consejo Federal, pudiendo la Comisión elevar propuestas de modificación del acuerdo legislativo o, simplemente, recomendar que el mismo sea rechazado. Si finalmente no fuera posible llegar a un acuerdo entre ambas partes se entenderá concluido el procedimiento de mediación¹⁰⁵⁰.

La Comisión de mediación solo puede hacer propuestas de ajuste de las discrepancias que existan entre el Consejo Federal y la Dieta Federal, pero no aprobar por sí misma modificaciones legislativas. Esto es, las propuestas de acuerdo provenientes de la Comisión de mediación han de ser después refrendadas por la Dieta Federal y el Consejo Federal para poder prosperar, tanto si consisten en una modificación del contenido de la ley (en cuyo caso, habrá de pronunciarse primero el *Bundestag* y, a continuación, el *Bundesrat* sobre el alcance de esa modificación), como si se limitan a ratificar el acuerdo legislativo del *Bundestag* o si el procedimiento de mediación concluye sin acuerdo (en cuyo caso, el *Bundesrat* debe decidir si presta finalmente su asentimiento a ese proyecto de ley no modificado).

Cuando se trata de una ley de veto, el plazo de que dispone el *Bundesrat* para pronunciarse es de dos semanas. Si se opusiese el veto, la Dieta Federal podrá levantarlo en una votación ulterior (art. 77.3 GG). Si, por el contrario, la ley en cuestión está necesitada del asentimiento del Consejo Federal, éste no está sujeto a un plazo fijo, debiendo el *Bundesrat* adoptar el preceptivo acuerdo únicamente en un plazo de tiempo adecuado (art. 77.2a GG).

Cuando exista duda acerca de si una ley requiere o no el asentimiento del Consejo Federal, corresponde decidir al Presidente Federal en el momento de proceder a la

¹⁰⁵⁰ Sobre la “desparlamentarización” que supone acudir con demasiada frecuencia a la Comisión de mediación, a fin de buscar en ella, mediante procedimientos de negociación no siempre claros, el acuerdo que no ha sido posible lograr en el seno de los órganos constitucionales por los que media, la Dieta Federal y el Consejo Federal, véase el apartado D.6 del capítulo anterior.

publicación de la ley, si bien la decisión final y vinculante para todos solo puede adoptarla, llegado el caso, el Tribunal Constitucional Federal.

Concluido el procedimiento legislativo, la ley debe ser refrendada por el Ministro competente y por el Canciller Federal, expedida por el Presidente Federal y publicada en el Diario Oficial (art. 82.1 GG).

D.2.d) bb) Participación en los asuntos de la Unión Europea

El creciente proceso de integración comunitaria ha hecho que la participación del *Bundesrat* en los asuntos de la Unión Europea haya ido ganando en peso e importancia con el paso de los años. Sus facultades van desde un amplio derecho a obtener información, pasando por la posibilidad de manifestar su posición acerca de todos los proyectos normativos comunitarios que afecten a los intereses de los *Länder*, hasta el envío de representantes propios al Consejo. En definitiva, al Consejo Federal le corresponde asumir, junto con el *Bundestag*, la responsabilidad política derivada de la integración europea.

A este respecto, el precepto constitucional determinante de esta responsabilidad es el art. 23 GG (conocido como “Artículo de Europa”), que fue introducido en 1992, tras la aprobación del Tratado de Maastricht, y que en su apartado segundo expresamente determina que en los asuntos de la Unión Europea participan la Dieta Federal y los *Länder* por medio del Consejo Federal¹⁰⁵¹.

De particular importancia es que la transferencia de los llamados derechos de soberanía a la Unión Europea deba ser realizada por medio de ley necesitada de la aprobación del Consejo Federal (art. 23.1 GG), poniéndose así en valor una realidad evidente, a saber, que cualquier cuestión que atañe a esos derechos soberanos de

¹⁰⁵¹ Vid. LÓPEZ CASTILLO, A: “El Consejo...”, pp. 326 ss.

un Estado territorialmente descentralizado necesariamente va a afectar no solo al ámbito propio del Estado global, sino también al de los Estados miembros del mismo, en este caso, los *Länder*. De ahí que sea más que conveniente, precisa, la participación de éstos en cualquier proceso de toma de decisiones que afecte a la titularidad y ejercicio de tales derechos.

Igualmente significativo es que desde un principio exista un deber de información, en detalle y con la menor dilación posible, del Gobierno Federal a favor del Consejo Federal (y de la Dieta Federal, lógicamente) sobre todos aquellos proyectos que puedan ser de interés para los *Länder* (art. 23.2 GG), incluidos los documentos, informes y comunicaciones de los órganos de la Unión Europea y de la Representación Permanente de Alemania ante la misma, relativos a las sesiones y decisiones de los distintos gremios comunitarios, así como los documentos e informaciones sobre iniciativas y tomas de postura del Gobierno Federal en el seno de los órganos de la Unión Europea.

Además de este deber de información del Gobierno Federal a favor del *Bundesrat*, éste también participa de manera muy activa en la formación de la posición negociadora de Alemania ante las instancias europeas en relación con aquellos asuntos que afecten a los intereses de los *Länder*, lo que se produce cuando el mismo tenga que participar en la adopción de las correspondientes medidas a nivel nacional o en tanto los *Länder* fueran competentes para su materialización a nivel interno (art. 23.4 GG).

Por otro lado, en la medida en que un proyecto comunitario concierna a la facultad legislativa exclusiva o concurrente de la Federación, y, sin embargo, también afecte a los intereses de los *Länder*, el Gobierno Federal habrá de tener en consideración la postura que al respecto adopte el *Bundesrat*. En particular, cuando el proyecto normativo comunitario afecte de manera directa a las facultades legislativas de los *Länder*, la organización de sus autoridades o su procedimiento administrativo, el posicionamiento del Consejo Federal habrá de ser tomado en consideración con

carácter decisivo en la formación de la voluntad federal; lo que quiere decir que, en caso de duda, tal parecer del *Bundesrat* resultará determinante para la fijación de la posición negociadora alemana (art. 23.5 GG).

Por otro lado, aunque la dirección de las negociaciones en el Consejo o en los distintos organismos deliberativos de la Comisión Europea corresponde al Gobierno Federal, éste, en caso de ser requerido para ello, puede dejar participar en tales negociaciones a representantes de los *Länder*, en la medida en que el Consejo Federal tuviera que participar en las correspondientes medidas a nivel nacional, los *Länder* fueran competentes a nivel interno o sus intereses se vieran afectados.

Finalmente, cuando el proyecto comunitario afecte de manera esencial a las facultades legislativas exclusivas de los *Länder* en los terrenos de la enseñanza, la cultura o la radiodifusión, el ejercicio de los derechos que le corresponden a la República Federal de Alemania como Estado miembro de la Unión Europea será transferido por la Federación a un representante de los *Länder* nombrado por el *Bundesrat*, sin perjuicio de que el ejercicio de tales derechos se realice con participación del Gobierno Federal y de acuerdo con él, quedando garantizada, a este respecto, la responsabilidad de la Federación por el conjunto del Estado (art. 23.6 GG)¹⁰⁵².

Además de la participación directa del *Bundesrat* en los asuntos europeos, éste, como tuvimos ocasión de ver con anterioridad, también está constitucionalmente habilitado para crear una Cámara de Europa, cuyas decisiones serán consideradas como decisiones del propio Consejo Federal (art. 52.3a GG). Sin necesidad de entrar en mayores detalles en este lugar, tal y como se apuntó más arriba, en el

¹⁰⁵² Esta ha sido la única modificación del llamado Artículo de Europa llevada a cabo por la reforma constitucional de 2006. A través de ella se ha pretendido reforzar la competencia de los *Länder* en la defensa y representación de sus intereses más genuinos, los que afectan a la llamada soberanía cultural, ante las instancias comunitarias. Como contrapartida de ese incremento de la participación (obligatoria ahora) de los *Länder* en ese concreto terreno, se ha visto reducido el número de materias en que tal intervención va a tener lugar, lo que, presumiblemente, traerá consigo una disminución de la actividad del *Bundesrat* en este ámbito. Véase ulteriormente el apartado D.3.

epígrafe 2.4, la propia existencia de esta Cámara de asuntos europeos, con su composición reducida, viene, en cierto modo, a poner en cuestión la propia necesidad de un órgano de más compleja composición y funcionamiento como lo es el Consejo Federal, porque si para asuntos de tanta trascendencia como los europeos se admite que una Cámara de reducidas dimensiones pueda adoptar decisiones que valen como las propias del *Bundesrat*, ¿para qué es éste necesario?¹⁰⁵³. A mayor abundamiento, el hecho de que en esta Cámara el voto pueda ser emitido por correo, no deja de constituir una extrañeza a la luz del principio democrático-parlamentario, que, entre otras muchas cosas, demanda una exposición y contraste público de argumentos entre las diferentes partes en liza.

D.2.d) cc) Participación en la administración federal

La participación del Consejo Federal en la administración de la Federación consiste, en esencia, en el hecho de que aquél debe otorgar su asentimiento para la aprobación de gran parte de los reglamentos jurídicos (decretos) del Gobierno Federal y de ciertas disposiciones administrativas de carácter general reguladoras del funcionamiento interno de la Administración. Respecto de los primeros, corresponde también al *Bundesrat* el derecho de propuesta o iniciativa (art. 80.3 GG). Respecto de las segundas, el asentimiento del Consejo Federal es solo preciso cuando las mismas afecten a competencias de los *Länder* y así venga prescrito por la propia Ley Fundamental.

Más concretamente, de acuerdo con el art 80.2 GG, siempre que una ley federal no disponga otra cosa, se requerirá el asentimiento del Consejo Federal para la aprobación de aquellos decretos del Gobierno Federal o de un ministro federal relativos a los principios y tasas para el uso de instalaciones de correos y telecomunicaciones, la construcción y explotación de los ferrocarriles federales, así

¹⁰⁵³ Puede verse una reflexión más detenida sobre esta cuestión más adelante en el apartado D.3.a) bb).

como los decretos basados en leyes federales que requieran la aprobación del Consejo Federal o que sean ejecutados por los *Länder*, bien como asunto propio, bien por encomienda de la Federación. Se exceptúa, por tanto, el requisito de la conformidad del Consejo Federal únicamente respecto de los reglamentos basados en leyes federales no necesitadas del asentimiento de aquél para ser válidamente aprobadas (las conocidas como leyes de veto).

Pero quizás la cuestión más importante en el ámbito de la administración, desde la perspectiva del *Bundesrat*, tenga que ver con la ejecución de la legislación federal por parte de los *Länder* como asunto propio, regulada en el art. 84.1 GG hasta la reforma constitucional de 2006 en unos términos tales que se había convertido en la causa de más de la mitad de los supuestos de leyes federales necesitadas del asentimiento del Consejo Federal. La modificación de este precepto, así como la que también experimentó el art. 104a.4 GG, serán objeto de estudio en las próximas páginas.

D.2.d) cc) 1.- La ejecución de la legislación federal como administración propia de los *Länder* (Art. 84.1 GG)

Como sabemos ya, una de las finalidades básicas que se han perseguido con la reforma constitucional de 2006 ha sido la de limitar sustantivamente el número de supuestos en que la aprobación de una ley federal requiere el asentimiento imprescindible del *Bundesrat*. A tal efecto, resultaba evidente que el primer precepto constitucional a modificar era el art. 84 GG, relativo a la ejecución de las leyes federales por parte de los *Länder* como asunto propio¹⁰⁵⁴, cuya redacción ha venido

¹⁰⁵⁴ Un estudio de la situación jurídico-constitucional de partida, de las negociaciones que condujeron finalmente a la reforma del 84.1 GG y de las consecuencias (previsiblemente) aparejadas a la misma, tanto desde la perspectiva de la Federación como de los *Länder*, respectivamente, en RÖTTGEN, N. / BOEHL, H.: "Abweichung statt Zustimmung – Die Re-Adjustierung des Verhältnisses von Bundestag und Bundesrat durch Änderung des Artikel 84 GG", pp. 17 ss., y RAUBER, K.: "Artikel 84 und das Ringen um die Verwaltungshoheit der Länder", pp. 36 ss., ambos en Holtschneider, Rainer / Schön, Walter (Ed.), *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007.

dando pábulo a una actuación prácticamente descontrolada por parte de la Federación, que se ha visto agravada por una jurisprudencia constitucional igualmente expansiva¹⁰⁵⁵, que ha sido la causa de más de la mitad de los supuestos de leyes federales necesitadas del asentimiento del Consejo Federal¹⁰⁵⁶.

En efecto, de conformidad con esta disposición, cuando los *Länder* ejecuten las leyes federales como asunto propio podrán también instituir las autoridades (organización administrativa de los *Länder*) y regular el procedimiento administrativo, “en la medida –y esto es lo verdaderamente significativo- en que las leyes federales, con el consentimiento del Consejo Federal, no determinen otra cosa”. La Federación, como se decía, en numerosos supuestos ha pretendido incluir en su ley disposiciones reguladoras de la organización y el procedimiento administrativo, algo que consideraba necesario para establecer una normativa completa y coherente de la materia objeto de regulación en cada caso. Esta pretensión, lógicamente, ha traído consigo la necesidad de que esos proyectos de ley hubieran de obtener el consentimiento del Consejo Federal para ser válidamente aprobados y, en concreto, no solo en lo que respecta a las disposiciones reguladoras de la organización y el procedimiento administrativo, sino, en base a la “tesis o teoría de la unidad” (“*Einheitsthese oder -theorie*”) de la norma mantenida por el Tribunal Constitucional¹⁰⁵⁷, en relación con la totalidad del proyecto de ley¹⁰⁵⁸.

A fin de atajar esta situación, en virtud de la nueva redacción del art. 84.1 GG, se mantiene la competencia general de los *Länder* para regular la organización de las autoridades y el procedimiento administrativo cuando se trate de la ejecución de leyes federales como asunto propio, si bien se admite ahora que las leyes federales puedan establecer otra cosa sin tener que contar en adelante ya con la aprobación del Consejo Federal. A cambio, se permite a los *Länder* aprobar a ese respecto

¹⁰⁵⁵ Véase el apartado B.3 del capítulo anterior.

¹⁰⁵⁶ Vid. GERMANN, M.: “Art. 84 GG...”, p. 182.

¹⁰⁵⁷ *BverfGE* 8, 274 (294 ss.); 24, 184 (195); 37, 363 (374 ss.); 55, 274 (319, 326 ss.).

¹⁰⁵⁸ Acerca de la posibilidad (no exenta de problemas) de superar esta tesis de la unidad, vid. MEYER, H.: *Die Föderalismusreform 2006...*, pp. 138 ss.

regulaciones divergentes de las federales, tal y como sucede en el ámbito del art. 72.3 GG. Esto no impedirá, sin embargo, que en el futuro la Federación pueda aprobar una nueva regulación de la organización de las autoridades y del procedimiento administrativo, si bien quedará sujeta a un límite muy concreto: tal regulación federal no podrá entrar en vigor antes de seis meses tras su publicación, “en la medida en que no sea determinada otra cosa con el asentimiento del Consejo Federal”. La razón de ser de este plazo mínimo de seis meses es la misma que la ya vista con anterioridad en relación con la legislación divergente de los *Länder*: dar un margen de tiempo suficiente a éstos para que puedan, si así lo desean, elaborar su propia normativa, a su vez divergente de la de la Federación¹⁰⁵⁹. No es necesario insistir de nuevo aquí en los problemas que una técnica legislativa de este calibre acarrea. Me remito a todo lo dicho más atrás en relación con la mencionada legislación divergente de los *Länder*, de la que, en realidad, esto no es sino una manifestación más¹⁰⁶⁰.

Sí merece ser destacado, sin embargo, que aunque la pretensión fundamental de esta reformulación del art. 84.1 GG es disminuir notablemente los casos en que la aprobación de una ley federal requiere el inexcusable asentimiento del Consejo Federal, se introduce curiosamente un nuevo supuesto en que tal aprobación resulta necesaria: cuando la Federación pretenda que su regulación entre en vigor antes de los seis meses desde su publicación se precisará el consentimiento del *Bundesrat*. Como es lógico, el número de casos que se pretenden reducir por la vía de la supresión del asentimiento del *Bundesrat* para la aprobación de las leyes federales que aspiren a regular la organización y el procedimiento administrativos, previsiblemente, no se verá ensombrecido por aquellos otros en que éste sea preciso porque la Federación quiera que su ley entre en vigor antes de los seis meses preceptivos, ahora bien, no deja de ser cuando menos curioso que se

¹⁰⁵⁹ Vid. KIRCHOF, F.: “Die Beeinflussung der Organisationsautonomie der Länder durch Gesetze des Bundes (Zur neuen Kompetenz des Bundes nach Art. 84 Abs. 1 und 104a Abs. 4 GG über die Einrichtung der Behörden und das Verfahren der Länder), en Pitschas, Rainer / Uhle, Arnd (Ed.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik* (Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag), Duncker&Humblot, Berlin, 2007, pp. 637 ss.

¹⁰⁶⁰ Véase el apartado D.1.c)

introduzca un nuevo supuesto en el que el Consejo Federal tiene en su mano determinar si una ley federal prospera o no, dado que el propósito de la reforma, como ya se ha señalado, pasaba por reducir todo lo posible el alcance de estos supuestos.

La remisión del art. 84.1 GG al art. 72.3 *in fine* GG, al establecer que lo dispuesto en él se aplicará aquí por analogía, es perfectamente coherente con esta técnica de la legislación divergente de los *Länder*. Recordemos que en ese precepto se establece, en la relación entre la ley federal y la de *Land*, la prevalencia de la norma ulterior sobre la anterior. La excepción que esta regla de la *lex posterior* supone frente a la general de competencia en la resolución de los eventuales conflictos normativos ya ha sido estudiada en el apartado correspondiente a la legislación concurrente. Lo allí dicho es igualmente aplicable a este respecto¹⁰⁶¹.

Por último, este mismo art. 84.1 GG establece que “[e]n casos excepcionales, la Federación, a causa de una necesidad especial de una regulación unitaria federal, puede regular el procedimiento administrativo sin que los *Länder* puedan establecer una regulación diferente”, si bien, en tales supuestos se prevé que esas leyes, para ser válidamente aprobadas, necesiten el asentimiento del Consejo Federal. Esta disposición constitucional presenta no pocas dificultades. En primer lugar, su aplicación únicamente está pensada para supuestos excepcionales, lo que, fundamentalmente, significa que en caso de duda sobre la existencia de “una necesidad especial de una regulación unitaria federal” se ha de optar por su negación, pues así lo demanda la hermenéutica de este precepto.

Por otro lado, la determinación de la presencia de esa “necesidad especial de una regulación unitaria federal”, condición habilitante para proceder a la regulación por parte de la Federación del procedimiento administrativo sin que los *Länder* tengan oportunidad de desviarse de ella, es una cuestión harto compleja, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado de difícil concreción. Tal “necesidad especial”

¹⁰⁶¹ Véanse los apartados D.1.b) y D.1.c)

existirá, en todo caso, cuando una regulación dispersa del procedimiento administrativo por parte de los *Länder* pueda poner en riesgo el cumplimiento del objeto o finalidad de la regulación federal. Obsérvese, no obstante, que en este punto la Constitución se refiere únicamente al “procedimiento administrativo”, lo que significa que, en ningún caso, podrá la Federación evitar que los *Länder* puedan desviarse de la eventual regulación que aquélla haya hecho de la “organización de las autoridades” (organización administrativa)¹⁰⁶². La razón de ser de esta diferenciación solo se puede entender si se parte de la premisa de que la intervención federal a este último respecto, dada su gravedad, puede ser, en todo caso, superada por los *Länder* por medio de una regulación divergente.

Lo que resulta más difícil de comprender es que la aprobación de las leyes federales que excepcionalmente regulen el procedimiento administrativo, sin que los *Länder* tengan posibilidad de aprobar al respecto una regulación divergente, requiera el asentimiento del Consejo Federal. Parece una contradicción que para la determinación de la existencia de una especial necesidad de la regulación federal unitaria sea imprescindible el voto favorable del Consejo Federal, en donde, como sabemos, se encuentran representados los Gobiernos de los *Länder*, cuya opinión mayoritaria no siempre resulta coincidente con la expresada por la Dieta Federal. Y es que, finalmente, puede suceder que lo que se consiga evitar con la primera previsión constitucional (que los *Länder* se puedan desviar de la normativa federal reguladora del procedimiento administrativo), en cierto modo, se vea neutralizado con la última (al permitir a los *Länder* que reúnan la mayoría suficiente en el *Bundesrat* evitar la adopción de esa medida).

La excepcional concurrencia de una necesidad especial que demande la existencia de una regulación federal unitaria es algo que, por razones de eficacia, debería corresponder en exclusiva a la Federación. Los límites de la excepcionalidad y de la necesidad especial deberían ser suficientes para evitar una actuación expansiva de

¹⁰⁶² Vid. GERMANN, M.: “Art. 84 GG...”, pp. 186 ss.

la Federación a este respecto. Añadir la exigencia del asentimiento favorable del *Bundesrat* puede resultar no solo excesivo, sino incluso contraproducente, pues no parece que este órgano constitucional, dada su composición, sea el más indicado para decidir cuándo concurre una necesidad especial de una regulación federal unitaria (de la que, por tanto, ningún *Land* pueda desviarse). En definitiva, no parece que tenga mucho sentido que los Gobiernos de los *Länder* en el Consejo Federal se autovinculen irremediabilmente de cara al futuro al dar su asentimiento a la aprobación de esas leyes federales que establecen una regulación uniforme del procedimiento administrativo y que excluyen la posibilidad de que los *Länder* dicten al respecto una normativa divergente, cuando podrían alcanzar el mismo resultado por la vía de la no intervención en cada caso concreto (sin quedar, sin embargo, vinculados pro futuro). Es previsible que quien puede conseguir el mismo resultado con un coste mucho menor no opte por pagar el precio más alto.

Al igual que en otros ámbitos, también aquí la reforma constitucional de 2006 ha introducido un régimen transitorio. De conformidad con el art. 125b.2 GG, “[l]os *Länder* pueden establecer regulaciones que se desvíen de las regulaciones legales federales que hayan sido dictadas con base en el artículo 84.1 en la redacción vigente hasta el 1 de septiembre de 2006; sin embargo, respecto de las regulaciones del procedimiento administrativo solo podrán hacerlo hasta el 31 de diciembre de 2008 cuando a partir del 1 de septiembre de 2006 hayan sido modificadas en la respectiva ley federal las regulaciones del procedimiento administrativo”.

Como se puede apreciar, la facultad de divergir de los *Länder* prevista en esta disposición transitoria establece una diferenciación temporal en función del campo material del art. 84.1 GG de que en cada caso se trate. Así, mientras que los *Länder* pueden desviarse de la regulación federal ya existente sobre la “organización de las autoridades” (“*Behördeneinrichtung*”) de manera inmediata, en el caso de las regulaciones federales relativas al “procedimiento administrativo” (“*Verwaltungsverfahren*”) se prevé un plazo transitorio, dentro del cual los *Länder*

solo podrán desviarse de ellas cuando la Federación haya modificado por sí misma la respectiva ley federal en este campo del derecho procesal administrativo¹⁰⁶³.

D.2.d) cc) 2.- La ejecución de las leyes federales por los *Länder* como asunto propio o por encomienda de la Federación (Art. 104a.4 GG)

Además de la reforma del art. 84.1 GG y su incidencia en la participación del Consejo Federal en la aprobación de las leyes federales, también se ha de hacer referencia, a este respecto, a la modificación del art. 104a.4 GG, de acuerdo con cuya nueva redacción

“Las leyes federales que den lugar a obligaciones de los Länder de producción de prestaciones monetarias, prestaciones evaluables económicamente o prestaciones de servicios equivalentes frente a terceros y que sean ejecutadas por los Länder como asunto propio o por encomienda de la Federación de acuerdo con el apartado 3 frase 2ª, precisan del asentimiento del Consejo Federal cuando de ello se deriven costes que tengan que ser soportados por los Länder”.

La importancia de esta modificación constitucional radica en que, en comparación con lo que sucedía con la regulación anterior de este precepto, a partir de ahora los supuestos de intervención del Consejo Federal se van a ver incrementados de manera muy notable, pues en adelante todas aquellas leyes federales que sean ejecutadas por los *Länder*, ya sea como asunto propio o por encomienda de la Federación, van a requerir el asentimiento del Consejo Federal, siempre que las mismas generen para los *Länder* algún tipo de coste (con independencia de su naturaleza: prestaciones económicas, en especie o de servicios equivalentes)¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶³ Vid. SCHWARZ, K-A.: “Der neue Art. 125b...”, pp. 64 ss.

¹⁰⁶⁴ Vid. KLUTH, W.: “Art. 104a GG [Verteilung der Ausgabenlast auf Bund und Länder]”, en Kluth, Winfried (Ed.), *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 233 ss.

En efecto, de acuerdo con la normativa anterior (antiguo art. 104a.3 GG), la intervención del Consejo Federal solo estaba prevista respecto de las prestaciones económicas (quedaban, por tanto, excluidas aquéllas que fueran en especie o de servicios equivalentes) y siempre y cuando las mismas, a soportar por los *Länder*, superaran una cuarta parte de los costes totales.

La nueva regulación, hasta cierto punto, resulta comprensible, ya que, en principio, la adopción de toda medida federal que signifique una carga económica para los *Länder* debería contar con el consentimiento de éstos, si no directo, sí, al menos, el que se manifiesta conjuntamente y de manera unitaria por medio del Consejo Federal, pues lo contrario supondría una disociación entre competencia y financiación que, más allá de los problemas de aplicación y eficacia que acarree, diluye por completo la cuestión, esencial en un Estado democrático de derecho, de la responsabilidad por la toma de decisiones. Ahora bien, sentado este principio con carácter general, tampoco se puede desconocer que en el régimen jurídico-constitucional de la República Federal de Alemania los protagonistas casi absolutos de la función ejecutiva y administrativa son los *Länder*, hasta el punto de que a ellos les corresponde no solo –y como es, por otra parte, lógico– la ejecución de sus propias leyes, sino también la ejecución de las leyes federales como asunto propio, en tanto en cuanto la Ley Fundamental no disponga o permita otra cosa. Así lo prevé expresamente el art. 83 GG.

Siendo esto así, parecería razonable que aquellas leyes federales que generasen determinados gastos en especie para los *Länder* (como, por ejemplo, el empleo de determinado personal a su servicio o el uso de alguna de sus instalaciones, móviles o inmuebles) no tuviesen por qué pasar por el tantas veces costoso y complejo prurito de la aprobación del Consejo Federal, ya que iría de suyo que, si no todos, sí al menos algunos de esos pagos en especie (como los ejemplificados) formasen parte de los que una Administración pública, a la que la propia Constitución le atribuye universalmente, excepciones al margen, la función ejecutiva, debe asumir. Sea como fuere, no ha sido ésta la opción por la que se ha decidido el reformador

constitucional en 2006. Y a ello nos hemos de atener, de modo que de acuerdo con el nuevo art. 104a.4 GG toda aquella ley federal que sea ejecutada por los *Länder*, como asunto propio o por encomienda, y que genere para estos gastos de ejecución, sea cual sea su importe y su tipo (pecuniario o en especie), precisará a partir de este momento el asentimiento del Consejo Federal.

Como ya se advirtió, es previsible que esta nueva regulación provoque un incremento considerable de la intervención del *Bundesrat* en la aprobación de la legislación federal. Consecuencia ésta que en el caso de las prestaciones no pecuniarias o en especie tiene una especial relevancia, pues las mismas, a diferencia de lo que sucede con las de carácter monetario, no podrán ser asumidas en parte o en su totalidad por la Federación, ya que de acuerdo con el apartado 2 del art. 104a GG la ley federal no está facultada para determinar una cosa así, al hacer referencia este precepto únicamente a las prestaciones monetarias (*Geldleistungen*). En consecuencia, esta limitación viene, si cabe, a agravar aún más la situación y previsiblemente, como ya se ha señalado, va a dar lugar a una intervención del Consejo Federal mucho más activa de la que venía siendo habitual hasta la reforma constitucional, de manera que lo que se ha pretendido sacar por la puerta de la reforma del art. 84.1 GG se nos puede acabar colando por la ventana del art. 104a.4 GG, también reformado en el mismo momento y –cabe imaginar–siguiendo el mismo propósito, cual era, no lo olvidemos, reducir considerablemente el número de casos en que el *Bundesrat* ha de otorgar su asentimiento inexcusable a la aprobación de las leyes federales, a fin de evitar situaciones de bloqueo o de difícil negociación entre Federación y *Länder* (o, más bien, entre los partidos de gobierno a nivel federal y a nivel de *Land* de distinta orientación política)¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶⁵ Vid. KLUTH, W.: “Art. 104a GG...”, p. 241, quien también llama la atención sobre este efecto contradictorio. De otra opinión, SCHÖN, W.: “Kostenfolgen von Bundesgesetzen”, en Holtschneider, Rainer / Schön, Walter (Ed.), *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007, pp. 86 ss.

Por último, en relación con los derechos de participación del Consejo Federal se ha de señalar aquí críticamente el hecho de que las regulaciones previstas en los arts. 80.2, 85.1 y 105.3 GG no se hayan visto adaptadas a la nueva previsión constitucional del art. 84.1 GG estudiada con anterioridad¹⁰⁶⁶, lo que, además de no resolver algunas cuestiones de dudosa interpretación constitucional, tampoco va a traer consigo, en consecuencia, ninguna reducción de los mencionados derechos de participación del *Bundesrat* en los siguientes ámbitos:

- la aprobación de normas federales de carácter reglamentario, cuya base jurídica entronque con leyes federales necesitadas del asentimiento del Consejo Federal o de cuya ejecución se hayan de encargar los *Länder* por encomienda de la Federación o como asunto propio, precisan el asentimiento del Consejo Federal (art. 80.2 GG);

- en el caso de la ejecución por parte de los *Länder* de las leyes federales por encomienda de la Federación es necesario el voto favorable del *Bundesrat* cuando aquélla (la Federación) pretenda organizar las autoridades de los *Länder* (art. 85.1 GG); el problema es que no se hace mención expresa alguna a la regulación del procedimiento administrativo, lo que hasta la fecha ha venido siendo interpretado por el Tribunal Constitucional Federal como “un error de redacción”, entendiéndose, por tanto, que también la regulación del procedimiento administrativo por las leyes federales precisa del asentimiento del Consejo Federal; y

- la aprobación de leyes federales sobre impuestos cuyos ingresos correspondan total o parcialmente a los *Länder* o a los municipios (o agrupaciones de municipios) también precisa del voto favorable del Consejo Federal (art. 105.3 GG), lo que supone, después del art. 84.1 GG, el motivo más importante de intervención de este órgano constitucional de representación de (los Gobiernos de) los *Länder* en la aprobación de la legislación federal.

¹⁰⁶⁶ Vid. OETER, S. / WOLFF, J.: La posición del Bundesrat..., pp. 16 ss.

D.2.d) dd) Otras tareas

Además de la participación en la legislación y administración federal y en los asuntos relacionados con la Unión Europea, el Consejo Federal ejerce otras muchas tareas que van desde los derechos especiales de participación en los casos de situaciones de crisis exterior o interior hasta el ejercicio de diferentes derechos de nombramiento y nominación de altos cargos públicos, pasando por otras funciones de carácter gubernativo, entendidas en sentido amplio.

Así, en relación con los supuestos de excepción interior (catástrofes naturales o peligros que amenacen la existencia de un *Land* o su orden fundamental democrático de libertades), corresponde al Consejo Federal, sobre todo, ejercer derechos de control y defensa, estando incluso facultado para exigir al Gobierno Federal que concluya la intervención de las fuerzas de orden público cuando considere que ya no existe ninguna necesidad de que continúe en vigor el estado de excepción (art. 35.3 GG).

En caso de emergencia exterior, la declaración del estado de defensa solo puede llevarse a cabo con el asentimiento del Consejo Federal, ostentando asimismo éste importantes derechos de participación en las facultades legislativas ampliadas de la Federación. A tal efecto, puede demandar de la Dieta Federal que declare el fin del estado de emergencia o declararlo el mismo en colaboración con ésta¹⁰⁶⁷.

Por lo que se refiere a los derechos de nombramiento o nominación, es tarea del *Bundesrat* designar a la mitad de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal (art. 94.1 GG)¹⁰⁶⁸. Igualmente, le corresponde en numerosos supuestos ejercer los

¹⁰⁶⁷ En general, sobre este tema, véanse los arts. 115a a 115l GG.

¹⁰⁶⁸ En este sentido, merece ser también destacado que el Consejo Federal puede ser parte en muchos de los procedimientos que se sustancian ante el Tribunal Constitucional Federal.

derechos de participación en la provisión de puestos en la función pública, consejos de administración, consejos asesores, comisiones especializadas y otros organismos públicos. Así, por ejemplo, el nombramiento del Fiscal General Federal y de los Fiscales Federales no puede llevarse a cabo sin el asentimiento del Consejo Federal. De igual modo, los derechos de nominación alcanzan también al Consejo de Planificación Financiera, a los Consejos de Radio-Televisión de la Onda Alemana y de la Radio Alemana, así como al Consejo Asesor de las autoridades reguladoras de Telecomunicaciones y Correos¹⁰⁶⁹.

Respecto de su relación con el Gobierno Federal, el *Bundesrat* tiene derecho a exigir a los miembros de aquél que asistan a sus debates y comisiones; asimismo, el Gobierno Federal tiene el deber de mantener oportunamente informado al Consejo Federal acerca de la gestión de los asuntos públicos (art. 53 GG).

El *Bundesrat* ostenta también determinadas facultades en materia presupuestaria (art. 110.3 GG) y de control y rendición de cuentas (art. 114 GG), así como en el terreno de la coerción federal (art. 37 GG) y del control o supervisión federal (art. 84.2 GG). A través de esta última, el Gobierno Federal controla si los *Länder* ejecutan las leyes federales conforme al derecho vigente. De no suceder así, el *Bundesrat*, a instancias del Gobierno Federal o del *Land* que se vea afectado por ese incumplimiento, decidirá si el *Land* en cuestión efectivamente ha actuado de manera contraria a derecho (art. 84.3 y 4 GG).

Por lo que se refiere al recurso extremo de la coerción federal, previsto en el art. 37 GG para el caso de que un *Land* no haga frente a las obligaciones que federalmente le vienen impuestas por la Ley Fundamental o por una ley federal, es

¹⁰⁶⁹ Quizás, a este respecto, resulte curioso que pese a su generosa capacidad para intervenir en el nombramiento de altos cargos del Estado, sin embargo, no participe en el nombramiento del Presidente Federal, a quien, por otra parte, y como sabemos ya, sustituirá, en caso de que sea preciso, el Presidente del *Bundesrat*. Y es que en este caso, de acuerdo con el art. 54.1 y 3 GG, el Presidente Federal es elegido por la Asamblea Federal, compuesta de los miembros del *Bundestag* y de un número igual de miembros elegidos, de acuerdo con el criterio de proporcionalidad, por las representaciones populares de los *Länder*. Vid. LÓPEZ CASTILLO, A.: "El Consejo...", p. 333.

al Gobierno Federal al que le corresponde adoptar las medidas necesarias para obligar a ese *Land* al cumplimiento de dichos deberes por vía coactiva, si bien, en tal supuesto, precisará necesariamente del asentimiento del Consejo Federal.

En el terreno, asimismo extremo, de los peligros que supongan una amenaza para la existencia del régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land*, el art. 91.1 GG faculta a cada *Land* a demandar el concurso de fuerzas policiales de otros *Länder*, así como personal e instituciones de otras administraciones y del Servicio Federal de Protección de las Fronteras. De acuerdo con el apartado 2 de este art. 91 GG, en caso de que el *Land* amenazado por el peligro no estuviera por sí mismo dispuesto o en condiciones de combatirlo, el Gobierno Federal podrá tomar bajo su mando la policía de dicho *Land* y las fuerzas policiales de otros *Länder*, así como movilizar unidades del Servicio Federal de Protección de las Fronteras. No obstante, esta decisión habrá de ser revocada una vez haya desaparecido tal peligro o en cualquier momento en que así lo exija el Consejo Federal. Si el peligro se extendiere más allá del territorio de un *Land*, el Gobierno Federal podrá impartir instrucciones a los Gobiernos de los *Länder* en tanto que así lo requiera un combate efectivo de dicho peligro; en todo caso, también en este último supuesto la decisión habrá de ser revocada en cuanto acabe esa amenaza o cuando así lo pida el *Bundesrat*.

Cuando concurrieren las circunstancias a que hace referencia este art. 91.2 GG, y en el supuesto de que para controlar la situación de amenaza no fuera suficiente con movilizar a la policía y al Servicio Federal de Fronteras, el Gobierno Federal está facultado, de acuerdo con el art. 87a.4 GG, a recurrir a las Fuerzas Armadas para proteger objetivos civiles y para luchar contra levantamientos organizados y militarmente armados. También en este caso, la actuación de las Fuerzas Armadas habrá de cesar cuando así lo decidan el *Bundestag* o el *Bundesrat*.

D.2.e) Conclusión provisional

En el ordenamiento jurídico-constitucional alemán están previstas muchas formas de participación o intervención de los *Länder* en la formación de la voluntad federal, entre las que cabe destacar la participación de los delegados de los *Länder* en la Asamblea federal y en la elección por ésta del Presidente federal (art. 54.3 GG); la participación, en un tercio, de los ministros de *Land* en la Comisión Conjunta (art. 53a GG), que, en caso de defensa, asume el poder de legislar; la participación de los ministros de *Land* en la Comisión de selección de jueces federales (art. 95.2 GG); etc.

Además, existe un considerable número de asambleas, conferencias y consejos, más o menos institucionalizados, previstos en la Ley Fundamental o en leyes federales, integrados por miembros de los gobiernos y de las administraciones central y de los *Länder*, que llevan a efecto labores de concertación política (Conferencia del Canciller Federal y de los Jefes de Gobierno de los *Länder*, Conferencias de Ministros de ramo, Consejo de Planificación Financiera, etc.).

Junto a todos ellos destaca, sin embargo, por su relevancia constitucional y peso político específico, el Consejo Federal o *Bundesrat*, que cumple una función de mediación entre la Federación y los *Länder* de gran importancia, sobre todo, teniendo en cuenta las estrechas vinculaciones que existen entre las competencias de aquélla y de éstos. Y es que aunque en un sistema territorialmente descentralizado, como lo es el alemán, el reparto y la delimitación de las competencias entre el Estado central y los Estados miembros constituya la mejor garantía de la cualidad estatal de todos ellos y, por ende, del buen funcionamiento del complejo institucional, no se puede ignorar que las conexiones entre las tareas públicas que corresponde ejercer a las distintas partes integrantes de la relación federativa demanda mecanismos de cooperación o colaboración y, en su caso, coordinación, que procuren un desarrollo armónico de la actividad pública.

En este sentido, el Consejo Federal alemán desempeña una función de gran trascendencia para facilitar la integración de las diversas posiciones políticas, tanto a nivel federal como de *Land*, propias de un Estado compuesto que, precisamente por ello, es también complejo. Heredero del viejo *Bundesrath* de 1871 y del *Reichsrat* de 1919, el Consejo Federal configurado por la Ley Fundamental de 1949 es también un órgano constitucional *sui generis*, no una mera segunda cámara legislativa, en el que predominan los rasgos unitarios. Algo que se ha visto acentuado como consecuencia del indudable protagonismo que los partidos políticos han ido ocupando en la vida pública y que ha llevado con frecuencia a que sus intereses, cuando se trata de partidos de ámbito nacional, primen sobre los propios de los entes territoriales, que, sin embargo, son, no lo olvidemos, los que se encuentran representados en el *Bundesrat*.

Precisamente ese peso preponderante de la política partidista ha hecho que el Consejo Federal haya sido utilizado, en numerosas ocasiones, como instrumento de desgaste o al servicio de la oposición a la acción política del Gobierno Federal (y de su correspondiente mayoría parlamentaria en el *Bundestag*). Lo que se ha visto fuertemente favorecido por el hecho de que muchas de las leyes federales necesiten, para poder ser válidamente aprobadas, el asentimiento inexcusable del *Bundesrat*. Precisamente, ésta fue una de las razones principales que motivaron, como sabemos, la reforma constitucional de 2006 del federalismo alemán. Con ella, entre otras cosas, uno de los objetivos primordiales que se perseguía radicaba, precisamente, en devolver una mayor autonomía al Parlamento federal, a fin de que pudiese legislar en más campos materiales sin estar sujeto a la aprobación del Consejo Federal.

Pues bien, pese a estas disfunciones, parece de justicia reconocer que en estos sesenta años de vida el *Bundesrat* se ha consolidado como un órgano constitucional que cumple una decisiva función de integración de los intereses de los *Länder* en la acción política del Estado global, favoreciendo la negociación de las distintas posturas y, lo que no es irrelevante en democracia, el debate público de las mismas.

Que se encuentre integrado por miembros de los gobiernos de los *Länder* tampoco es una característica insustancial del mismo. Más bien constituye uno de sus rasgos definitorios.

Desde luego, desde la perspectiva del principio democrático esa composición lo sitúa en una posición claramente subordinada a la cámara de representación popular propiamente dicha, la Dieta o Parlamento Federal, lo que vendría a justificar las críticas de que es objeto con motivo de su importante (muchas veces, decisiva) participación en el procedimiento legislativo.

Sin embargo, desde otro punto de vista, tales objeciones deben verse matizadas o, al menos, enmarcadas en un plano de comprensión más amplio que atienda no solo al diseño teórico de las instituciones, sino también a su real funcionamiento. Y es que ampararse en la fuerte legitimación democrática del *Bundestag* para poner en cuestión la debilidad de la misma en el *Bundesrat*, derivando de ahí consecuencias directas sobre cómo y en qué medida cada uno de estos órganos constitucionales debería de participar en la labor legislativa, no deja de ser un ejercicio bienintencionado de ingenuidad política. A nadie se le escapa que en las llamadas “democracias de partido” son precisamente éstos, los partidos políticos, los que ejercen un control férreo y casi absoluto de las decisiones que adoptan los agentes políticos institucionalizados, llámense, en Alemania, diputados de la Dieta Federal o miembros del *Bundesrat*. Es ésta una cuestión sobradamente conocida y de la que seguramente deberíamos ocuparnos con más insistencia, pues en ella nos jugamos mucho.

La “desparlamentarización” (“*Entparlamentarisierung*”), si se me permite utilizar el vocablo, ciertamente no muy ortodoxo pero sí muy descriptivo, de que está siendo objeto la vida política en las democracias occidentales, y Alemania no es una excepción, merece, en efecto, una reflexión detenida. Mientras tanto, parece honesto reconocer que la fuerza de los hechos se impone. Los gobiernos (sea el federal, sean los de los *Länder*), indudablemente se encuentran menos legitimados

democráticamente que los parlamentos. Sin embargo, lo cierto es que éstos, o la mayoría dentro de éstos, responden, casi inexorablemente, a los dictados provenientes del gobierno de turno, partido político mediante. Aunque la *boutade* sea merecedora de reproches (y de muchas matizaciones), no puedo dejar de decirlo: son los gobiernos los que controlan los parlamentos (en condiciones de normalidad política). A nuestros alumnos de primero de Derecho les explicamos lo contrario y, reconozcámoslo, algunos (normalmente los mejor informados) esbozan sonrisas de escepticismo. Y la verdad es que el tema no tiene mucha gracia, pues, en último término, y sin intención alguna de ponernos solemnes, estamos jugando con el corazón mismo de la democracia.

En todo caso, como decía, y por concluir ya con este epígrafe, que el *Bundesrat* alemán, objeto de atención en estas páginas, se encuentre compuesto por sesenta y nueve miembros provenientes de los gobiernos de los dieciséis *Länder* alemanes, más allá de las críticas a su débil legitimación democrática, es una muestra de cómo el constituyente alemán, en un ejercicio de realismo y pragmatismo políticos, colocó a los actores que ejercen auténtico poder público en los respectivos *Länder* en el centro mismo de la toma de decisiones a nivel federal. Podrá gustarnos más o menos, y podremos seguir criticándolo refugiados en los argumentos, siempre muy decorosos, que apelan a la legitimación democrática, pero lo que no podremos negar es que responde, sin rodeos, a una realidad política muy asentada y sobre la que, insisto, habremos de seguir reflexionando, si es que no queremos llevarnos, algún día, una sorpresa. Empieza a urgir, en efecto, la apertura de un debate focalizado en eso que, de nuevo, de manera un tanto heterodoxa, podemos llamar “reparlamentarización” de la vida pública.

Por lo que se refiere a la reforma constitucional de 2006, a la vista de las modificaciones constitucionales habidas y de las normas asimismo constitucionales con incidencia sobre la participación imprescindible del *Bundesrat* en la legislación federal que no han sido modificadas, cabe concluir, aunque sea de manera provisional, que la misma no ha conseguido alcanzar plenamente uno de los

propósitos que se proponía: reducir sustancialmente la influencia de los *Länder* vía Consejo Federal en la actividad legislativa de la Federación. En consecuencia, la tantas veces denunciada imbricación política (*Politikverflechtung*), causa de la dispersión de las responsabilidades públicas en la República Federal de Alemania, y, a la postre, una de las razones últimas de la desafección ciudadana de la política y de sus protagonistas principales, no parece haberse atajado acertadamente con esta modificación constitucional. En tal sentido, la valoración de la misma no puede ser muy favorable¹⁰⁷⁰.

D.3.- Unión Europea

Otra de las grandes preocupaciones de quienes se encargaron de preparar la reforma de la Ley Fundamental de Bonn radicaba en la manera de mejorar la “idoneidad europea” (*Europatauglichkeit*) de la Ley Fundamental¹⁰⁷¹ y, más en concreto, en el modo de hacer compatible una intervención más ágil y eficaz de Alemania, en tanto que Estado miembro de la Unión Europea, en los procesos de toma de decisiones a nivel comunitario, con una adecuada participación de los *Länder* en los mismos cuando las materias a tratar incidieran de algún modo en su esfera competencial¹⁰⁷². Al tiempo, resultaba preciso delimitar con mayor nitidez la responsabilidad tanto de la Federación como de los *Länder* frente a una incorrecta o extemporánea aplicación o transposición del derecho comunitario que, en su caso, conllevara algún tipo de sanción pecuniaria. Pues bien, tomando como base de

¹⁰⁷⁰ Vid. DECKER, F.: “Mehr Asymmetrie...”, p. 220, quien también manifiesta su contrariedad porque con la reforma constitucional de 2006 no se haya conseguido deshacer buena parte de las imbricaciones o enmarañamientos políticos existentes entre la Federación y los *Länder*, como consecuencia de la incapacidad para establecer una estricta separación de las esferas de actuación de una y de los otros.

¹⁰⁷¹ Vid. HUBER, P. M.: “Der Beitrag der Föderalismusreform zur Europatauglichkeit des Grundgesetzes”, ZG, 4, 2006, pp. 354 ss.

¹⁰⁷² Vid. MÜLLER-GRAFF, P.-C.: “Die Europatauglichkeit der grundgesetzlichen Föderalismusreform”, en Pitschas, Rainer / Uhle, Arnd (Ed.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik* (Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag), Duncker&Humblot, Berlin, 2007, pp. 705 ss.; EPPLER, A.: “Föderalismusreform und Europapolitik”, APuZ 50/2006, pp. 18 ss. Véase, asimismo, el apartado D.2 del capítulo anterior.

partida estas premisas, y como veremos acto seguido, no se puede decir que la reforma constitucional a este respecto haya supuesto un avance muy significativo.

D.3.a) La participación de los Länder en la creación del derecho europeo (la llamada “fase ascendente”)

D.3.a) aa) Artículo 23.6 GG

La modificación del denominado “Artículo sobre Europa” (“*Europa-Artikel*”) de la Ley Fundamental (art. 23 GG), ha afectado únicamente a su apartado 6, y, además, en una pequeña medida¹⁰⁷³. Por un lado, se han circunscrito las materias objeto de la legislación exclusiva de los *Länder* cuya afectación en el proceso comunitario de adopción de decisiones requerirá la intervención de éstos a aquellas relativas a “la enseñanza, la cultura o la radiodifusión”. Por el otro, se ha acentuado tal intervención de los *Länder*, dado que a partir de ahora la Federación tendrá la obligación de transferir a un representante de éstos, nombrado por el Consejo Federal, “el ejercicio de los derechos que le correspondan a la República Federal de Alemania como Estado miembro de la Unión Europea”¹⁰⁷⁴.

Como se puede apreciar, de nuevo se ha intentado aquí llevar a efecto un reequilibrio entre los poderes federales y los de los *Länder*. Así, mientras que, por una parte, se ha limitado la intervención de éstos en el proceso comunitario a aquellos terrenos que, en sentido amplio, tienen que ver con su llamada “soberanía cultural”, en tanto que núcleo duro e irreductible de su ámbito competencial, por la otra, sin embargo, se ha pretendido establecer no una facultad, como sucedía con anterioridad, sino una obligación para la Federación de transferir a un representante de los *Länder* la defensa de los intereses de toda la República Federal ante las instituciones comunitarias a ese respecto. El recorte material se pretende

¹⁰⁷³ Vid. MEYER, H.: *Die Föderalismusreform 2006...*, pp. 362 ss.

¹⁰⁷⁴ Vid. CLASSEN, C. D.: “Hauptstadtfrage und Verbesserung der Europatauglichkeit”, en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007, pp. 104 ss.

compensar, por consiguiente, con el reforzamiento de la obligación de la Federación de transferir al representante de los *Länder* el ejercicio de los derechos de representación del conjunto del Estado alemán ante la Unión Europea¹⁰⁷⁵.

Con esta fórmula, que no altera sustancialmente la vigente hasta el momento de entrada en vigor de la reforma constitucional de 2006, se pretende satisfacer la lógica exigencia de los *Länder* de ver garantizada su participación en los procesos de creación del derecho comunitario (la llamada fase ascendente), en tanto que por medio de ellos se lleve a efecto una incidencia o alteración (pérdida parcial, por lo general) de su ámbito competencial más propio y característico (educación y cultura). Al mismo tiempo, se ha buscado incrementar el margen de actuación de la Federación a nivel europeo, al librar a ésta del deber, ciertamente excusable, aunque no por ello menos costoso desde un punto de vista político, de transferir a los *Länder* el ejercicio de tales derechos de representación cuando se viera afectada cualquier materia de su competencia (lo que solía ocurrir con suma frecuencia, dada la consabida cercanía entre materias y, por ende, competencias). En todo caso, con esta modificación constitucional, lo que permanece inalterado es el papel que, al menos desde un punto de vista cualitativo, desempeña aquí el Consejo Federal, al ser el responsable último de la designación en cada caso del representante de los *Länder*. No obstante, es cierto que, desde una variable cuantitativa, el hecho de que se limite ahora por razón de la materia el número de supuestos en que tal designación se ha de realizar, presumiblemente va a provocar una disminución de la actividad del *Bundesrat* en este sentido.

De igual forma, tampoco se ha visto modificada la previsión constitucional de este mismo art. 23.6 GG en virtud de la cual el ejercicio por parte del representante de los *Länder* de los mencionados derechos de representación ha de realizarse en

¹⁰⁷⁵ Sobre los problemas jurídico-constitucionales que puede plantear esta nueva regulación, en tanto en cuanto la responsabilidad política del ministro de *Land* que se envíe a Europa no queda bien definida desde un punto de vista parlamentario, vid. KLUTH, W.: "Art. 23 GG [Europäische Union]", en Kluth, Winfried [Ed.], *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 95 ss.

coordinación con el Gobierno Federal, requisito perfectamente coherente con la siguiente y última previsión de este precepto constitucional, según la cual “a este respecto, queda garantizada la responsabilidad de la Federación por el conjunto del Estado”. En definitiva, quien responde en último término frente a las autoridades comunitarias ha de poder participar también en el ejercicio de los derechos de representación ante las mismas que eventualmente den lugar a esa responsabilidad. Con todo, como veremos enseguida, esta previsión requeriría, tal vez, ser matizada a tenor del nuevo reparto de cargas que, a nivel interno, se ha introducido con la reforma constitucional de la que nos venimos ocupando, pues ya no solo va a ser la Federación la que tenga que hacerse cargo de las mismas si se produjera un incumplimiento o infracción del derecho comunitario que las motivase, sino también los *Länder*, en función de su grado de participación.

D.3.a) bb) Artículo 52.3a GG

Aún en el marco de esta conocida como fase ascendente de creación del derecho comunitario, se ha de hacer referencia también a la modificación del apartado 3a del art. 52 GG. Este precepto, que prevé la constitución por parte del Consejo Federal de una Cámara de Asuntos Europeos, “cuyos acuerdos serán válidos en tanto que acuerdos del Consejo Federal”, se ha visto alterado en relación con las remisiones que el mismo establecía a los apartados 2 y 3 del art. 51 GG, de forma que, de acuerdo con la nueva regulación, desaparece directamente la remisión a este último apartado 3, lo que significa que en adelante los votos no tienen por qué ser emitidos por miembros del *Bundesrat* que estén físicamente presentes en la correspondiente sesión de esta Comisión, sino que podrán enviarse, incluso, por escrito, en ausencia de la correspondiente deliberación. La razón última de esta medida, como ya se habrá adivinado, no es otra que dotar de mayor agilidad y flexibilidad al procedimiento de adopción de decisiones por parte del Consejo Federal a través de

esta Cámara de Asuntos Europeos en lo relativo a las cuestiones comunitarias¹⁰⁷⁶. En todo caso, lo que sí permanece vigente es la obligación de que el número de votos que corresponda a cada *Land*, de acuerdo con las previsiones del art. 51.2 GG, haya de ser emitido de manera unitaria, imposibilitándose, por tanto, dividir en dos sentidos diferentes los votos de un mismo *Land*¹⁰⁷⁷.

Al margen de otro tipo de consideraciones en relación con el no siempre efectivo funcionamiento del Consejo Federal, esta reforma constitucional del art. 52.3a GG pone, cuando menos, de manifiesto algo que no por conocido resulta menos complejo, a saber: que este órgano constitucional, pese al importante (decisivo, muchas veces) papel que juega en la función legislativa a nivel federal no es, estrictamente hablando, un órgano legislador equiparable a la Dieta o Parlamento Federal. El hecho mismo de que los miembros que lo integran sean representantes de los Gobiernos de los *Länder*, carentes, por tanto, de la legitimación directa de que gozan los diputados presentes en la Dieta Federal, es buena muestra de ello. Ahora bien, aun siendo esto así, no deja de ser menos verdad que precisamente por ese trascendental rol que tienen constitucionalmente atribuido en la función legislativa, resulta coherente que las decisiones que el mismo tome vengán precedidas de deliberaciones similares a las que tienen lugar en la auténtica Cámara de representación popular, el Parlamento, confrontando argumentos y diferentes puntos de vista. De ahí que resulte difícil aceptar sin más la corrección de esta modificación constitucional en virtud de la cual se permite que en adelante los *Länder* emitan su voto por correo, obviando toda deliberación previa, en la referida Cámara de Asuntos Europeos.

Aunque, bien visto, seguramente el problema no esté tanto en esta modificación constitucional, sobre la que más adelante se hará alguna reflexión más detenida, como en la propia existencia de esta Cámara de Asuntos Europeos, que, más allá

¹⁰⁷⁶ Vid. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J.: El federalismo alemán ante la integración europea, *ReDCE*, 6, 2006 (*La reforma del federalismo alemán*), p. 214.

¹⁰⁷⁷ Sobre esta problemática de la división del voto en el seno del *Bundesrat*, véase el apartado D.5 del capítulo anterior.

de su constitucionalidad, llama poderosamente la atención, pues, en último término, su reducida composición viene a deslegitimar en buena medida la composición más amplia del Consejo Federal. Cabría preguntarse, en efecto, para qué se quiere un Consejo Federal como el previsto en la Ley Fundamental, con toda su complejidad, si se admite que en asuntos de tanta importancia como los europeos el protagonismo en la toma de decisiones, al margen de la Dieta Federal, le pueda corresponder a una Cámara de composición paritaria capaz de adoptar resoluciones que tengan el valor de acuerdos del Consejo Federal.

En conclusión, se puede sostener aquí que la respuesta ofrecida en su momento a la preocupación de cómo dotar de mayor flexibilidad y agilidad al proceso de adopción de decisiones sobre asuntos europeos por parte del *Bundesrat*, sin poner ahora en cuestión su valor desde el punto de vista de la eficacia, sí merece ser cuestionada desde otra perspectiva. En concreto, con la misma queda en entredicho la virtualidad del propio Consejo Federal o, al menos, de su composición y funcionamiento. Y es que, como se decía, si una Cámara de composición paritaria reducida de miembros del Consejo Federal puede adoptar decisiones en lugar de éste respecto de asuntos tan trascendentales como los europeos, en los que, en ocasiones, lo que está en juego es la propia distribución y delimitación de competencias internas, ¿qué justifica que respecto de otros ámbitos materiales, tal vez no tan importantes, tenga que seguir siendo el propio Consejo Federal el que adopte los acuerdos?

Enlazando de nuevo con la modificación constitucional del art. 52.3a GG de la que nos venimos ocupando en este apartado, y como se adelantaba unas líneas más arriba, la misma, sin pretender justificarla, en realidad, no ha hecho más que seguir una senda que ya había sido abierta. En efecto, al permitir que en la mencionada Cámara de Asuntos Europeos se pueda votar por correo, obviando toda deliberación previa, el reformador de la Ley Fundamental no ha hecho más que dar un nuevo golpe de tuerca a la desfiguración del Consejo Federal en tanto que órgano constitucional partícipe de la función legislativa. Ya se decía con anterioridad: el

Consejo Federal no es un órgano legislador, como lo es la Dieta Federal, sino un órgano de representación de los (Gobiernos de los) *Länder* que cumple una importante función en la tarea legislativa.

Que los votos que correspondan a cada *Land* hayan de ser emitidos de manera unitaria o en bloque, como dispone el apartado 3 del art. 52 GG, no pudiéndose tomar en consideración aquellos votos de un *Land* que sean emitidos en sentido contradictorio¹⁰⁷⁸, como tuvo ocasión de recordar el Tribunal Constitucional Federal a propósito de la votación acaecida en el *Bundesrat* el 22 de marzo de 2002 acerca de la conocida como Ley de inmigración¹⁰⁷⁹, aprobada finalmente el 20 de junio de 2002, es bien indicativo de la naturaleza de este órgano constitucional, en el que no se encuentran directamente representados los ciudadanos, como es lo propio de una Cámara legislativa en un Estado democrático, sino los Gobiernos de los *Länder*. Ahora bien, el hecho de que en el seno del *Bundesrat* no se encuentre únicamente

¹⁰⁷⁸ En efecto, según el vigente art. 52.3 GG “[e]l Consejo Federal adopta sus acuerdos al menos por mayoría de sus votos”, lo que conlleva, ante la necesidad de que los votos de un *Land* sean emitidos de manera unitaria (art. 51.3 GG), que haya que reunir mayoría absoluta de votos para poder tomar la decisión en cuestión. Esto, en realidad, significa valorar la abstención de un *Land*, consecuencia de los votos contradictorios emitidos por los representantes del mismo en el *Bundesrat*, como votos negativos. Algo que no deja de plantear problemas jurídico-políticos de cierto calado, que ya fueron objeto de discusión durante los trabajos de la *Comisión sobre el Federalismo I*, y que han vuelto a ser puestos sobre el tapete del debate político en la *Comisión para la modernización de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder*, por parte del Presidente adjunto del Grupo parlamentario del SPD, Fritz Rudolf Körper, y del Ministro Federal de Interior, Wolfgang Schäuble, quienes apuestan por entender que esos votos contradictorios de un *Land* en el Consejo Federal no sean considerados votos negativos, sino meras abstenciones, de modo que ya no sea preciso reunir mayoría absoluta de votos en el *Bundesrat* (actualmente 35 sobre 69) para poder adoptar la decisión de que en cada caso se trate.

Está por ver si finalmente esta propuesta saldrá en algún momento adelante, pero las reacciones habidas hasta el momento no parecen augurarle mucho futuro. Vid. la propuesta referida en: Schreiben Fritz Rudolf Körper, MdB und Bundesminister des Innern, Dr. Wolfgang Schäuble, MdB, zur Einführung der relativen Mehrheit für Abstimmungen im Bundesrat (19. November 2008) (Kdruck.151): <http://www.bundestag.de/parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs151.pdf>; y las inmediatas reacciones que la misma ha despertado en contra en: Schreiben von Bodo Ramelow, MdB zum Vorschlag von Wolfgang Schäuble und Fritz Rudolf Körper zur Änderung des Grundgesetzes (Kommissionsdrucksache 151) (Kdruck. 152 – 01. Dezember 2008): <http://www.bundestag.de/parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs152.pdf>; y Schreiben von Ralf Stegner, MdL an die Vorsitzenden zur Änderung der Abstimmungsmodalitäten im Bundesrat (Kdruck. 153 – 12. Dezember 2008): <http://www.bundestag.de/parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs153.pdf>.

¹⁰⁷⁹ Vid. 2 BvF 1/02 de 18.12.2002. Un resumen de lo sucedido durante el proceso de votación en el *Bundesrat* alemán en ARROYO GIL, A.: “El Estado federal en crisis...”, p. 351.

un representante de cada *Land*, que sería el encargado en cada ocasión de señalar el sentido del total de los votos que correspondan al mismo, sino que puedan estar presentes tantos miembros como votos tenga asignados ese *Land*, solo puede ser entendido como una “concesión del constituyente” al papel que desempeña este órgano en la tarea legislativa. Porque un órgano que actúa, decisivamente en ocasiones, en la labor legislativa, aunque no sea un parlamento en sentido estricto, sí conviene, desde una perspectiva democrática, que tenga una apariencia parlamentaria, y lo más característico de ésta radica precisamente en el modo procedimental de alcanzar los acuerdos, a través de debates o deliberaciones en las que poner en diálogo diferentes puntos de vista o posiciones políticas, en base a argumentos del más variado cariz. Evidentemente, un Consejo Federal integrado por dieciséis miembros, uno por cada *Land*, podría también desempeñar esa función, pero resulta indudable que si los miembros son sesenta y nueve, como sucede en la actualidad, las posibilidades de que la “calidad parlamentaria” sea mayor, en principio, aumentan.

Pero no solo esto. Además hay que tener en cuenta que, aunque lo habitual es que cada uno de los gobiernos de los *Länder* llegue al Consejo Federal con una posición común que después se traducirá en el sentido de su voto, no es descartable, y algún célebre ejemplo hay, que en el momento de la deliberación o el debate, o, lo que es más grave, en el momento mismo de la votación, se produzca esa disparidad de pareceres o de votos a que se aludía entre los miembros de algún *Land* presentes en el Consejo Federal, lo que, en el último caso, provocaría la invalidez de los votos de ese *Land* (computándose como votos negativos). Esto es más probable que suceda en aquellos *Länder* en que existen gobiernos de coalición entre diferentes partidos políticos.

Esta extraña paradoja de la disparidad de votos de un mismo *Land* deriva de una discordancia entre la definición jurídica del *Bundesrat*, en tanto que órgano constitucional de representación (de los gobiernos) de los *Länder*, y la realidad política, dominada hoy en día (desde hace ya tiempo, en realidad) por los partidos

políticos. En principio, el gobierno de un *Land* debería tener una posición uniforme u homogénea sobre los intereses que pretenda defender ante el Consejo Federal. Sin embargo, cuando ese gobierno está integrado por miembros de diferentes partidos políticos, es posible que surjan discrepancias entre ellos que eventualmente pueden provocar desacuerdos. Lo lógico, en efecto, sería que cuando ese gobierno haya de pronunciarse en representación de su *Land* lo haga de manera unitaria, habiendo dirimido, en su caso, sus diferencias en una etapa anterior. Lo que no parece que tenga demasiado sentido es que esos desacuerdos vengán a plantearse ante un órgano constitucional federal (el *Bundesrat*, en este caso), motivando, en un supuesto extremo, la invalidez de su voto.

Quizás el problema de fondo de esta paradoja se encuentre en que el Consejo Federal es un órgano, en cierto sentido, híbrido, dado que, por un lado, en el mismo se encuentran representados (los gobiernos de) los *Länder*, pero, por el otro, viene a actuar, en ocasiones de manera inexcusable, como un órgano de carácter legislativo o, dicho con más precisión, como un órgano cuya participación en el ejercicio de la tarea legislativa resulta imprescindible. Si la primera condición fuera la única y dominante no cabe duda de que el correspondiente gobierno de cada *Land* solo tendría la posibilidad de emitir su voto en un sentido (excluyendo la posibilidad misma de votos discordantes). Si, por el contrario, el rasgo parlamentario fuera el más característico de ese órgano constitucional, no cabría exigir esa univocidad del voto, sino que cada miembro presente en el Consejo Federal podría libremente decidir el sentido del mismo.

En todo caso, por muy extraña o paradójica que resulte esta posición constitucional del *Bundesrat*, lo cierto es que es ella la que diseña la Ley Fundamental, al menos, en la interpretación que de la misma ha realizado la jurisprudencia constitucional¹⁰⁸⁰, de ahí que, sin entrar ahora en otro tipo de valoraciones acerca de su corrección, no resulte fácil comprender que en asuntos europeos el Consejo Federal pueda crear

¹⁰⁸⁰ Vid. *BVerfGE* 106, 310 (330ff.).

una Cámara de composición paritaria, cuyos acuerdos valgan en tanto que acuerdos del propio *Bundesrat*, y que rija su funcionamiento de conformidad con unas reglas que en el propio *Bundesrat* no son de aplicación. Me refiero, claro está, a la posibilidad que se abre con la reforma constitucional de 2006 de que en esta Cámara de Asuntos Europeos los miembros de la misma puedan emitir su voto por correo, obviando, por tanto, toda deliberación previa. Insisto: No se entiende por qué esto no es posible respecto de otro tipo de asuntos, aunque sean menos relevantes, pero sí en relación con los europeos.

Aun a riesgo de que pueda parecer una conclusión un tanto forzada, en mi opinión, la Cámara de Asuntos Europeos del art. 52.3a GG es de menor “calidad democrática” que el propio *Bundesrat*, por el que actúa, y no solo por razón de su más estrecha composición, sino también, y sobre todo, por el hecho de que, como se decía, en la misma sus miembros puedan votar por correo, ignorando el núcleo duro del procedimiento que conduce a la toma de la decisión en democracia: el debate o la deliberación.

Por continuar –y terminar- con el forzamiento de la conclusión, cabría interrogarse si esta “debilidad democrática” de la Cámara de Asuntos Europeos, desde una perspectiva más amplia, no tiene también que ver con el tantas veces denunciado déficit democrático del proceso de construcción europea y del procedimiento de adopción de decisiones por parte de las instituciones comunitarias. No puede ser solo una casualidad que únicamente en relación con los asuntos europeos el *Bundesrat* alemán pueda actuar por medio de una Cámara capaz de adoptar acuerdos en base a votos emitidos por correo.

D.3.b) La responsabilidad de la Federación y los Länder por incumplimiento del derecho europeo e internacional (la llamada “fase descendente”)

En la fase de aplicación o incorporación al ordenamiento jurídico alemán de la normativa comunitaria e internacional (“fase descendente”) se pueden producir

incumplimientos o infracciones por parte de la Federación y/o de (alguno de) los *Länder* de las que cabe derivar determinadas responsabilidades. En este contexto se ha de entender la introducción del apartado 6 del art. 104a GG, así como del apartado 5 del art. 109 GG¹⁰⁸¹.

D.3.b) aa) Artículo 104a.6 GG

De conformidad con este precepto, en principio, corresponde tanto a la Federación como a los *Länder* soportar la carga de una infracción de las obligaciones supranacionales o internacionales de Alemania “de acuerdo con el reparto interno de competencias y de tareas”. Dejando de lado la presunta (pero inexistente a estos efectos) distinción que parece establecer este precepto entre “competencia” (“*Zuständigkeit*”) y “tarea” (“*Aufgabe*”), de acuerdo con el mismo no queda duda de que el responsable del incumplimiento o de la infracción del derecho supra o internacional y el que, por tanto, debe asumir la sanción a ella asociada, no es otro que el titular de la competencia (que no ejerció o ejerció indebidamente). La regla general es, pues, la que responde a la fórmula: “el que incumple, paga”.

La principal ventaja de una regla como ésta, lógica, por otra parte, en cualquier sistema de determinación de responsabilidades, es la claridad de su formulación. Ahora bien, más allá de esta afirmación de principio nos encontramos con dificultades no siempre fáciles de solventar. En primer lugar, condición indispensable para una correcta aplicación de esa norma es que el reparto y la delimitación competencial sean pacíficos. Toda disputa acerca de la titularidad y/o alcance de la competencia (de la Federación o de los *Länder*, o, más en concreto, de los

¹⁰⁸¹ Vid. KRÖNING, V.: “Innerstaatliche Haftung für Rechtsverstöße der Bundesrepublik in Außenverhältnis (Verfassungsergänzung und Ausführungsgesetzgebung am Beispiel von Artikel 104a Abs. 6 und 109 Abs. 5 GG), pp. 335 ss., y RIEBEL, Jochen: “EU-Haftung und Nationaler Stabilitätspakt“, pp. 353 ss., ambos en Holtschneider, Rainer / Schön, Walter (Ed.), *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007

correspondientes órganos de carácter legislativo, ejecutivo o, en su caso, judicial) inevitablemente vendrá acompañada de una confusión en la determinación y asunción de la respectiva responsabilidad.

En segundo término, hay que tener también presente que, en ocasiones, el cumplimiento de las obligaciones internacionales o supranacionales requiere, de acuerdo con el orden interno de competencias, una actuación conjunta de la Federación y los *Länder*, cada uno dentro de su respectivo ámbito competencial. Esto puede motivar que la causa del incumplimiento o de la infracción de la norma u obligación supra o internacional no sea atribuible únicamente a una de las partes, sino que se deba a una acción (u omisión) de ambas. En tal caso, aunque la ley que desarrolla este precepto es clara al establecer que cada parte responderá en proporción a la infracción cometida¹⁰⁸², la determinación concreta de la responsabilidad de cada parte puede convertirse en una labor muy compleja¹⁰⁸³.

Sea como fuere, y más allá de la innumerable casuística que se pueda producir, lo cierto es que la regla básica de apertura de este nuevo art. 104a.6 GG, como hemos visto, no ofrece demasiadas dudas: el que siendo titular de la competencia correspondiente haya incumplido una obligación internacional o supranacional ha de soportar las cargas derivadas de tal incumplimiento. Sin embargo, esta norma básica o general encuentra su excepción en las frases siguientes de este mismo precepto, a cuyo tenor

“[e]n los casos de correcciones financieras por parte de la Unión Europea que se extiendan más allá de un Land, la Federación y los Länder soportarán esas cargas en una proporción de 15 a 85. En estos casos, la totalidad de los Länder soportará solidariamente el 35 por ciento de las cargas totales de acuerdo con una pauta general; el 50 por ciento de las cargas totales lo soportarán los Länder que hayan

¹⁰⁸² Vid. Art. 2 de la Ley de cinco de septiembre de 2006, sobre el reparto de cargas entre la Federación y los *Länder* en relación con el incumplimiento de las obligaciones internacionales y supranacionales.

¹⁰⁸³ Vid. KLUTH, W.: “Art. 104a GG...”, pp. 239 ss.

causado esas cargas, de modo proporcional a la suma de los recursos recibidos. Los detalles de aplicación se regularán a través de ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal¹⁰⁸⁴”.

Como se puede apreciar, la regla básica de la responsabilidad se ve matizada por la de la solidaridad en los supuestos de correcciones financieras de la Unión Europea que afecten a más de un *Land*. Así ha de ser entendida la participación de la Federación y de los *Länder*, a cuya actuación (u omisión) no sea imputable la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación comunitaria, en la respectiva asunción de las cargas, como una actuación solidaria constitucionalmente impuesta a fin de aliviar económicamente a los *Länder* cuyo comportamiento ha dado lugar a la sanción correspondiente. Esa participación en las cargas por parte de la Federación asciende al quince por ciento de las mismas. Por su parte, todos los *Länder*, solidariamente, asumen el treinta y cinco por ciento de tales cargas totales, mientras que el cincuenta por ciento restante solo lo soportarán aquellos *Länder* que las hayan causado, en proporción a los medios recibidos.

D.3.b) bb) Artículo 109.5 GG

Por lo que se refiere a las obligaciones de la República Federal de Alemania derivadas de actos jurídicos de la Comunidad Europea con base en el art. 104 del Tratado de la Comunidad Europea relativos a la observación de la disciplina presupuestaria, que encontraron su concreción en los “Pactos de estabilidad y crecimiento” aprobados por el Consejo Europeo reunido en Amsterdam los días 16 y

¹⁰⁸⁴ Mandato constitucional al que se dio cumplimiento, por medio del art. 15 de la Ley de cinco de septiembre de 2006, de acompañamiento de la reforma del federalismo, con la aprobación de la Ley sobre el reparto de cargas entre la Federación y los *Länder* en relación con el incumplimiento de las obligaciones internacionales y supranacionales (Ley de reparto de cargas) - *Gesetz zur Lastentragung im Bund-Länder-Verhältnis bei Verletzung von supranationalen oder völkerrechtlichen Verpflichtungen (Lastentragungsgesetz)*, BGBl. I, pp. 2098 ss.

17 de junio de 1997¹⁰⁸⁵, el art. 109.5 GG dispone que su cumplimiento corresponde conjuntamente a la Federación y los *Länder*. La consecuencia aparejada a esta obligación no es otra que la adopción de medidas sancionadoras por parte de la Comunidad Europea en caso de que se produzca algún incumplimiento de la misma. Según este art. 109.5 GG corresponde a la Federación y los *Länder* soportar esas sanciones “en una proporción de 65 a 35”, con independencia de quién sea el responsable último de tal incumplimiento¹⁰⁸⁶.

Se trata, por tanto, de una regla objetiva de determinación de la responsabilidad, en la que no se tiene en cuenta quién ha sido el causante del incumplimiento. En todo caso, pues, la Federación ha de soportar el sesenta y cinco por ciento de la sanción que imponga la Comunidad Europea a la República Federal de Alemania por incumplimiento de los mencionados Pactos de estabilidad y crecimiento. Los *Länder*, por su parte, habrán de hacerse cargo del treinta y cinco por ciento restante, si bien no en razón de una misma parte proporcional. Por el contrario, aquí sí se toma en consideración, al menos parcialmente, cuál o cuáles de ellos han sido los causantes de la infracción que ha dado lugar a la sanción correspondiente. De esta forma, la solidaridad entre los *Länder* únicamente alcanza al treinta y cinco por ciento del total de las cargas que les corresponde a ellos asumir¹⁰⁸⁷, en proporción a su número de habitantes, mientras que el sesenta y cinco por ciento restante habrán de soportarlo aquel o aquellos *Länder* “que hayan causado esas cargas, en correspondencia con su contribución a la motivación de las mismas”. Concluye este precepto remitiendo su desarrollo o aplicación a una ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁵ Véanse asimismo los Reglamentos (CE) n° 1466/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, y n° 1467/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, modificado por el Reglamento (CE) 1056/2005, de 27 de junio de 2005.

¹⁰⁸⁶ Vid. CLASSEN, C. D.: “Hauptstadtfrage und...”, pp. 114 ss.

¹⁰⁸⁷ Que, no lo olvidemos, se corresponde con el treinta y cinco por ciento del total de tales cargas.

¹⁰⁸⁸ Que se llevó a efecto a través de la Ley, de 5 de septiembre de 2006, sobre el reparto interno de aportaciones y multas sin interés de acuerdo con el artículo 104 del Tratado de la Comunidad Europea (Ley sobre el reparto y pago de sanciones) - *Gesetz zur innerstaatlichen Aufteilung von*

A la vista de esta nueva normativa constitucional, nos encontramos, en consecuencia, ante una regulación de las responsabilidades en el ámbito europeo en la que se mezclan elementos de carácter objetivo, que no atienden, por tanto, al verdadero causante del daño, con otros de índole subjetiva, cuya incidencia, sin embargo, es considerablemente menor. Hasta tal punto es así que el o los *Länder* responsables directos del incumplimiento de la obligación comunitaria por sí mismos únicamente deberán hacer frente a menos del veinticinco por ciento de las cargas totales que deba soportar la República Federal.

Si bien es cierto que a nivel europeo los únicos responsables ante las autoridades comunitarias son los Estados miembros de la Unión, y aun siendo también verdad que en el concreto caso de la República Federal de Alemania la participación de los *Länder* en la formación de la voluntad federal en el seno de las propias instituciones comunitarias no es, ni de lejos, equiparable a la que corresponde a la propia Federación, no se puede perder de vista que una reforma constitucional, como la que se ha llevado a cabo en Alemania en 2006, con la que se pretendía, como objetivo básico, clarificar el intrincado orden competencial y la no menos compleja determinación de las responsabilidades a él asociado, difícilmente encaja con una medida como la señalada, que antes que delimitar responsabilidades con precisión, lo que hace es consagrar un principio de responsabilidad objetiva de la Federación y de todos los *Länder*, en el que no se tiene en cuenta la concreta actuación (u omisión) de cada parte, resultando ésta relevante solo en una pequeña medida¹⁰⁸⁹.

unverzinslichen Einlagen und Geldbußen gemäß Artikel 104 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Sanktionszahlungs-Aufteilungsgesetz – SZAG-, BGBl. I, pp. 2098, 2104]

¹⁰⁸⁹ Vid. KLUTH, W.: “Art. 109 GG [Haushaltwirtschaft in Bund und Ländern]”, en Kluth, Winfried (Ed.), *Föderalismusreformgesetz (Einführung und Kommentierung)*, Nomos, Baden-Baden, 2007, p. 288, que asume la crítica acerca de la grave limitación del alcance del principio de causalidad a este respecto.

D.4.- Reducción de las tareas comunes (*Gemeinschaftsaufgaben*)

Tal y como se anunció ya al estudiar los resultados de los trabajos desarrollados por la llamada *Comisión sobre el Federalismo*¹⁰⁹⁰, una de las preocupaciones mayores de los encargados de llevar a cabo la modernización del orden federal alemán consistía en articular el modo de disminuir o, llegado el caso, suprimir las conocidas como “tareas comunes” (“*Gemeinschaftsaufgaben*”) de los arts. 91a y 91b GG, que habían sido introducidas en la Ley Fundamental en 1969, y mediante las cuales se hacía patente la identificación del Estado federal alemán con el modelo cooperativo de federalismo¹⁰⁹¹. Mediante tales tareas comunes, y dejando ahora de lado su carácter obligatorio (art. 91a GG: tareas comunes auténticas o en sentido estricto) o facultativo (art. 91b GG: tareas comunes no auténticas o en sentido amplio), la Federación, cumplida alguna de las condiciones habilitantes previstas al efecto, o bien debía o bien podía asumir determinadas responsabilidades de colaboración y consiguiente financiación para el mejor cumplimiento de ciertas tareas públicas de los *Länder* enumeradas en esos preceptos constitucionales¹⁰⁹².

Se le ha criticado desde hace tiempo y de manera abierta a esta técnica de cooperación federal su falta de transparencia y la mezcla de responsabilidades entre la Federación y los *Länder* que supone, lo que trae consigo importantes carencias en

¹⁰⁹⁰ Véase el apartado D.7 del capítulo anterior.

¹⁰⁹¹ Un estudio muy completo sobre el orden federal alemán, en general, y, más en concreto, sobre las relaciones de carácter cooperativo entre la Federación y los *Länder* en ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, CEC, Madrid, 1986 [en particular, véase la Parte II: Las relaciones cooperativas en el federalismo moderno, pp. 343 ss.].

¹⁰⁹² Sobre la reducción de la financiación mixta a través de la reforma de las tareas comunes, en general, vid. MEYER, H.: *Die Föderalismusreform 2006...*, pp. 237 ss. Vid. también TRUTE, H.-H.: “Verwaltungskompetenzen nach der Föderalismusreform – zwischen Entflechtung und Verflechtung”, en Hufen, Friedhelm (Ed.), *Verfassungen – Zwischen Recht und Politik*, Festschrift zum 70. Geburtstag für Hans Peter Schneider, Nomos, Baden-Baden, 2008, pp. 306 ss.; RUNDE, O.: “Finanzen: Gemeinschaftsaufgaben/Mischfinanzierungen”, pp. 297 ss., y RIEBEL, J.: “Reduzierung von Mischfinanzierungen und Abbau von Gemeinschaftsaufgaben”, pp. 320 ss., ambos en Holtschneider, Rainer / Schön, Walter (Ed.), *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007.

el nivel de control democrático¹⁰⁹³. Ello ha motivado que en no pocas ocasiones se haya solicitado su supresión, particularmente la de las llamadas tareas comunes auténticas del art. 91a GG, por considerarlas extrañas al sistema jurídico en su conjunto¹⁰⁹⁴. La reforma constitucional de 2006, como veremos seguidamente, no solo no ha llegado a este extremo, sino que, antes al contrario, se ha limitado a dar una respuesta tímida a este respecto, inspirada en el objetivo de modernizar y desburocratizar este instituto de las tareas comunes.

D.4.a) Tareas comunes obligatorias (Artículo 91a GG)

En concreto, aunque es cierto que la considerada tarea común obligatoria más importante, a saber, la “ampliación y nueva construcción de centros de enseñanza superior, incluidas las clínicas universitarias” (antiguo número 1) es suprimida del art. 91a.1 GG, convirtiéndose, de este modo, en competencia exclusiva de los *Länder*¹⁰⁹⁵, permanecen, por lo demás, las otras tareas comunes que preveía este precepto: “mejora de la estructura económica regional” (nuevo número 1), y “mejora de la estructura agraria y de la protección de las costas” (nuevo número 2). Además, los efectos reales de esa supresión mencionada, como veremos a continuación, quedan relativizados por el nuevo contenido de las tareas comunes voluntarias del art. 91b GG, entre el que se incluye una mención expresa a “los proyectos científicos y de investigación en los centros universitarios”, y a “los edificios destinados a la investigación universitaria, incluidos los grandes aparatos”¹⁰⁹⁶. De igual modo,

¹⁰⁹³ Valga por todos, HELLERMANN, J.: “Gemeinschaftsaufgaben...”, pp. 131 ss.

¹⁰⁹⁴ Vid. SCHMIDT-DE CALUWE, R.: “Art. 91a GG [Mitwirkung des Bundes bei Länderaufgaben]”, en Kluth, Winfried [Ed.], *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007, p. 216.

¹⁰⁹⁵ Pese a haber quedado ya temporalmente superada, téngase en cuenta, a este respecto, la regulación transitoria prevista en el apartado 1 del nuevo art. 125c GG, de conformidad con la cual “[e]l derecho que haya sido aprobado en virtud del artículo 91a.2 en conexión con el apartado 1 núm. 1 en la redacción vigente hasta el 1 de septiembre de 2006 continúa siendo válido hasta el 31 de diciembre de 2006”. Vid. SCHWARZ, K-A.: “Der neue Art. 125c GG”, en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007, p. 68 ss.

¹⁰⁹⁶ Vid. SCHMIDT-ABMANN, E.: “Die Bundeskompetenzen für die Wissenschaftsförderung nach der Föderalismusreform”, en Depenheuer, Otto / Heintzen, Markus / Jestaedt, Matthias / Axer, Peter (Ed.):

quedan inalteradas también las condiciones que habilitan a la Federación a participar en la realización de esas tareas comunes, a saber: que estas tareas “sean importantes para la colectividad” y que “la participación de la Federación resulte imprescindible para la mejora de las condiciones de vida”. Al tratarse, en ambos casos, de conceptos jurídicos indeterminados, el margen de maniobra de la Federación a la hora de decidir si participar o no en la realización de las mencionadas tareas comunes es muy amplio y de difícil fiscalización.

De conformidad con el apartado 2 de este art. 91a GG, las tareas comunes (que aún subsisten), así como los detalles de la coordinación (entre las distintas partes) serán regulados por ley federal, necesitada de la aprobación del Consejo Federal. Se ha suprimido la referencia en este precepto a los principios generales que debía contener la ley federal, lo que significa una ampliación de las facultades normativas de ésta, que, en consecuencia, ya no deberá limitarse a establecer una regulación de carácter básico, marco o principal, sino que podrá ser más completa o detallada, predicándose todo ello no solo de las propias tareas comunes, sino también de los detalles de la coordinación (entre la propia regulación federal y la de los *Länder*)¹⁰⁹⁷. Lo que, en todo caso, permanece es la necesidad del asentimiento del Consejo Federal para que la ley federal pueda ser aprobada.

Por su parte, el antiguo apartado 3 del art. 91a GG, que se refería a la planificación marco conjunta y a las correspondientes disposiciones legales sobre el procedimiento y las instituciones, ha sido suprimido, lo que significa que de ahora en adelante la ley no tiene por qué incluir este tipo de disposiciones, sino que su contenido queda más abierto a la libre configuración del legislador federal.

Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2007, pp. 412 ss.; WILMS, Heinrich: *Staatsrecht I* (Staatsorganisationsrecht unter Berücksichtigung der Föderalismusreform), Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2007, p. 307.

¹⁰⁹⁷ Sobre las posibles consecuencias de esta modificación constitucional del apartado 2 del art. 91a GG, vid. lo dicho más arriba respecto de la legislación básica (Apartado III.1.e).

El antiguo apartado 4 (que ahora ha pasado a convertirse en el apartado 3) permanece inalterado, salvo, como es lógico, la referencia a la tarea común “ampliación y nueva construcción de centros de enseñanza superior, incluidas las clínicas universitarias”, que ha sido suprimida. De acuerdo con él, la Federación, en los casos del apartado 1 número 1 (“mejora de la estructura económica regional”), soportará la mitad de los gastos en cada *Land*, mientras que en los supuestos del apartado 1 número 2 (“mejora de la estructura agraria y de la protección de las costas”), el aporte de la Federación ascenderá, como mínimo, a esa cantidad. La participación de los *Länder*, en todo caso, se fijará de manera uniforme para todos ellos. Los detalles de la aplicación se regularán por medio de ley, quedando reservada la disponibilidad de los recursos a la respectiva asignación presupuestaria de la Federación y de los *Länder*.

Se ha de hacer notar, sin embargo, que las ayudas financieras que dejan de percibir los *Länder* por la supresión de la tarea común referida (“ampliación y nueva construcción de centros de enseñanza superior, incluidas las clínicas universitarias”), serán compensadas durante un período transitorio relativamente amplio¹⁰⁹⁸ (del 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2019), por unas cantidades anuales provenientes del presupuesto de la Federación, las cuales serán calculadas hasta el 31 de diciembre de 2013 a partir de la media de las aportaciones financieras de la Federación en el período de referencia comprendido entre 2000 y 2008, según dispone el nuevo art. 143c.1 GG¹⁰⁹⁹.

De acuerdo con el segundo apartado de este mismo precepto, tales cantidades “serán distribuidas entre los *Länder*, hasta el 31 de diciembre de 2013, del siguiente modo: 1.º- como cantidades anuales fijas, cuya cuantía se calcula según la

¹⁰⁹⁸ MAURER, H.: *Staatsrecht I* (Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen), C. H. Beck, München, 5.ª ed. revisada y ampliada, 2007, p. 319.

¹⁰⁹⁹ Vid. SCHWARZ, K-A.: “Finanzielle Übergangs- und Folgeregelungen – Art. 143c GG”, en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007, p. 188.

participación media de cada *Land* en el período que va de 2000 a 2003; 2.º- en todo caso, reservadas al ámbito de tareas de la hasta ahora financiación mixta”¹¹⁰⁰.

Asimismo, de conformidad con el apartado 3 de este nuevo art. 143c GG, “[l]a Federación y los *Länder* revisarán hasta fines de 2013 en qué cuantía los recursos financieros proporcionados a los *Länder* de acuerdo con el apartado 1 resultan aún adecuados e imprescindibles para el cumplimiento de las tareas de éstos. A partir del 1 de enero de 2014 decae la vinculación finalista prevista en el apartado 2 núm. 2 de los medios financieros transferidos de conformidad con el apartado 1; permanece la vinculación finalista de la inversión del volumen medio. Los convenios derivados del Pacto de Solidaridad II se mantienen intactos”¹¹⁰¹.

Por último, el apartado 4 de este art. 143c GG dispone que “[l]os detalles serán regulados por medio de ley federal, necesitada de la aprobación del Consejo Federal”, introduciéndose, de este modo, un nuevo supuesto en que la participación del *Bundesrat* en la tarea legislativa federal resulta imprescindible¹¹⁰².

Retornando, de nuevo, al art. 91a GG, cabe señalar, por último, que el antiguo apartado 5 de este precepto ha sido suprimido. Se refería al deber de información al Gobierno Federal y al Consejo Federal acerca de la ejecución de las tareas comunes, cuando éstos así lo solicitaren. De esta forma, cabría imaginar que a partir de ahora la facilitación de esa información es facultativa, lo que supondría una disminución de las facultades de control de la Federación no fácilmente explicable. No obstante, parece perfectamente razonable que si la Federación va a sufragar la mitad o más de la mitad de los gastos derivados de determinadas tareas públicas de los *Länder*, la misma (por medio del Gobierno Federal o del Consejo Federal) tenga derecho a solicitar cierta información sobre el estado de la ejecución de aquéllas. Las tareas comunes no pueden permanecer al margen de los controles propios del

¹¹⁰⁰ Vid. SCHWARZ, K-A.: “Finanzielle...”, pp. 188 ss.

¹¹⁰¹ Vid. SCHWARZ, K-A.: “Finanzielle...”, p. 189.

¹¹⁰² Vid. SCHWARZ, K-A.: “Finanzielle...”, pp.189 ss.

sistema democrático orientados a garantizar la responsabilidad por el correcto cumplimiento de los cometidos constitucionalmente atribuidos¹¹⁰³.

D.4.b) Tareas comunes voluntarias (Artículo 91b GG)

Por lo que se refiere a las llamadas tareas comunes voluntarias, el art. 91b GG ha experimentado una modificación de mayor alcance que el precepto anterior. Así, mientras que la antigua redacción se limitaba a prever la posibilidad de cooperación en virtud de convenio entre la Federación y los *Länder* “en la planificación de la enseñanza y en la promoción de instituciones y proyectos de investigación científica de relevancia suprarregional”, de acuerdo con el nuevo dictado de este artículo se amplía considerablemente tal posibilidad de colaboración entre la Federación y los *Länder* en el ámbito de la ciencia, que ahora abarca, además de “el fomento de las instituciones y proyectos de investigación científica, fuera de los centros de enseñanza superior” (número 1 del art. 91b.1 GG), también “los proyectos de ciencia e investigación en los centros de enseñanza superior” (número 2), así como “los edificios destinados a la investigación en los centros de enseñanza superior, incluidas las grandes instalaciones” (número 3)¹¹⁰⁴. De esta forma, la totalidad de la cooperación científica entre la Federación y los *Länder* se ha visto trasladada del ámbito de las llamadas tareas comunes auténticas u obligatorias al de las tareas comunes no auténticas, es decir, al terreno de la colaboración voluntaria en virtud de convenio¹¹⁰⁵, lo que ha sido celebrado por parte de la doctrina, que entiende que con ese cambio de régimen jurídico se gana en flexibilidad¹¹⁰⁶.

La cooperación de la Federación y los *Länder* sigue estando sometida, ahora como antes, a la concurrencia de un criterio habilitante jurídicamente indeterminado, cual

¹¹⁰³ Vid. SCHMIDT-DE CALUWE, R: “Art. 91a GG...”, p. 219.

¹¹⁰⁴ Vid. SCHMIDT-AßMANN, E.: “Die Bundeskompetenzen...”, pp. 413 ss.

¹¹⁰⁵ Vid. HELLERMANN, J.: “Gemeinschaftsaufgaben...”, p. 131

¹¹⁰⁶ Vid. IPSEN, J.: “Die Kompetenzverteilung...”, NJW, 39, 2006, p. 2806.

es el de la “relevancia suprarregional”. Pese a la difícil concreción de esta condición, lo que resulta incuestionable es que con la misma el legislador constitucional, en principio, ha querido excluir de la posibilidad misma de tal cooperación en virtud de convenio en este concreto ámbito del fomento de la investigación científica aquellos supuestos en que no exista esa “relevancia suprarregional”. La razón de ello puede ser otorgar una mayor protección a los *Länder* en la regulación de un terreno en el que hasta el momento la intervención de la Federación resultaba decisiva. Ahora bien, el hecho de que nos encontremos aquí en un campo en el que la cooperación de la Federación y los *Länder* solo se puede producir si tanto aquélla como éstos libremente así lo deciden, hace perfectamente innecesaria una garantía como la mencionada. La separación nítida de ámbitos competenciales entre la Federación y los *Länder* precisamente lo que permite es que la cooperación se produzca con mayor libertad y claridad, ya que la ausencia de disputa acerca del alcance de la propia competencia es lo que permite avanzar en este sentido. Asumida esta premisa, que la Federación y los *Länder* (o alguno/s de ellos) opten por cooperar en el fomento de la investigación científica, solo puede ser saludado favorablemente, y ello con independencia de que exista a tal efecto relevancia suprarregional o no. Lo que no parece que tenga demasiado sentido es impedir esa cooperación (voluntaria) por el hecho de que (supuestamente) no se cumpla este requisito¹¹⁰⁷.

A mayor abundamiento, resulta difícilmente creíble que un proyecto científico o de investigación que sea importante a nivel regional o de *Land* carezca de relevancia alguna en la órbita federal. Precisamente, esta cercanía o comunicación entre lo que es trascendente a uno y otro nivel estatal y la indeterminación del concepto jurídico “relevancia suprarregional”, permiten aventurar que ambas partes, cuando así lo decidan, no van a encontrar ningún obstáculo insalvable a la hora de cooperar en el fomento de la investigación científica a que se refiere este art. 91b.1 GG.

¹¹⁰⁷ De hecho, hay autores que aun reconociendo que el número de supuestos en que tal cooperación es posible se encuentra tasado, entienden que ello no impide que la misma se pueda llevar a efecto en razón de otras determinaciones constitucionales. Vid. PIEROTH, B.: “Art. 91b (*Zusammenwirken von Bund und Ländern durch Vereinbarungen*)”, en Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo: *Grundgesetz...*, p. 892.

Sorprende, por otra parte, que este mismo precepto, en su último párrafo, establezca que en lo relativo a “los proyectos de ciencia e investigación en los centros de enseñanza superior” (número 2 del apartado 1), los convenios de colaboración precisarán el asentimiento de todos los *Länder* (art. 91b.1 *in fine* GG). Aunque la finalidad de esta previsión no haya sido otra que proteger a todos y cada uno de los *Länder* frente a inversiones federales en este terreno que, por su (des)proporción, puedan ser entendidas como no solidarias, lo cierto es que con la misma se dificulta también mucho el margen de negociación y acuerdo de cada *Land* con la Federación, dado que, en todo caso, se requerirá un acuerdo del estilo 1+16 (la Federación y todos los *Länder*). Y es que el afán de establecer garantías jurídicas (procedimentales, en este caso), con la finalidad de poner freno a la acción política, no siempre tiene por qué ser adecuado. En este concreto caso, aquel Gobierno federal que firme un convenio de colaboración con algún *Land* que, supuestamente, ponga en riesgo el equilibrio solidario entre todos los *Länder*, habría, llegado el momento, de responder políticamente por esa decisión, sin que se alcance a vislumbrar bien la razón que justifique la intervención necesaria de todos los demás *Länder* en la aprobación de tal convenio. Antes bien, tal intervención lo que puede hacer es poner en peligro o dificultar la firma del convenio en cuestión, respecto del cual, no lo olvidemos, los directamente interesados no son más que la Federación y el *Land* de que en cada caso se trate.

Por su parte, la tarea común “planificación de la enseñanza” (“*Bildungsplanung*”), prevista en el antiguo art. 91b GG, ha sido sustituida ahora por una facultad de cooperación en virtud, asimismo, de convenio entre la Federación y los *Länder* para “la determinación de la eficiencia del régimen educativo en perspectiva internacional y en los informes y recomendaciones relacionados con ello” (nuevo art. 91b.2 GG). Aunque quepa atribuirle un alcance más amplio a esta facultad de cooperación, lo cierto es que la misma surge, en buena medida, como respuesta a los preocupantes

resultados (aunque en franca mejoría) arrojados por los sucesivos Informes-PISA¹¹⁰⁸ de los años 2000, 2003 y 2006, que situaban a Alemania en un puesto muy por debajo de las expectativas (de sus gobernantes y ciudadanos)¹¹⁰⁹. Así pues, con esta nueva previsión del art. 91b.2 GG lo que se pretende, según se dispone en la Exposición de Motivos (*Begründung*) de la Parte general del Proyecto de ley de modificación de la Ley Fundamental, presentado por los grupos parlamentarios de la CDU/CSU y del SPD con fecha 07.03.2006¹¹¹⁰, es facilitar que la Federación y los *Länder* puedan establecer “los fundamentos de una evaluación y de un informe conjuntos sobre la educación, con orientación de futuro, a fin de determinar la capacidad prestacional del régimen educativo desde un punto de vista internacional”. Esta nueva tarea común constaría de tres elementos: una labor de verificación conjunta, un informe común (en forma de publicación) y la posibilidad de emitir recomendaciones conjuntamente.

Como se puede apreciar, la sustitución de la tarea común planificación de la enseñanza, y sus numerosas manifestaciones, por esta nueva (y de alcance más restringido) tarea común de cooperación voluntaria significa para los *Länder* la recuperación de amplias competencias en materia de educación, lo que, consecuentemente, lleva aparejado también unos mayores costes para éstos, que con anterioridad eran asumidos por la Federación. De ahí que, al igual que sucedía con la supresión de las tareas comunes relativas a la ampliación y nueva construcción de centros de enseñanza superior, estudiadas con anterioridad, también aquí la eliminación condicionada de las ayudas financieras de la Federación

¹¹⁰⁸ PISA es el acrónimo del *Programme for International Student Assessment* (Programa para la Evaluación Internacional de los Alumnos), de la OCDE. En él se someten a examen estandarizado los rendimientos, capacidades o competencias de estudiantes de 15 años de diferentes países de todo el mundo (62 en el último Informe) en los campos de la lectura, las matemáticas y las ciencias naturales. Véase el apartado B.2 del capítulo anterior.

¹¹⁰⁹ En el año 2000, de 32 países participantes, Alemania ocupó los puestos 20º en matemáticas, 21º en competencia de lectura y 20º en ciencias naturales. En el año 2003, de 41 países participantes, ocupó los puestos 16º, 18º y 15º, respectivamente. Y en el año 2006, de 57 países participantes, ocupó los puestos 14º, 14º y 8º, respectivamente. Como se puede apreciar, por consiguiente, la mejora experimentada en los seis años que median entre el primero y el hasta la fecha último informe no es despreciable.

¹¹¹⁰ Vid. BT Drucks. 16/813, p. 17.

previstas a tal efecto que percibían los *Länder* sean compensadas, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2019, con cantidades anuales provenientes del presupuesto de la Federación, que hasta el 31 de diciembre de 2013 serán calculadas a partir de la media de las aportaciones financieras de la Federación en el período de referencia comprendido entre 2000 y 2008, según dispone el nuevo art. 143c GG¹¹¹¹.

Finalmente, este art. 91b GG concluye, en su último apartado (el tercero), introduciendo una modificación acerca de quién ha de soportar los costes que supone una innovación respecto de la redacción anterior. Así, mientras que de acuerdo con el texto derogado (relativo a la planificación de la educación y al fomento de la investigación) el “reparto de los costes” (“*die Aufteilung der Kosten*”) habría de regularse en el convenio correspondiente, de conformidad con la nueva normativa es “la carga de los costes” (“*Die Kostentragung*”) lo que se ha de regular en tal convenio. Esta diferencia terminológica tiene su importancia, pues mientras con anterioridad no cabía duda que esos costes no podían ser soportados únicamente por una sola de las partes firmantes del convenio, ahora nada impide que algo así suceda, lo que, desde determinada perspectiva, podría beneficiar a los *Länder*, dado que, por regla general, será la Federación la que, llegado el caso, asuma esos gastos en solitario¹¹¹². Ahora bien, desde otra perspectiva, ese protagonismo de la Federación en la asunción de todos los costes puede traducirse también en un incremento de su influencia en relación con los *Länder*, hasta el punto de poder llegar a “imponer” a éstos determinados programas de cooperación o actuaciones, bajo “promesa”, precisamente, de soportar todos los gastos asociados a ellos¹¹¹³. Habrán de ser los *Länder*, en todo caso, los que pongan en valor su autonomía y/o sus finanzas, según las circunstancias de cada momento.

¹¹¹¹ Vid. todo lo dicho a este respecto en el apartado anterior.

¹¹¹² Vid. SCHMIDT-DE CALUWE, R.: “Art. 91b GG [Zusammenwirken bei Wissenschafts- und Forschungsförderung, Bildungswesen]”, en Kluth, Winfried [Ed.], *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007, p. 225.

¹¹¹³ Vid. HELLERMANN, J.: “Gemeinschaftsaufgaben...”, pp. 142 ss.; KESPER, I.: “Reform des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland: die geplanten Änderungen im Überblick”, *NdsVBl.*, 13, 2006, pp. 145, 152.

D.5.- Relación Federación - Länder - Municipios (y asociaciones de municipios)**D.5.a) El reforzamiento de la garantía de la autonomía administrativa municipal (gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie)**

La reforma constitucional de 2006 también ha traído consigo una alteración, mínima, aunque de importante calado, respecto de la relación existente entre la Federación, los *Länder* y los municipios (y asociaciones de municipios) que, en términos generales, se puede concebir como una manifestación de la intención del reformador constitucional de potenciar, por un lado, la autonomía propia de estos entes locales¹¹¹⁴, ya garantizada en el art. 28.2 GG¹¹¹⁵, y, por el otro, de preservar un ámbito de mayor independencia de los *Länder* frente a las intervenciones de la Federación, en tanto que aquéllos, los municipios y asociaciones de municipios,

¹¹¹⁴ Vid. GERMANN, M.: “Art. 84 GG...”, pp. 207 ss.; HENNEKE, H-G.: “Die Kommunen in der Föderalismusreform”, DVBl., 14, 2006, pp. 867 ss.

¹¹¹⁵ A este respecto, véase la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 20.12.2007 (2 BvR 2433/04 y 2 BvR 2434/04), que viene a alterar, de manera no expresa pero indubitada, la concepción de la garantía institucional del art. 28.2 GG que hasta el momento se tenía. En efecto, en ella el Tribunal ignora, en buena medida, su jurisprudencia anterior sobre la protección jurídico-constitucional del “círculo propio de actuación” (“*eigener Wirkungskreis*”) local, y, de modo muy particular, en lo que se refiere a los *Kreise*, cuyas tareas normativamente atribuidas de forma voluntaria quedan excluidas, sin mayor explicación, del ámbito de protección del art. 28.2 GG. Al mismo tiempo, se ve degradada la protección completa y efectiva que hasta ahora se entendía que otorgaba este precepto a una mera protección de un núcleo esencial de tareas. Vid., en sentido muy crítico, SCHOCH, F.: “Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie durch das Bundesverfassungsgericht?”, DVBl., 15, 2008, pp. 937 ss.

En esta misma sentencia, el Tribunal acentúa de manera clara la separación que existe entre las Administraciones de la Federación y de los *Länder* tanto desde un punto de vista organizativo como funcional, hasta el extremo de que cualquier forma de colaboración de ambos “espacios administrativos” (“*Verwaltungsräume*”) no prevista o expresamente permitida por la Ley Fundamental ha de ser considerada contraria al principio constitucional de realización de las tareas bajo la propia responsabilidad (personal propio, medios materiales propios, organización propia). Vid. SCHNAPP, F. E.: “Mischverwaltung...”, pp. 241 ss.

En general, acerca de la necesidad de someter a revisión la doctrina dominante sobre la administración propia de los municipios, vid. BULL, H. P.: “Kommunale Selbstverwaltung heute – Idee, Ideologie und Wirklichkeit”, DVBl., 1, 2008, pp. 1 ss.

desde la perspectiva del reparto competencial forman parte del ámbito constitucional de éstos, los *Länder*¹¹¹⁶.

Tal modificación se refleja en la introducción en dos preceptos constitucionales, el art. 84.1 GG (relativo a la Administración de los *Länder* bajo supervisión federal) y el art. 85.1 GG (referente a la Administración de los *Länder* por encomienda de la Federación), de una frase final de idéntico contenido en virtud de la cual se prohíbe que a los municipios y a las asociaciones de municipios les puedan ser transferidas tareas por medio de ley federal. En realidad, con esta prohibición se viene a poner de relieve que los únicos destinatarios de las transferencias federales de tareas han de ser los *Länder*, tal y como se deriva de los arts. 83 y 84.1 GG, de forma que a los municipios solo los *Länder* les podrán transferir, a su vez, tareas¹¹¹⁷.

La consecuencia principal de esta modificación, más allá de sus aspectos teóricos relacionados con la propia posición constitucional de los municipios, en tanto que partes esenciales de la organización global del Estado¹¹¹⁸, radica, no tanto en la transferencia de las tareas como tales, como en las consecuencias jurídico financieras asociadas a las mismas¹¹¹⁹, dado que, por regla general, el desempeño de cualquier nueva tarea pública viene acompañado de una serie de gastos, a veces muy importantes, con que hacerles frente. En este sentido, se puede sostener que el objetivo fundamental que se persigue con la reforma de los arts. 84.1 frase 7ª y 85.1 frase 2ª GG no es otro que impedir que mediante leyes federales se deriven hacia

¹¹¹⁶ Tal y como han tenido ocasión de reconocer el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGE* 22, 180 (210); 39, 96 (109); 86, 148 (215)) y el Tribunal Administrativo Federal (*BVerwGE* 100, 56 (58)). Vid. PIEROTH, B.: "Art. 28 GG (*Homogenitätsgebot; kommunale Selbstverwaltungsgarantie*)", en Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo: *Grundgesetz...*, p. 587; PIEROTH, B.: "Art. 30 GG...", p. 603; ISENSEE, J.: "Idee und Gestalt ...", pp. 610 ss.

¹¹¹⁷ Vid. BT Drucks. 16/813, p. 15. Sobre el eventual incumplimiento de esta prohibición constitucional por parte de la Federación, vid. HENNEKE, H-G.: "Verpflichtungen der Kommunen zur Ausführung neuer oder erweiterter Sozialleistungstatbestände durch den Bund?", ZG, 1, 2007, pp. 21 ss.

¹¹¹⁸ *BVerfGE* 107, 1 (11 s.).

¹¹¹⁹ Vid. TRUTE, H.: "Die Neuregelung des Art. 84 Abs. 1", en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007, pp. 86 ss.

los recursos financieros de los municipios y asociaciones de municipios costes para la realización de tareas que, en principio, a ellos no les correspondería acometer.

En realidad, como se anunciaba ya, esta nueva previsión representa una apuesta trascendental del legislador constitucional a favor de los municipios, entendidos como parte esencial del Estado (junto a la Federación y los *Länder*), en cuya estructura se integran y dentro de la cual están dotados de facultades o funciones propias¹¹²⁰. En efecto, el art. 28.2 GG garantiza explícitamente a los municipios el derecho a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco que establezcan las leyes (tanto federales como de *Land*), todos aquellos asuntos propios de la comunidad local. Garantía cuyo fin último no es otro que afirmar el reconocimiento constitucional de una competencia general a favor de los municipios para la regulación de los asuntos locales; y que yendo aún más allá se traduce también en la garantía de una facultad para dirigir, asimismo bajo su propia responsabilidad, los negocios públicos dentro de este ámbito competencial¹¹²¹, la forma de determinar autónomamente de qué modo se han de desempeñar o realizar esos asuntos locales, así como el derecho a establecer la organización de su administración local¹¹²². Derecho a la autonomía administrativa (*Selbstverwaltung*) que también tienen reconocido en el art. 28.2 GG las asociaciones de municipios, si bien éstas, al contrario que los municipios, no tienen garantizado un ámbito propio de tareas, sino que dependen más bien de las que les sean asignadas por ley.

Esta garantía de la autonomía administrativa que caracteriza a los municipios (y a las asociaciones de municipios) comprende también, según el propio art. 28.2 GG establece, las bases de la auto-responsabilidad financiera, que incluyen una fuente tributaria que, junto con el derecho de fijar los tipos de recaudación, se rige por la

¹¹²⁰ *BVerfGE 107, 1 (11 s.)*. Acerca de las futuras tareas que están llamados a desempeñar los municipios en un Estado federal social, vid. BURGI, M.: "Künftige Aufgaben der Kommunen im sozialen Bundesstaat", DVBl., 2, 2007, pp. 70 ss. A este respecto, véase, asimismo, SODAN, H. / ZIEKOW, J.: *Grundkurs öffentliches Recht* (Staats- und Verwaltungsrecht), Verlag C. H. Beck, München, 2.^a ed. revisada, 2007, pp. 74 ss.

¹¹²¹ *BVerfGE 107, 1 (11); 110, 370 (399 s.)*.

¹¹²² *BVerfGE 83, 363 (381 s.); 91, 228 (236 ss.)*.

respectiva capacidad económica. Tal fuente tributaria de los municipios se concreta únicamente en una participación en los ingresos provenientes del impuesto sobre la renta (*Einkommensteuer*), que les hará llegar los *Länder* sobre la base de los pagos efectuados por sus habitantes en concepto de este impuesto (art. 106.5 GG); en una participación en los ingresos provenientes del impuesto sobre las ventas (*Umsatzsteuer*), que será transferida por los *Länder* en base a un criterio relativo a las circunstancias locales y económicas (art. 106.5a GG); y en los ingresos provenientes del impuesto inmobiliario (*Grundsteuer*) y del impuesto industrial (*Gewerbesteuer*), así como los provenientes de los impuestos sobre el consumo (*Verbrauchssteuer*) y los gastos suntuarios (*Aufwandsteuer*), si bien estos dos últimos pueden corresponder a las asociaciones de municipios si así lo dispone la legislación de *Land* (art. 106.6 GG).

No obstante, según establece el apartado 7 de este art. 106 GG, de aquella parte de los ingresos totales provenientes de los impuestos comunes que corresponda a los *Länder*, los municipios y las asociaciones de municipios en su conjunto también recibirán un determinado porcentaje a fijar por la legislación de *Land*. Por lo demás, esta legislación de *Land* determinará también si y en qué medida los ingresos provenientes de los impuestos de *Land* serán asignados a los municipios (o asociaciones de municipios).

Toda esta vinculación de los ingresos municipales con los impuestos de los *Länder* no es sino un reflejo fiel de lo que el propio apartado 9 del art. 106 GG expresamente establece: que a los efectos de este artículo los ingresos y gastos de los municipios (o asociaciones de municipios) también se considerarán como ingresos y gastos de los *Länder*. Vinculación que ya tuvimos oportunidad de reconocer al comienzo de este apartado, al señalar que los municipios y asociaciones de municipios pertenecen al ámbito constitucional de los *Länder*.

En definitiva, con la introducción de esas prohibiciones de transferir tareas a los municipios y asociaciones de municipios por medio de ley federal en los arts. 84.1 y

85.1 GG, el reformador constitucional ha pretendido evitar intromisiones o injerencias del legislador federal en el ámbito de la autonomía administrativa de éstos. Ello supone, en realidad, una ampliación o reforzamiento del núcleo duro o contenido esencial de la garantía de la autonomía administrativa municipal (*Kernbereich oder Wesensgehalt der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie*), que, por sí misma, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional Federal, supone ya un límite a la discrecionalidad del legislador¹¹²³, cuya actuación a este respecto queda, en todo caso, sometida a un examen sobre el respeto al principio general jurídico-constitucional de proporcionalidad¹¹²⁴.

La pregunta sobre qué sucede con las regulaciones federales que hayan sido dictadas con anterioridad al uno de septiembre de 2006, día de entrada en vigor de la reforma constitucional aquí comentada, encuentra respuesta en la disposición transitoria del art. 125a.1 GG, en virtud de la cual el derecho que haya sido dictado como derecho federal pero que a causa de la introducción del art. 84.1 frase 7ª GG o del art. 85.1 frase 2ª GG no pudiera ser ya aprobado como tal derecho federal sigue siendo válido, si bien podrá ser sustituido por derecho de *Land*¹¹²⁵.

D.5.b) Berlín, capital federal (art. 22 GG)

Para concluir este epígrafe relativo a la relación entre la Federación, los *Länder* y los municipios cabe mencionar también aquí la reforma que ha experimentado el art. 22 GG, en cuyo apartado primero se ha introducido una antigua reclamación de los sucesivos gobiernos de la Ciudad-Estado de Berlín, a partir del momento en que ésta, tras la reunificación de la República Democrática de Alemania y la República Federal de Alemania, jurídicamente formalizada en el Tratado de unificación

¹¹²³ BVerfGE 79, 127 (143); BVerfGE 107, 1 (11 s.).

¹¹²⁴ BVerfGE 103, 332 (366 s.); 107, 1 (14 s.); 110, 370 (402).

¹¹²⁵ Vid. SCHWARZ, K-A.: "Die Änderungen des Art. 125a...", pp. 58 ss.

(*Einigungsvertrag*), de 31 de agosto de 1990, pasó a convertirse en la capital de Alemania, según dispone el art. 2.1 del referido Tratado.

En efecto, de conformidad con el nuevo apartado 1 del art. 22 GG¹¹²⁶,

“La capital de la República Federal de Alemania es Berlín. La representación del conjunto del Estado en la capital es tarea de la Federación. Los detalles de aplicación se regularán por medio de ley federal.”

La virtualidad principal de esta nueva regulación radica en su alto contenido simbólico¹¹²⁷, pues lo que hasta ahora se encontraba solo establecido en un precepto del mencionado Tratado de Unificación, ha pasado a partir de la reforma constitucional a formar parte del contenido expreso de la Ley Fundamental¹¹²⁸. Que Berlín sea la capital constitucional de la República Federal de Alemania tiene determinadas consecuencias a nivel institucional a las que la propia Ley Fundamental se refiere en este precepto bajo la expresión “representación del conjunto del Estado” (*“Die Repräsentation des Gesamtstaates”*). Tales consecuencias, no siempre fáciles de precisar, son de diversa índole (también o, sobre todo, financiera) y se refieren a la (co)responsabilidad de la República Federal respecto de todo aquello que tenga ver con la función constitucional de la capital federal¹¹²⁹. El mismo concepto “representación” (del conjunto del Estado), resulta difuso, hasta el punto de que en su uso habitual ha visto ampliados sus contornos, si bien no necesariamente precisados. Parece, en todo caso, que la representación tiene que ver con todos aquellos elementos (culturales, fundamentalmente) que

¹¹²⁶ El contenido del antiguo apartado 1, que establece que “[l]a bandera federal es negra-roja-amarilla”, ha pasado a ser el nuevo apartado 2 de este mismo art. 22 GG.

¹¹²⁷ Sobre la importancia y significado de los símbolos del Estado, vid. HEUSCH, A.: “Art. 22 GG [Hauptstadt, Bundesflagge]”, en Kluth, Winfried [Ed.], *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 81 ss.

¹¹²⁸ Vid. CLASSEN, C. D.: “Hauptstadtfrage und...”, pp. 95 ss.

¹¹²⁹ Acerca de la indeterminación de esta tarea federal de representación del Estado global, vid. HEUSCH, A.: “Art. 22 GG...”, pp. 89 ss.

hacen que los ciudadanos se sientan identificados con el Estado, tanto en su “diversidad plural” (“*plurale Vielfalt*”) como en su conjunto o totalidad (“*Gesamtheit*”).

Problemático resulta asimismo determinar qué se ha de entender bajo el término “Estado global” o “conjunto del Estado” (“*Gesamtstaat*”) a que se refiere el reformado art. 22 GG. Con la utilización de esta expresión parece resucitar aquí una vieja polémica que durante lustros, en los años cincuenta y sesenta de la pasada centuria, fundamentalmente, ha ocupado buen número de páginas en la iuspublicística germana acerca de si la organización estatal en el Estado federal alemán es de carácter bímembre (“*zweigliedriger Staat*”) o trimembre (“*dreigliedriger Staat*”), y que fueron objeto de estudio con anterioridad¹¹³⁰.

Pues bien, al margen de estas viejas disquisiciones conceptuales sobre la organización bímembre o trimembre de la República Federal de Alemania que – como ya se ha señalado- parecen recobrar cierta vitalidad con la expresión “Estado global” (“*Gesamtstaat*”) a que se refiere el modificado art. 22 GG, lo cierto es que, según cabe derivar de este precepto, es tarea de la Federación representar de manera adecuada en la capital federal, Berlín, a la totalidad de la República Federal, incluida su diversidad social¹¹³¹. Lo que no significa ni que esta tarea de representación le corresponda en exclusiva a la Federación, pues también a los *Länder* les incumbe participar en la misma, ni que la Federación deba limitar territorialmente a Berlín esa tarea representativa del conjunto de la República Federal. Y, en todo caso, las concreciones y efectos prácticos de esa genérica tarea representativa constitucionalmente reconocida se regularán en una ley específica sobre la capital federal (*Hauptstadtgesetz*)¹¹³².

¹¹³⁰ Véase el apartado C.6 del Capítulo 1.

¹¹³¹ Vid. CLASSEN, C. D.: “Hauptstadtfrage und...”, p. 100.

¹¹³² Ley que, por el momento, no ha sido aprobada. En su lugar, el 30 de noviembre de 2007 se firmó un Convenio entre el Gobierno Federal y el Senado de Berlín que –en opinión de las partes contratantes- viene a dar cumplimiento a la previsión constitucional del art. 22 GG, al menos, en lo que se refiere a la financiación de los gastos derivados de la representación en la capital federal del conjunto del Estado. Se prevé que, llegado el momento, este convenio sea desarrollado en las correspondientes leyes de presupuestos que se vayan aprobando. La oposición parlamentaria en la

D.6.- Reformas financieras

Aunque en el próximo capítulo abordaremos en profundidad la reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, en este momento corresponde hacer también referencia a aquellos aspectos financieros de la Ley Fundamental que fueron modificados en la reforma de 2006.

Al margen de la supresión de determinados supuestos de financiación mixta en el ámbito de las tareas comunes obligatorias (en concreto, la “ampliación y nueva construcción de centros de enseñanza superior, incluidas las clínicas universitarias” –antiguo apartado 1 del art. 91a.1 GG-, que ha pasado a ser competencia exclusiva de los *Länder*), así como de la consagración constitucional de un pacto de estabilidad nacional como reflejo de la exigencia de la normativa comunitaria a este respecto (art. 109.5 GG) y de la regulación expresa en la Ley Fundamental del reparto de las cargas entre la Federación y los *Länder* en el caso de lesión de las obligaciones de carácter supranacional e internacional (art. 104a. 6 GG), que ha sido objeto de estudio en páginas anteriores, las modificaciones habidas en el campo de la Constitución financiera, orientadas también a la consecución de los objetivos de desconcentración, clarificación de las responsabilidades y potenciación de la autonomía de actuación¹¹³³, se circunscriben al agravamiento de las condiciones para la obtención de ayudas financieras (art. 104b GG), así como al fortalecimiento

Cámara de diputados de Berlín, en particular, los cristianos demócratas (CDU) y los liberales (FDP), se han opuesto a este acuerdo, al considerar que lo que la Constitución explícitamente exige es la aprobación de una ley formal sobre la capital federal.

¹¹³³ Si hemos de creer lo dispuesto en la Parte general de la Exposición de Motivos del Proyecto de ley de modificación de la Ley Fundamental presentado por los grupos parlamentarios de la CDU/CSU y del SPD con fecha 07.03.2006 [BT Drucks. 16/813, p. 10].

de la autonomía impositiva de los *Länder* en lo relativo al impuesto sobre la adquisición de terrenos (arts. 105.2a y 107.1 *in fine* GG)¹¹³⁴.

D.6.a) Las ayudas financieras (art. 104b GG)

Si bien uno de los objetivos básicos de la reforma constitucional de 2006 fue reducir al máximo los supuestos de financiación mixta a fin de evitar la confusión de responsabilidades entre la Federación y los *Länder*, las notorias diferencias estructurales entre éstos, tanto desde un punto de vista económico como político-social, hizo aconsejable el mantenimiento (aunque modificado, en su caso) de determinadas tareas comunes y ayudas financieras que posibilitaran una paulatina reducción de esos desequilibrios (hasta llegar a su completa desaparición).

En este sentido, el art. 104b GG¹¹³⁵, que viene a sustituir y completar la regulación prevista en el antiguo art. 104a.4 GG, mantiene, en su apartado 1, la competencia de la Federación, en la medida en que la Ley Fundamental le haya conferido facultades legislativas a tal efecto, de conceder

“ayudas financieras para inversiones especialmente significativas de los Länder y de los municipios (o asociaciones de municipios), que sean imprescindibles para

- 1. la defensa frente a una alteración de la estabilidad económica global;*
- 2. la compensación de capacidades económicas desiguales en el territorio federal; o*
- 3. el fomento del crecimiento económico.”*

En comparación con la normativa anterior, la única, pero importante, modificación que introduce este nuevo art. 104b.1 GG, es la que tiene que ver con la condición que establece a la Federación para que pueda conceder tales ayudas: que la misma

¹¹³⁴ Vid. KORIOTH, S.: “Reform der bundesstaatlichen Finanzbeziehungen?”, en Pitschas, Rainer / Uhle, Arnd (Ed.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik* (Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag), Duncker&Humblot, Berlin, 2007, pp. 677 ss.

¹¹³⁵ Vid. MEYER, H.: *Die Föderalismusreform 2006...*, pp. 268 ss.

tenga conferida facultades legislativas al efecto en la Ley Fundamental y solo en la medida en que las tenga atribuidas. De este modo, se ha de entender que en el ámbito de la legislación exclusiva de los *Länder* no caben ayudas financieras de la Federación. Así, por ejemplo, no sería válido un nuevo programa federal de inversión en escuelas de día completo¹¹³⁶.

En todo caso, a fin de mitigar las drásticas consecuencias que podría tener una reducción o supresión tan radical de estas ayudas financieras federales, se ha previsto un régimen transitorio en los nuevos arts. 125c.2 y 143c.1 GG. Así, de conformidad con la primera de estas disposiciones, “[l]as regulaciones aprobadas en virtud del artículo 104a.4 en la redacción vigente hasta el 1 de septiembre de 2006, en los ámbitos de la financiación del tráfico municipal y el fomento de las viviendas sociales, son válidas hasta el 31 de diciembre de 2006”. Asimismo, “[l]as regulaciones aprobadas en el ámbito de la financiación del tráfico municipal en relación con los programas especiales a que se refiere el parágrafo 6.1 de la Ley de financiación del tráfico municipal, así como las demás derivadas del art. 104a.4 en la redacción vigente hasta el 1 de septiembre de 2006, son válidas hasta el 31 de diciembre de 2019, en la medida en que no esté prevista o no se prevea una fecha anterior para su pérdida de vigencia”¹¹³⁷.

Por su parte, en el art. 143c.1 GG se prevé que “[a] causa de la eliminación condicionada de las ayudas financieras de la Federación por la supresión de las tareas comunes relativas a la ampliación y nueva construcción de centros de enseñanza superior, incluidas las clínicas universitarias y la planificación de la educación, así como la supresión de las ayudas financieras destinadas a la mejora de las condiciones del tráfico de los municipios y al fomento de las viviendas sociales, a los *Länder* les corresponden a partir del 1 de enero de 2007 y hasta el 31

¹¹³⁶ Vid. BT Drucks. 16/813, p. 19. Vid. también, PIEROTH, B.: “Art. 104b (*Finanzhilfekompetenz des Bundes*)”, en Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo: *Grundgesetz...*, pp. 1012 ss.

¹¹³⁷ Vid. SCHWARZ, K-A.: “Der neue Art. 125c...”, pp. 69 ss.

de diciembre de 2019, con carácter anual, cantidades provenientes del presupuesto de la Federación”¹¹³⁸.

Bajo la genérica previsión constitucional transitoria del art. 125c.2 GG, relativa a las regulaciones “derivadas del art. 104a.4 en la redacción vigente hasta el 1 de septiembre de 2006”, cabe amparar muy diversos supuestos. Así, por ejemplo, se ha de entender que el Convenio administrativo firmado el 12 de mayo de 2003 entre la Federación y los *Länder* relativo al programa de inversión sobre el futuro de la educación (*Investitionsprogramm “Zukunft Bildung und Betreuung” - IZBB*), continúa siendo válido. De igual forma, en todos aquellos ámbitos educativos en que la Federación ostente competencias (formación profesional extra-escolar y estudios de postgrado, acceso y conclusión de los estudios universitarios), continúan siendo válidas sus ayudas financieras, de conformidad con las condiciones del art. 104b GG, dado que en estos campos no existe ninguna competencia legislativa exclusiva de los *Länder*. Argumento éste igualmente extensible al terreno del fomento o promoción conjunta, por parte de la Federación y los *Länder*, de la actividad cultural¹¹³⁹.

El mantenimiento en este nuevo precepto de las antiguas condiciones habilitantes de la intervención de la Federación mediante la concesión de ayudas financieras implica, ahora como antes, que éstas solo serán válidas en la medida en que sean imprescindibles (*erforderlich*) para la consecución de alguno de los objetivos de fomento fijados en los números 1, 2 y 3 de este apartado 1 del art. 104b GG. Esto significa, entre otras cosas, que la concesión, al margen de estos objetivos (y pese a su no siempre fácil concreción), de una ayuda económica de alcance general queda completamente excluida, pues, como tuvo ocasión de reconocer el propio Tribunal Constitucional Federal, tales ayudas financieras “no son ningún instrumento en

¹¹³⁸ Sobre el cálculo de estas cantidades y su distribución entre los *Länder*, así como sobre la revisión de la adecuación y necesidad de esos recursos financieros, su vinculación finalista y demás cuestiones previstas en la disposición transitoria del art. 143c GG, véase lo dicho más arriba en el apartado III.4.a) acerca de las tareas comunes obligatorias del art. 91a GG.

¹¹³⁹ Vid. BT Drucks. 16/813, p. 19.

manos de la Federación de dirección directa o indirecta de las inversiones para la consecución de objetivos generales de política económica, monetaria, de planificación territorial o estructural en los *Länder*"; las misma no pueden, por consiguiente, sustituir el instrumento del equilibrio financiero (*Finanzausgleich*) previsto a tal efecto¹¹⁴⁰.

Por su lado, el apartado 2 del art. 104b GG, si bien es fiel en su primera parte al contenido del modificado art. 104a.4 GG, esto es, en lo que concierne a “los detalles de aplicación, en especial los tipos de inversiones de fomento, que han de ser regulados por medio de ley federal, necesitada del asentimiento del Consejo Federal, o por convenios administrativos en virtud de la Ley Presupuestaria Federal”, introduce en su segunda parte una previsión novedosa tendente a evitar la perpetuación de las ayudas financieras y el uso abusivo de las mismas. En efecto, según este precepto, “[l]os recursos se han de conceder por un plazo limitado y se ha de controlar su empleo regularmente. Las ayudas financieras con el transcurso del tiempo se han de configurar con importes anuales decrecientes”. El fin último que se persigue, por tanto, no es otro que conseguir a medio plazo la desaparición total de este tipo de financiación mixta porque se haya alcanzado un equilibrio económico entre todos los *Länder*; algo que, hoy por hoy, se antoja un objetivo muy lejano, dadas las diferencias que existen, fundamentalmente, entre los antiguos y los nuevos *Länder*.

Finalmente, a fin de poder controlar el eventual éxito de estas ayudas, el apartado 3 de este nuevo art. 104b GG reconoce un derecho de información a favor de la Dieta Federal, el Gobierno Federal y el Consejo Federal, ejecutable cuando así lo requieran, sobre la aplicación de las medidas y las mejoras alcanzadas. Este derecho podrá ser actualizado en cada momento para valorar la eventual necesidad de mantener, reducir o, dado el caso, suprimir las referidas ayudas financieras en el

¹¹⁴⁰ *BVerfGE* 39, 96 (111 ss.). Vid., asimismo, PIEROTH, B.: “Art. 104b...”, p. 1013.

supuesto de que se haya alcanzado ya el objetivo inicialmente perseguido con su concesión.

D.6.b) La autonomía impositiva de los Länder (arts. 105.2a y 107.1 in fine GG)

La clarificación de responsabilidades financieras entre la Federación y los *Länder* pasa también por una más nítida atribución de responsabilidades a nivel impositivo. La vinculación de la responsabilidad por los gastos con la responsabilidad por los ingresos (fiscales) es una de las mejores formas de garantizar que aquéllos no serán excesivos y estos no resultarán insuficientes.

En orden a incrementar la autonomía fiscal de los *Länder*, el art. 105.2a GG reconoce a éstos “la facultad de establecer el tipo impositivo del impuesto sobre la adquisición de terrenos”¹¹⁴¹. Serán, por tanto, a partir de ahora los *Länder*, o, más bien, sus respectivos Gobiernos, los que hayan de responder políticamente ante sus ciudadanos/electorado por la eventual subida o bajada del tipo de gravamen de este impuesto. No obstante, en tanto los *Länder* no intervengan a este respecto continúa en vigor el derecho federal, tal y como establece expresamente la disposición transitoria del art. 125a.1 GG¹¹⁴².

Como consecuencia lógica de esta transferencia a favor de los *Länder* de la facultad de fijar el tipo del impuesto sobre la adquisición de terrenos, el art. 107.1 *in fine* GG introduce una variación respecto del cálculo de las participaciones complementarias de los *Länder* en los ingresos provenientes del impuesto sobre las ventas¹¹⁴³. Así, mientras que el parámetro de medida para determinar si caben o no esas participaciones complementarias de los *Länder* en el caso de los impuestos de *Land*,

¹¹⁴¹ Vid. SCHWARZ, K-A.: “Die Änderungen des Art. 105 GG”, en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007, pp. 174 ss.

¹¹⁴² Vid. SCHWARZ, K-A.: “Die Änderungen des Art. 125a...”, pp. 58 ss.

¹¹⁴³ Vid. SCHWARZ, K-A.: “Die Änderungen des Art. 107 GG”, en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007, pp. 181 ss.

el impuesto sobre la renta y el impuesto de sociedades, es que los ingresos provenientes de los mismos “sean por habitante inferiores al promedio de todos los *Länder*”, por su parte, “en el caso del impuesto sobre la adquisición de terrenos se habrá de tener en consideración la capacidad impositiva (*Steuerkraft*)”. Con esta medida se trata de evitar el peligro que podría significar para el equilibrio financiero federal el hecho de que determinados *Länder* dejaran de hacer uso de todas las posibilidades de su capacidad recaudatoria en el ámbito de este impuesto sobre la adquisición de terrenos ante la perspectiva de que tal carencia se podría ver compensada a través de las participaciones complementarias mencionadas en el impuesto sobre las ventas¹¹⁴⁴.

En definitiva, la autonomía impositiva, como se señalaba con anterioridad, viene inevitablemente vinculada a la responsabilidad política. Solo aquél que tiene en su mano determinar el tipo de gravamen de un impuesto puede responder adecuadamente ante los ciudadanos/electores por su cuantía y eventuales variaciones. La reforma de los arts. 105.2a y 107.1 *in fine* GG destacada en este epígrafe contribuye, por consiguiente, a hacer realidad uno de los objetivos esenciales de la reforma constitucional de 2006: deshacer, tanto como fuera posible, los supuestos de imbricación política entre la Federación y los *Länder* mediante una atribución diferenciada de competencias.

¹¹⁴⁴ Vid. BT Drucks. 16/813, p. 20.

E.- CONCLUSIONES PROVISIONALES

Tras haber centrado nuestra atención en las páginas precedentes en el estudio y análisis de todos y cada uno de los preceptos constitucionales, clasificados por bloques temáticos, que han sido objeto de modificación (supresión o adición) a través de la 52ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de 28 de agosto de 2006, resulta preciso ahora, para concluir este capítulo, preguntarse si los objetivos que enunciábamos al comienzo del mismo, y que se corresponden con los que se había fijado el Gobierno Federal al acometer la reforma, se han podido alcanzar o, en su caso, se podrán cumplir.

Por lo que respecta al primero de ellos, reducción del número de leyes federales necesitadas del asentimiento del Consejo Federal para su válida aprobación (*Zustimmungsgesetze*), de acuerdo con la estadística publicada en la página web del Bundesrat, de las leyes publicadas entre el 1 de septiembre de 2006 (día de entrada en vigor de la reforma del federalismo de que hemos venido dando cuenta en este capítulo) y el 27 de octubre de 2009, solo el 39% de las mismas precisaron el asentimiento inexcusable del Consejo Federal, mientras que antes de la reforma ese porcentaje se elevaba al 59,2%, lo que representa una disminución de veinte puntos porcentuales¹¹⁴⁵. Reducción muy significativa, en opinión del Gobierno Federal, que

¹¹⁴⁵ Vid. http://www.bundesrat.de/nn_6904/DE/organe-mitglieder/plenum/statistik/statistik-node.html?__nnn=true.

Un estudio de fecha anterior llevado a cabo por el Gobierno Federal, en respuesta a un amplio cuestionario formulado por diversos diputados federales y por el grupo parlamentario del Partido Demócrata Liberal (FDP), pone de relieve cómo de las leyes publicadas en el Boletín Oficial (*Bundesgesetzblatt – BGBl.*) entre el uno de septiembre de 2006, fecha de entrada en vigor de la reforma constitucional referida, y el treinta y uno de agosto de 2007, es decir, exactamente un año después, solo el 44,2% precisó tal asentimiento del Consejo Federal. En un desglose más pormenorizado se constata cómo del total de esas leyes federales necesitadas del asentimiento del Consejo Federal, el 23% derivan de la aplicación del art. 84.1 GG, mientras que el 10,7% provienen del nuevo art. 104a.4 GG. Según el Gobierno Federal, la evolución de las leyes federales necesitadas del asentimiento del Consejo Federal como consecuencia de las exigencias de este nuevo art. 104a.4 GG no se diferenciará sustancialmente de lo que sucedía con anterioridad a la reforma de acuerdo con el art. 104a.3 GG. Vid. Deutscher Bundestag - Drucksache 16/8688, de 02.04.2008 – Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage der Abgeordneten Ernst Burgbacher, Dr. Volker Wissing, Dr. Max Stadler, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – Drucksache 16/6499, pp. 2 ss.

deriva fundamentalmente de la nueva redacción del art. 84.1 GG y que, según sus previsiones, se mantendrá de cara al futuro¹¹⁴⁶.

En estrecha conexión con el anterior objetivo, la segunda gran finalidad que se había fijado el Gobierno Federal con esta reforma constitucional apuntaba a la necesidad de clarificar las responsabilidades políticas de cada una de las partes intervinientes en el procedimiento legislativo (Dieta Federal y Consejo Federal). Los tantas veces denunciados enmarañamientos políticos (*Politikverflechtungen*), derivados de la participación conjunta de la Federación (vía Dieta Federal) y de los *Länder* (vía Consejo Federal) en la toma de decisiones legislativas, llevaban, como sabemos, a que o bien no siempre fuera posible adoptar la decisión más adecuada en cada momento (ante la necesidad de buscar consensos y compromisos entre todas las partes implicadas) o bien no resultara fácil atribuir con claridad a uno u otro actor político la responsabilidad (en sentido positivo o negativo) por la adopción de la decisión concreta. Dificultad esta última que no deja de tener su importancia desde el punto de vista del principio democrático, en tanto en cuanto a las ciudadanas y ciudadanos, destinatarios principales de las normas que aprueben y de las actuaciones que desarrollen los poderes públicos en sus diversas manifestaciones, no les va a resultar en muchos casos sencillo determinar con precisión quién es de qué responsable, algo que, como bien podemos imaginar, resulta decisivo en el momento crítico de la contienda electoral y, en general, durante los períodos intermedios, en los que la actuación de esos poderes públicos ha de estar sometida

En esta misma línea, en un Estudio realizado en mayo de 2006 por el Servicio Científico de la Dieta Federal, se pone de relieve cómo de haber entrado en vigor esta reforma constitucional en 1998, en la 14.ª legislatura el número de leyes necesitadas del asentimiento del Consejo Federal se hubiera reducido del 55.2% al 25,8% y en la 15.ª legislatura del 51% al 24%. Vid. GEORGII, H. / BORHANIAN, S: *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform – Wie hätten sich der Anteil der Zustimmungsgesetze verändert, wenn die vorgeschlagene Reform bereits 1998 in Kraft gewesen wäre?* – Fecha del estudio: 15.05.2006.

¹¹⁴⁶ En una línea similar se expresa Horst Risse, antiguo Secretario de la *Comisión sobre el Federalismo I*, quien también valora muy positivamente la reforma constitucional, al menos, en lo que se refiere a los efectos que el citado art. 84.1 GG tiene sobre las leyes necesitadas de la aprobación del Consejo Federal. Vid. RISSE, H.: “Zur Entwicklung der Zustimmungsbedürftigkeit von Bundesgesetzen nach der Föderalismusreform 2006“, Zparl., 4, 2007, pp. 707 ss.

en todo momento al escrutinio y al control públicos, tal y como demanda una sociedad democrática avanzada.

Aunque no es éste ni el momento ni el lugar para acometer con profundidad estas reflexiones, cuya trascendencia para el correcto entendimiento de nuestro sistema democrático no puede seguir siendo ignorada, conviene, siquiera sea de modo indiciario, apuntar que aunque en el juego legislativo las cartas se repartan sobre el tablero constitucional a la Dieta Federal y al Consejo Federal, quienes realmente juegan la partida no son estos órganos constitucionales, sino los partidos políticos, auténticos protagonistas de una democracia que de manera acertada ha sido caracterizada como democracia de partidos¹¹⁴⁷. Es algo bien sabido, también en la República Federal de Alemania, en donde los intereses federales y de cada uno de los *Länder* con frecuencia quedan supeditados a los intereses partidistas, y con lo que cuentan todos los analistas políticos, pero precisamente por eso conviene que también comencemos a pensar cómo puede tener esta circunstancia una mejor plasmación en el entramado institucional y organizativo de nuestros Estados. Seguramente, el primer paso a dar tenga que ver con el siempre demandado, pero no bien conseguido, funcionamiento democrático interno de los propios partidos políticos. Y a partir de ahí habrá que comenzar a avanzar en un mayor reconocimiento del papel que éstos deben desempeñar en la composición o elección de determinados órganos constitucionales.

Mantener durante más tiempo la ficción del Parlamento, entendido como el órgano constitucional de representación de la voluntad popular dotado de sus propias reglas de funcionamiento autónomo (o soberano, como todavía se sigue sosteniendo), y de las diputadas y diputados, como representantes a título individual de la mencionada voluntad popular, no reconociendo su (prácticamente) completa supeditación al juego de las mayorías y minorías parlamentarias, trasunto, y esto es lo decisivo, del número de escaños que cada partido político ha obtenido en las correspondientes

¹¹⁴⁷ En relación con la relevancia de la competencia partidista en un Estado federal, vid. LEHMBRUCH, G.: *Parteienwettbewerb im Bundesstaat*, Stuttgart, 1976

elecciones, no es más que querer seguir negando la realidad, aun a sabiendas de que ésta acaba una y otra vez imponiéndose.

Y algo parecido cabría decir en relación con el Consejo Federal alemán, en donde se encuentran representados los Gobiernos de los *Länder*, cuya actuación también se ve muy mediatizada por los partidos políticos, si bien es cierto que, a este respecto, en ocasiones, en la defensa de los intereses propios de un *Land* su Gobierno (vale decir, el partido político que lo sostiene a nivel regional) se “subleva” frente a la línea política marcada por el partido a nivel federal, por considerar que la misma perjudica seriamente esos intereses genuinos de su *Land*.

Pero más allá de estas reflexiones generales, y en relación con la cuestión que nos venía ocupando, relativa a la clarificación de las responsabilidades de la Dieta Federal y el Consejo Federal que se ha querido alcanzar con la reforma constitucional de 2006, se ha de reconocer que ésta difícilmente va a conseguir su propósito a la vista de las modificaciones introducidas en el determinante terreno de la distribución y delimitación de competencias. Así, aunque es cierto que la mencionada reforma trae consigo una disminución significativa del alcance e importancia de las llamadas tareas comunes, manifestación arquetípica del modelo cooperativo de federalismo que se ha ido desarrollando en Alemania a partir de los años cincuenta y, singularmente, al final de la década de los sesenta del pasado siglo, hasta la actualidad, no deja de ser menos verdad que la introducción de un nuevo tipo legislativo, la legislación divergente de los *Länder*, viene a complicar gravemente las cosas.

Hasta el momento, en el orden constitucional de la República Federal de Alemania los campos materiales (y, en su caso, las correspondientes submaterias) se encontraban atribuidos a la competencia o bien de la Federación o bien de los *Länder*, pero no de ambos, simultáneamente y con el mismo alcance. Ni siquiera sucedía algo así en el terreno de la (mal llamada) legislación concurrente, en tanto en cuanto la intervención de la Federación, cumplida alguna de las condiciones

habilitantes que le facultaban a ello, traía consigo la desaparición de la competencia de los *Länder* y, en consecuencia, la invalidez de sus normas contradictorias con las que dictara a partir de ese momento la Federación. Era, por tanto, el principio de exclusividad en la titularidad de las competencias el que ofrecía coherencia al conjunto del sistema¹¹⁴⁸.

Pues bien, como hemos visto, la claridad de este principio se ha visto seriamente empañada con la reforma constitucional de 2006 y la introducción de la denominada legislación divergente de los *Länder*, en virtud de la cual éstos, respecto de determinados ámbitos materiales, podrán apartarse de la normativa aprobada por la Federación. Facultad ésta que corresponde asimismo a la Federación, que podrá dictar una nueva regulación diferente a la de los *Länder* cuando lo considere oportuno. Y así sucesivamente. Aplicándose el criterio temporal (*lex posterior*) en la resolución de los conflictos normativos que inevitablemente surgirán, con la consecuencia de la inaplicación de la norma (federal o de *Land*) que quede prevalida.

Más allá del uso que hagan los *Länder* de esta nueva posibilidad que les ofrece la Ley Fundamental¹¹⁴⁹, lo verdaderamente relevante es que su mera introducción supone la aceptación en el seno del ordenamiento jurídico constitucional alemán de las dobles competencias, algo hasta ahora completamente ajeno al mismo y que, por definición, en nada va a contribuir, sino más bien todo lo contrario, a clarificar esas responsabilidades políticas (de la Federación y de los *Länder*) a que nos referíamos más arriba.

Finalmente, el tercer gran objetivo que se había trazado el Gobierno Federal con la reforma constitucional del federalismo radicaba en mejorar la eficiencia de la

¹¹⁴⁸ Vid. ORFANEL, G. / ARROYO GIL, A.: “El reparto de facultades legislativas...”, pp. 234 ss.

¹¹⁴⁹ Según el estudio del Gobierno Federal a que nos referíamos con anterioridad, transcurrido un año desde la entrada en vigor de la reforma constitucional, los *Länder* no habían hecho aún uso de esta nueva técnica legislativa prevista en los arts. 72.3 GG y 84.1 GG. Vid. Deutscher Bundestag - Drucksache 16/8688..., pp. 4 ss.

actuación pública en el cumplimiento de las tareas de carácter estatal. A tal efecto, preocupaba fundamentalmente reforzar la presencia y la voz de Alemania en las esferas comunitarias. En este sentido, la reforma mencionada sí ha supuesto un fortalecimiento de la actuación unitaria de la República Federal, al traer consigo una limitación de la intervención de los *Länder* ante las instituciones comunitarias a aquellos campos que supongan una afectación esencial de sus facultades legislativas exclusivas sobre enseñanza, cultura o radiodifusión. En tales supuestos, la Federación se verá obligada a transferir a un representante de los *Länder* nombrado por el Consejo Federal el ejercicio de los derechos que le corresponden a la República Federal de Alemania en tanto que Estado miembro de la Unión Europea.

De forma igualmente positiva, aunque con los matices que se hicieron en su momento, se ha de valorar el nuevo reparto de responsabilidades entre la Federación y los *Länder* por el incumplimiento del derecho europeo e internacional, tratando de hacer compatibles dos principios no fácilmente conjugables: el de la responsabilidad subjetiva por el daño causado y el de solidaridad en la asunción de las cargas o sanciones asociadas a ese daño o incumplimiento, con independencia de quién sea su autor.

Con todo, y más allá de la distinta valoración que merezca cada uno de los aspectos o cuestiones concretas que se han visto afectadas por esta reforma constitucional, algo que, por lo demás, ha sido ya hecho al analizarlas críticamente una a una en las páginas precedentes, desde una perspectiva más global resulta complicado mantener con argumentos de peso que esta reforma ha satisfecho todas las grandes expectativas que en ella se habían depositado.

Por el contrario, no parece que la misma haya significado una transformación radical en la forma de entender las relaciones entre las distintas partes integrantes del conjunto del Estado federal: Federación y *Länder*, por un lado, y Dieta Federal y Consejo Federal, por el otro. Si resulta innegable que, en algún punto, los elementos

competitivos se han visto potenciados frente a los típicamente cooperativos, caso de las tareas comunes vistas, no deja de ser menos cierto que la apuesta por un cambio de modelo de federalismo no acaba de materializarse¹¹⁵⁰. El Estado federal alemán, antes y después de la reforma constitucional de 2006, es un “Estado federal unitario” en el que la cooperación entre el todo (la Federación) y las partes (los *Länder*) resulta imprescindible para el buen funcionamiento del conjunto del Estado, y ello tanto desde un punto de vista legislativo, como administrativo y financiero.

No puede sorprender. Un Estado federal es, antes que nada, un Estado. Y como tal precisa llevar a cabo, de manera eficaz, una multiplicidad de funciones y tareas públicas. Ello requiere colaboración, cooperación y, dado el caso, coordinación entre todas las partes competentes para el cumplimiento de esas tareas. Porque a nadie se le oculta que por muy descentralizadas que éstas se encuentren, finalmente unas y otras se predicán respecto de unos mismos ciudadanos que viven en un territorio común, aunque dividido desde un punto de vista organizativo.

Ahora bien, aceptar la certeza de esta aseveración no nos puede hacer perder de vista que precisamente el hecho de que esas tareas se encuentren divididas entre diferentes actores políticos, con equivalente legitimación democrática, demanda no solo un respeto escrupuloso de las respectivas competencias de cada uno de ellos por la/s otra/s parte/s, sino también, y como paso previo, una distribución o reparto de las mismas tan nítido como sea posible. Porque de lo contrario el conflicto estará asegurado.

¹¹⁵⁰ En sentido similar se expresa GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: “Sentido y alcance...”, p. 86, al afirmar que “[e]l resultado final es que, como se constata unas veces con cierto alivio y otras con decepción, la reforma no altera sustancialmente el modelo federal alemán, no supone que el “federalismo cooperativo” sea sustituido por el “federalismo competitivo”; dependerá de la práctica política, en particular del uso que los *Länder* hagan de sus nuevas facultades, en qué medida resultará contrapesado o al menos complementado por él. Parecería, pues, que las reformas del federalismo se han detenido a las puertas de las garantías propias del Estado social, justo donde Estado social y principio federal amenazaban con resolver su tensión en forma de contradicción. Pero ello no significa que la reforma carezca de repercusiones sobre la construcción dogmática del constitucionalismo social”.

Distribuir o repartir y delimitar competencias con claridad y precisión es algo que en todo Estado territorialmente descentralizado corresponde realizar (al menos, en una primera etapa) a la Constitución federal. Por regla general, cuanto más nítida y exacta sea esa distribución competencial, aun asumiendo la dificultad que ello supone, en tanto que la realidad es un *continuum* que no se deja fácilmente compartimentar, menos posibilidades habrá de que surja el conflicto o la disputa por la competencia, que tantas veces relega a un segundo plano el trascendental momento de la cooperación¹¹⁵¹.

Convendría ir teniendo claro que cooperación (ágil, fluida e intensa) entre las distintas partes de un Estado territorialmente descentralizado, no solo no está reñido con distribución (clara, precisa y nítida) de competencias entre todas ellas, sino que, más bien, esto último es un presupuesto necesario de lo primero. Porque –insisto– solo se encontrarán en condiciones óptimas de cooperar aquellas partes que no consideren vulnerada su competencia por las otras partes de la relación federativa. Es probable que si se hubiese tenido esto claro en Alemania una figura tan discutida como la de la legislación divergente de los *Länder* no se hubiera introducido en el ordenamiento jurídico constitucional, pues, como ya se ha señalado, la misma en nada ayuda a clarificar el alcance de la propia competencia y, lo que es más importante aún, de la propia responsabilidad.

Otro binomio al que también merece la pena prestar alguna atención es el de competencia y solidaridad. En Alemania (como en otros lugares) se ha querido contraponer la idea de un federalismo de corte más competitivo con la de solidaridad entre la Federación y los *Länder* y de éstos entre sí. Y, sin embargo, ello no tiene por qué ser necesariamente así. Cuando la solidaridad (generosa) viene garantizada constitucionalmente, haciendo partícipe de la misma a todas y cada una de las partes, la introducción de elementos competitivos entre ellas no solo no podrá en ponerla en peligro, sino que, llegado el caso, será susceptible incluso de traer consigo un incremento de los derechos sociales de que disfrutaran todos y cada uno

¹¹⁵¹ Véase el apartado H del capítulo anterior.

de los ciudadanos del Estado, como consecuencia del efecto emulación hacia arriba que suele producirse en estos casos.

En definitiva, y para concluir ya, la reforma constitucional del Estado federal alemán de que nos hemos venido ocupando aquí se ha visto aquejada de determinados prejuicios muy arraigados tanto en la propia sociedad alemana, como entre las clases políticas dirigentes (federales y de *Land*). No ha estado orientada por unos principios claros, lo que le ha hecho caer en ciertas contradicciones. Y su alcance no ha sido tan amplio como en algún momento se nos hizo creer al caracterizarla, un tanto jocosamente, con la expresión “madre de todas las reformas”.

En justicia tampoco se puede decir que sea una reforma intrascendente, dado que ha afectado a un alto número de preceptos constitucionales, introduciendo, en momentos puntuales, variaciones sustantivas (y no siempre pacíficas), tanto en lo relativo al reparto de competencias (transformación del concepto de legislación concurrente, introducción de la llamada legislación divergente de los *Länder*, supresión de la legislación marco), como en lo que atañe a la participación de los *Länder* en la creación del derecho comunitario o a la responsabilidad de éstos y de la Federación por su incumplimiento, a la reducción de las tareas comunes o a la relación de la Federación con los municipios.

No parece, pues, que la gran montaña, como en la fábula, haya parido tan solo un pequeño ratón. Y, en todo caso, el futuro de la “criatura”, con independencia de su tamaño de origen, dependerá, en muchos aspectos, de los resultados de la reforma de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, consecuencia de los trabajos de la *Comisión sobre el Federalismo II*, que veremos en el capítulo siguiente, pues ya se sabe que distribución de competencias y financiación adecuada son las dos caras de una misma moneda, cuyo valor reside, precisamente, en un correcto equilibrio entre ambas.

En conclusión, era prácticamente seguro que la reforma constitucional del federalismo alemán de 2006, con sus aciertos y errores, no iba a ser la última. La que tuvo lugar en 2009 confirmó la hipótesis. Y a día de hoy tampoco es descartable que en un futuro, más o menos próximo, se acometa una nueva¹¹⁵². Pero esto no debe preocupar excesivamente ni a la sociedad alemana ni a sus representantes políticos, pues como se ha puesto ya de manifiesto en numerosas ocasiones, la Constitución de un Estado, y más aún si éste se encuentra territorialmente descentralizado, ha de encontrarse en disposición de ser modificada con total normalidad cuando sea necesario, con el fin de adecuarla a las nuevas circunstancias políticas, sociales o económicas del momento. Ello, antes que significar una devaluación de su importancia, en tanto que norma superior del ordenamiento jurídico, no es sino una muestra palpable de la buena salud democrática de que goza un Estado y, lo que es más importante aún, una sociedad siempre dispuesta a incorporar a su orden constitucional aquellos aspectos que se consideren en cada momento apropiados para mejorar el funcionamiento y la organización de los poderes públicos o para incrementar los derechos del conjunto de los ciudadanos.

¹¹⁵² Antes incluso de que se tuviera la certeza de si los trabajos de la *Comisión sobre el Federalismo II* se plasmarían o no en una nueva reforma constitucional, habían surgido ya numerosas voces que ponían de relieve la necesidad de acometer en la próxima legislatura una nueva fase (la tercera) de la reforma del federalismo, tendente, esta vez, a modificar la regla de votación en el seno del Consejo Federal y, lo que es aún más trascendental, a reorganizar la estructura territorial de la República Federal, reduciendo el número de *Bundesländer*, a fin de hacerlos más eficientes desde un punto de vista económico, financiero, etc.

CAPÍTULO 4

OBJETO Y CRÍTICA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2009 DE LAS RELACIONES FINANCIERAS ENTRE LA FEDERACIÓN Y LOS *LÄNDER*

A.- INTRODUCCIÓN

Como sabemos, una de las principales críticas que se formularon frente a la reforma constitucional del federalismo alemán, de la que hemos venido dando cuenta hasta el momento, consistía en el hecho de que la misma había dejado pendiente de acometer una modificación profunda de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, que hiciera viable y eficaz la nueva distribución de tareas y funciones¹¹⁵³.

Según hemos tenido oportunidad de destacar en el capítulo precedente, una modificación profunda de las relaciones de poder entre los centros principales de decisión política a nivel federal y de *Land*, para ser efectiva, ha de venir acompañada de una revisión, igualmente seria, de los instrumentos de financiación, pues, de lo contrario, los propósitos que se perseguían con aquélla se pueden ver completamente frustrados¹¹⁵⁴.

Y anunciábamos ya que, en efecto, esa reforma de la llamada Constitución financiera germana había comenzado su andadura con el acuerdo adoptado por la Dieta Federal o *Bundestag* y el Consejo Federal o *Bundesrat*, en sendas sesiones de 15 de diciembre de 2006¹¹⁵⁵, por el que se decide establecer una “Comisión para la modernización de las relaciones financieras entre la

¹¹⁵³ Las voces que clamaron por el acometimiento urgente de la reforma financiera de la Constitución federal una vez concluida exitosamente la primera reforma del federalismo alemán fueron muy variadas. Valga por todas, KIRCHOF, F.: “Den zweiten Schritt wagen! - Die Novellierung der Finanzverfassung als notwendige zweite Stufe der Föderalismusreform”, ZG, 3, 2006, pp. 288 ss.

¹¹⁵⁴ Vid. ECKARDT, F. / BUSCHER, D.: “Föderalismusreform II: Reform der Finanzbeziehungen von Bund, Ländern und Kommunen”, DöV, 3, 2007, pp. 89 ss.; RENZSCH, W.: “Föderalismusreform, zweite Stufe – warum und was”, en Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.), *Jahrbuch des Föderalismus 2008* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008, pp. 109 ss.; KORIOH, S.: “Neuordnung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen?”, ZG, 1, 2007, pp. 1 ss.

¹¹⁵⁵ Vid. Dieta Federal: Plenarprotokoll 16/74 [<http://dip.bundestag.de/btp/16/16074.pdf>]; Consejo Federal: Drucksache 913/06 [[http://rsw.beck.de/rsw/upload/Beck_Aktuell/BR-Drs.913-06\(B\).pdf](http://rsw.beck.de/rsw/upload/Beck_Aktuell/BR-Drs.913-06(B).pdf)].

Federación y los *Länder*”, la conocida como *Comisión sobre el Federalismo II*¹¹⁵⁶.

Compuesta por treinta dos miembros con derecho a voto (dieciséis de la Dieta Federal y dieciséis del Consejo Federal), en la Comisión se integran también cuatro representantes de las Dietas o Parlamentos de los *Länder*, con derecho de petición e intervención, pero sin derecho a voto, posibilitándose asimismo la participación de los municipios a través de los representantes de las tres principales asociaciones locales¹¹⁵⁷. Los treinta y dos miembros de pleno

¹¹⁵⁶ Sobre las condiciones históricas que motivaron la constitución de esta Comisión, el desarrollo de sus trabajos y los fines y objetivos a alcanzar, puede verse el conjunto de las contribuciones recogidas en el número monográfico de la revista *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE)*, 2, 2008 (editada por Joachim Jens Hesse), dedicado precisamente a la modernización de las relaciones financieras en el seno del Estado federal alemán (segunda reforma del federalismo). En concreto, son las siguientes: HESSE, J. J.: “Kleinster gemeinsamer Nenner? Die Föderalismusreform II vor der Entscheidung”, pp. 193 ss.; WIELAND, J.: “Die Reform der bundesstaatlichen Finanzverfassung: historische Voraussetzungen und aktueller Handlungsbedarf”, pp. 204 ss.; CALLIESS, CH.: “Innovationsföderalismus als Voraussetzung von Finanzverantwortung der Länder”, pp. 227 ss.; HUBER, P. M.: “Entflechtung der Verwaltungskompetenzen als Leitidee der Föderalismusreform”, pp. 255 ss.; BURGI, M.: “Zukunftsfähige Kooperationen trotz Entflechtung und staatlicher Hochkonzentration: ein Auftrag für die Föderalismusreform II”, pp. 281 ss.; SCHLIESKY, U.: “Die Aufnahme der IT in das Grundgesetz”, pp. 304 ss.; SCHNEIDER, H-P.: “Gestaltungsföderalismus statt Verwaltungsföderalismus: Chancen und Risiken der Landesparlamente”, pp. 331 ss.; HENNEKE, H-G.: “Kommunalspezifische Fragen im Rahmen der Föderalismusreform”, pp. 356 ss.

¹¹⁵⁷ La participación de los municipios a través de los representantes de sus tres principales asociaciones en el seno de la *Comisión sobre el federalismo II*, aunque limitada, ha tenido su importancia. No han faltado las ocasiones en que los mismos han podido plantear sus propuestas en relación con aquellas cuestiones financieras que les afectan de manera más directa, algo que resulta, por otra parte, perfectamente razonable, dado que una reforma constitucional de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* inevitablemente acabará teniendo algún tipo de efecto en el nivel municipal de gobierno y administración. Vid. Kdruck. 4 - Deutscher Städte- und Gemeindebund - *Zehn Erwartungen der Städte und Gemeinden zur Föderalismusreform II* (22.03.2007); Kdruck. 84 - Deutscher Städtetag - *Kommunale Aspekte in der Föderalismusreform II – Stellungnahme des Deutschen Städtetages zu dem Themen „Finanzen“ und „Modernisierte Formen der Zusammenarbeit im Bundesstaat“* (31.10.2007); Kdruck. 85 - Deutscher Städtetag - *Antwort des Deutschen Städtetages auf finanzstatistische Fragen von Herrn Volker Kröning, MdB; Monika Kuban, Ständige Stellvertreterin des Hauptgeschäftsführers* (16.11.2007); Kdruck. 86 - Deutscher Städte- und Gemeindebund - *Finanzstatistische Daten der Kommunen - Antwort des Deutschen Städte- und Gemeindebundes auf finanzstatistische Fragen von Herrn Volker Kröning, MdB; Helmut Dedy, Stellvertr. Hauptgeschäftsführer des DStGB* (23.11.2007); Kdruck. 89 - Deutscher Landkreistag - *Finanzsituation der Kreise - Antwort des Deutschen Landkreistages auf die Frage von Herrn Volker Kröning, MdB; Hans Jörg Duppré, Präsident des Deutschen Landkreistages* (04.12.2007); Kdruck. 140 - *Beschlüsse der 370. Sitzung des Präsidiums des Deutschen Städtetages zum Stand der Beratungen in der Föderalismuskommission - zugeleitet von Herrn Christian Ude, Präsident des Deutschen Städtetages* (06.10.2008); Kdruck. 164 -

derecho son todos del máximo nivel institucional (entre ellos, cuatro Ministros federales, 10 Ministros-Presidentes de *Land* y los 3 Alcaldes de las Ciudades-Estado de Berlín, Bremen y Hamburgo), lo que ofrece una idea muy aproximada de la trascendencia que se le quiso dar desde un comienzo a la labor de esta *Comisión sobre el Federalismo II*, consciente como se era de que a partir de sus trabajos podría quedar, en buena medida, pergeñado el modelo de financiación para los próximos lustros.

La presidencia de la Comisión la ostentaron, por parte del *Bundesrat*, el Ministro-Presidente de Baden-Württemberg, Günther Oettinger (CDU), y, por parte del *Bundestag*, el Presidente del Grupo parlamentario del SPD, Peter Struck. Por parte del Gobierno Federal, formaron parte del grupo de la Dieta federal de la *Comisión* el Ministro federal de Interior, Wolfgang Schäuble (CDU/CSU), la Ministra federal de Justicia, Brigitte Zypries (SPD), el Ministro federal de Finanzas, Peer Steinbrück (SPD), el Ministro de Economía y Tecnología, Michael Glos (CDU/CSU), así como el Jefe de la Oficina del Canciller Federal, el Ministro federal Thomas de Mazière (CDU/CSU). Por parte del Consejo Federal, a salvo del Ministro de Finanzas de Rheinland-Pfalz, todos los demás miembros de la Comisión son los Ministros-Presidentes de los respectivos *Länder* (o Alcaldes de las Ciudades-Estado)¹¹⁵⁸.

La *Comisión* se constituyó el 8 de marzo de 2007, pudiendo presentar sus Presidentes una propuesta completa de reforma constitucional y legal el 5 de marzo de 2009¹¹⁵⁹, que fue aprobada mayoritariamente por 26 de los 31 miembros presentes de la Comisión, produciéndose tres votos en contra (de los grupos políticos Alianza 90 / Los Verdes y La Izquierda, y del *Land* de Mecklenburg-Vorpommern) y dos abstenciones (de la Ciudad-Estado de Berlín

Stellungnahme des Deutschen Städtetages zu den Vorschlägen der Föderalismuskommission II vom 05.02.2009 (11.02.2009).

¹¹⁵⁸ Una relación detallada de todos y cada uno de los integrantes de la Comisión sobre el Federalismo II en: <http://www.bundestag.de/parlament/gremien/foederalismus2/mitglieder.html>

¹¹⁵⁹

<http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/gremien/foederalisreform/kommissionsdrucksachen/kdrs174.pdf>

y del *Land* de Schleswig-Holstein). Propuesta que, tras ser tomada en consideración por el Gobierno federal, inició su tramitación parlamentaria a fines de marzo con la primera lectura de la misma en la Dieta Federal, concluyendo todo el proceso con la aprobación de los proyectos de ley de reforma constitucional y de ley de acompañamiento el 29 de mayo en la Dieta Federal y el 12 de junio de 2009 en el Consejo Federal.

Las productos legislativos resultantes de este proceso son, en efecto, la Ley de modificación de la Ley Fundamental (Artículos 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115 y 143d), de 29 de julio de 2009, que entró en vigor el 1 de agosto de 2009, por un lado, y la Ley de acompañamiento de la segunda reforma del Federalismo, de 10 de agosto de 2009, por el otro, cuya entrada en vigor tuvo lugar el día 18 de este mismo mes, en virtud de la cual se aprueban nuevas leyes y someten a modificación otras tantas leyes y reglamentos relacionados con las finanzas federales y de *Land*¹¹⁶⁰.

¹¹⁶⁰ En concreto, a través de esta Ley de acompañamiento de la segunda reforma del federalismo son aprobadas las siguientes nuevas leyes: Artículo 1: Ley sobre el establecimiento de un Consejo de Estabilidad y la prevención de situaciones de emergencia presupuestaria - *Gesetz zur Errichtung eines Stabilitätsrates und zur Vermeidung von Haushaltsnotlagen*; Artículo 2: Ley para la aplicación del Artículo 115 de la Ley Fundamental (= GG) – *Gesetz zur Ausführung von Artikel 115 des Grundgesetzes*; Artículo 3: Ley sobre la concesión de ayudas a la consolidación – *Gesetz zur Gewährung von Konsolidierungshilfen*; Artículo 4: Ley sobre la conexión de las redes tecnológicas de información de la Federación y los *Länder* – Ley sobre la aplicación del Artículo 91c apartado 4 de la Ley Fundamental – *Gesetz über die Verbindung der informationstechnischen Netze des Bundes und der Länder – Gesetz zur Ausführung von Artikel 91c Absatz 4 des Grundgesetzes*; Artículo 5: Ley del Registro federal de datos sobre cáncer – *Bundeskrebsregisterdatengesetz*. Y son modificadas las siguientes leyes y reglamentos: Artículo 6: Ley de administración financiera – *Finanzverwaltungsgesetz*; Artículo 7: Ley de compensación financiera – *Finanzausgleichsgesetz*; Artículo 8: Ley del impuesto sobre la renta – *Einkommensteuergesetz*; Artículo 9: Reglamento de aplicación del impuesto sobre la renta – *Einkommensteuer-Durchführungsverordnung*; Artículo 10: Ley del impuesto de seguros – *Versicherungsteuergesetz*; Artículo 11: Reglamento de aplicación del impuesto de seguros – *Versicherungsteuer-Durchführungsverordnung*; Artículo 12: Ley del impuesto sobre la protección contra incendios – *Feuerschutzsteuergesetz*.

B.- LA REFORMA TRAS LA REFORMA

Antes de proceder al estudio y análisis de la reforma constitucional de 2009, objeto principal de atención en este capítulo, conviene recordar, en primer lugar, que algunos de los aspectos de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* habían sido ya objeto de modificación con ocasión de la reforma constitucional de 2006, si bien es cierto que con un alcance muy limitado, tal y como hemos tenido ocasión de comprobar al final de capítulo precedente¹¹⁶¹.

Así, más allá de la supresión de determinados supuestos de financiación mixta en el ámbito de las tareas comunes obligatorias (antiguo apartado 1 del art. 91a.1 GG), de la consagración constitucional de un pacto de estabilidad nacional como reflejo de la exigencia de la normativa comunitaria a este respecto (art. 109.5 GG) y de la regulación expresa en la Ley Fundamental del reparto de las cargas entre la Federación y los *Länder* en el caso de lesión de las obligaciones de carácter supranacional e internacional (art. 104a.6 GG), las modificaciones que tuvieron lugar en el terreno de la Constitución financiera, orientadas en su mayoría, al igual que todas las demás, a la consecución de los objetivos de desconcentración, clarificación de las responsabilidades y potenciación de la autonomía de actuación, se circunscribieron al endurecimiento de las condiciones para la obtención de ayudas financieras (art. 104b GG), así como al fortalecimiento de la autonomía fiscal de los *Länder* en lo relativo al impuesto sobre la adquisición de terrenos (art. 105.2a y 107.1 *in fine* GG)¹¹⁶².

No obstante, y, en cierto modo, en contradicción con esta tendencia general de la reforma de reducir el número de supuestos en que la intervención de los

¹¹⁶¹ Véase el apartado D.6 del capítulo anterior.

¹¹⁶² Vid. ELÍAS MÉNDEZ, C.: "La reforma de la Constitución financiera en Alemania: Un reforma pendiente", ReDCE, 6, 2006 (La reforma del federalismo alemán), pp. 239 ss. Sobre los trabajos relativos a las cuestiones financieras, desarrollados en el seno de la *Comisión sobre el federalismo I*, que sirvieron de base para la preparación de esta reforma constitucional, véase el apartado D.7 del capítulo 2.

Länder a través del *Bundesrat* en la aprobación de las leyes federales sea determinante, también fueron modificados los apartados 3 y 4 del art. 104a GG con el fin de incrementar la capacidad de decisión de los *Länder* respecto de la aprobación de aquellas leyes federales cuya ejecución haya de correr de su cuenta. A tal efecto, se prevé que “[l]as leyes federales que den lugar a obligaciones de los *Länder* de producción de prestaciones monetarias, prestaciones evaluables económicamente o prestaciones de servicios equivalentes frente a terceros y que sean ejecutadas por los *Länder* como asunto propio o por encomienda de la Federación (...) precisan del asentimiento del Consejo Federal cuando de ello se deriven costes que tengan que ser soportados por los *Länder*.”

Sin negar la importancia de estas modificaciones, lo cierto es que desde un principio las mismas se manifestaron insuficientes para hacer realidad el propósito fijado por los impulsores de la considerada principal reforma de la Constitución alemana desde que la misma fue aprobada en 1949. De ahí que las voces críticas que clamaban por el acometimiento urgente de una reforma financiera más profunda de la Constitución federal, que hiciera viable y eficaz la nueva distribución de tareas y funciones llevada a cabo por la modificación de la Ley Fundamental de 2006, no se hicieran esperar¹¹⁶³.

Y fue así como, según se ha señalado ya, al poco de la entrada en vigor de ésta se constituyó la “Comisión para la modernización de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*”, cuya actividad se prolongó durante dos años¹¹⁶⁴, en los que tuvieron lugar 19 sesiones de trabajo y durante los cuales se generaron más de ciento setenta informes y dictámenes

¹¹⁶³ Valga por todas, KIRCHOF, F.: “Den zweiten...”, pp. 288 ss.

¹¹⁶⁴ Años durante los cuales los trabajos de la Comisión despertaron ya amplio interés en el mundo académico, como ponen de relieve las variadas publicaciones que se realizaron en ese momento. Vid., por todas, KONRAD, K. A. / JOCHIMSEN, B. (Ed.): “Foederalismuskommision II: Neuordnung von Autonomie und Verantwortung”, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2008.

(*Kommissionsdrucksachen*)¹¹⁶⁵, así como alrededor de ciento veinte documentos de trabajo (*Arbeitsunterlagen*)¹¹⁶⁶, individuales y conjuntos, elaborados por los propios miembros de la Comisión, así como por otros representantes públicos, instituciones, expertos y especialistas de diversas disciplinas¹¹⁶⁷, todos ellos fácilmente accesibles a través de la página web del *Bundestag*.

¹¹⁶⁵ Vid. en la página web del *Bundestag*:

<http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/gremien/foederalisreform/kommissionsdrucksachen/index.html>

¹¹⁶⁶ Vid. en la página web del *Bundestag*:

<http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/gremien/foederalisreform/arbeitsunterlagen/index.html> y

<http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/gremien/foederalisreform/arbeitsgruppenunterlagen/index.html>

¹¹⁶⁷ En efecto, la participación de los expertos provenientes de diferentes disciplinas científicas (economistas, juristas, politólogos, etc.), cuyos dictámenes e informes han sido objeto, en ocasiones, de vivos debates en el seno de la *Comisión sobre el Federalismo II*, constituye un buen ejemplo de cómo las aportaciones académicas pueden contribuir a ilustrar las deliberaciones y decisiones políticas. Vid., entre otros, Kdruck. 14 – Hans Meyer - *Stellungnahme zur öffentliche Anhörung zu den Finanzthemen am 22. Juni 2007* (18.05.2007); Kdruck. 16 – Wolfgang Renzsch - *Stellungnahme zur öffentliche Anhörung zu den Finanzthemen am 22. Juni 2007* (24.05.2007); Kdruck. 17 – Stefan Koriath - *Stellungnahme zur öffentliche Anhörung zu den Finanzthemen am 22. Juni 2007* (24.05.2007); Kdruck. 30 – Joachim Wieland - *Stellungnahme zur öffentliche Anhörung zu den Finanzthemen am 22. Juni 2007* (07.06.2006); Kdruck. 31 – Hans-Peter Schneider – *Gestaltungsföderalismus statt Verwaltungsföderalismus - Stellungnahme zur öffentliche Anhörung zu den Finanzthemen am 22. Juni 2007* (Juni 2007); Kdruck. 58 - Hans-Günter Henneke - *Der Bund und die Kommunen – Aufgaben- und Finanzbeziehungen an den Beispielen SGB II, SGB VIII und SGB XII* - Beitrag für Niedersächsische Verwaltungsblätter, Heft 1/2008; Kdruck. 65 – Bodo Pieroth – *Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen am 8. November 2007* (16.10.2007); Kdruck. 66 – Christian Calliess – *Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen am 8. November 2007* (15.10.2007); Kdruck. 68 – Ulrich Battis - *Stellungnahme zur öffentliche Anhörung zu den Verwaltungsthemen* (18.10.2007); Kdruck. 78 – Joachim Jens Hesse - *Stellungnahme zur öffentliche Anhörung zu den Verwaltungsthemen am 8. November 2007* (24.10.2007); Kdruck. 79 – Hans-Peter Schneider – *Selbstbestimmungs-föderalismus statt Mitbestimmungsföderalismus - Stellungnahme zur öffentliche Anhörung zu den Verwaltungsthemen am 8. November 2007* (Oktober 2007); Kdruck. 82 – Peter M. Huber - *Stellungnahme zur öffentliche Anhörung zu den Verwaltungsthemen am 8. November 2007* (08.11.2007); Kdruck. 134 - Gutachten von Herrn Prof. Dr. Hans-Peter Schneider - zugeleitet von Kommissionsmitglied Martin Kayenburg - *Schuldenregelungen des Bundes für die Haushaltswirtschaft der Länder - Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen* (Juli 2008); Kdruck. 159 - Regelungsoptionen im IT-Bereich durch die Föderalismuskommission II von Privatdozent Dr. Thorsten Siegel - zugeleitet von Kommissionsmitglied Fritz-Rudolf Körper, MdB (04.02.2009).

Una vez más, y al margen de los resultados concretos de la reforma, conviene poner de relieve el método de trabajo seguido en Alemania para acometer esta modificación de su Constitución federal, en el que predomina la transparencia en los debates, discusiones y toma de decisiones, el rigor en el análisis de la situación de que se parte y a la que se trata de dar respuesta, y la amplia participación de los actores, no solo políticos (parlamentarios o gubernamentales), sino también institucionales y sociales, tal y como resulta de recibo en un Estado que apuesta decididamente por dotar de contenido concreto y efectivo a uno de los principios fundamentales que lo caracterizan, el principio democrático, en su faceta más genuina, la participativa¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁸ Muy crítico, sin embargo, con estas comisiones, en las que el peso de los expertos puede ir en detrimento de un mayor protagonismo de los representantes públicos, con el consiguiente perjuicio que ello puede acarrear para el principio democrático, se muestra el Presidente del Tribunal Constitucional Federal, Hans-Jürgen Papier, en su conferencia titulada „Zum Spannungsverhältnis von Lobbyismus und parlamentarischer Demokratie“, pronunciada en el Reichstag, el 24 de febrero de 2006, con motivo de la presentación del libro: "Die fünfte Gewalt. Lobbyismus in Deutschland", p. 5. Vid. también HERDEGEN, M.: "Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?", 62. Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, 7, 2003, pp. 7 ss.; WALDHOFF, C. / DIETERICH, P.: "Die Föderalismusreform II – Instrument zur Bewältigung der staatlichen Finanzkrise oder verfassungsrechtliches Placebo?", Zeitschrift für Gesetzgebung, 2, 2009, pp.108 ss.

C. RAZONES, OBJETIVOS Y FINALIDAD DE LA REFORMA

La *Comisión sobre el Federalismo II* nació con el cometido de elaborar una serie de propuestas que favorecieran la modernización de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, de modo que éstas se adecuasen a las cambiantes condiciones marco, tanto de dentro como de fuera de Alemania, a fin de poner en práctica una política activa que fomentara el empleo y el desarrollo económico¹¹⁶⁹.

Más allá de los contenidos específicos de la reforma constitucional llevada a efecto a raíz de los trabajos de esta Comisión, que veremos en el epígrafe siguiente, y de los objetivos concretos perseguidos con la misma, que serán objeto de mención más adelante, interesa destacar ahora cómo la intensa actividad desplegada durante los dos años en que desarrolló su labor esta Comisión han servido también para animar un intenso debate sobre el papel que han de jugar en la actualidad los principios de solidaridad e igualdad en el seno del modelo federal alemán, y, más en concreto, en el muy sensible terreno de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*.

A tal efecto, se ha puesto claramente de relieve que los fundamentos de tales relaciones financieras, constitucionalmente configuradas en sus elementos esenciales desde la aprobación de la Ley Fundamental en 1949, y seriamente modificadas a raíz de las reformas constitucionales que tuvieron lugar en 1955 y, sobre todo, en 1969¹¹⁷⁰, resultaban ya insostenibles en tanto en cuanto las

¹¹⁶⁹ Vid. Deutscher Bundestag - Drucksache 16/3885 - Antrag der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP - Einsetzung einer gemeinsamen Kommission zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen (14.12.2006), p. 1; y Kdruck. 128: Eckpunkte zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen - Vorschlag der Vorsitzenden FV Dr. Peter Struck, MdB MP Günther H. Oettinger, MdL, (23.06.2008), p. 1.

¹¹⁷⁰ Vid. HENNEKE, H-G.: "Kontinuität und Wandel der Finanzverfassung des Grundgesetzes", Deutsches Verwaltungsblatt, 9, 2009, pp. 562 ss. Un estudio riguroso en castellano de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* a lo largo de su historia constitucional, y, en general, sobre el Estado federal alemán, puede verse en ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo y cooperación en la República Federal de Alemania*, CEC, Madrid, 1986 (Capítulo IX: "El sistema de relaciones financieras federales", pp. 261 a 320). Vid. también MEDINA GUERRERO, M.: *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias*

condiciones socio-económicas y, no conviene olvidarlo, territoriales, como consecuencia de la reunificación alemana experimentada a principios de los años noventa de la pasada centuria, habían cambiado de manera notable en los cuarenta años transcurridos desde la última reforma constitucional aludida hasta la actualidad¹¹⁷¹.

En sus características esenciales, la Constitución financiera alemana, hasta la reforma constitucional de 2009¹¹⁷², atribuye a los *Länder* el rendimiento de una serie de impuestos de importancia menor, respecto de los cuales, además, su capacidad decisoria se ve muy limitada, dado que la facultad legislativa a este respecto corresponde a la Federación¹¹⁷³. Por su parte, el rendimiento de los

de las Comunidades Autónomas, CEC, Madrid, 1993, pp.162 a 244. Y, más recientemente, ELÍAS MÉNDEZ, C.: “La reforma de...”, 2006, pp. 223 a 252.

¹¹⁷¹ Vid. Kdruck. 30: Stellungnahme von Prof. Dr. Joachim Wieland LL.M., Institut für öffentl. Recht, Finanz- und Steuerrecht der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, zur öffentlichen Anhörung zu den Finanzthemen am 22. Juni 2007, de 07.06.2006, pp. 1 ss.

¹¹⁷² Vid. HENNEKE, H-G.: “Kontinuität und Wandel...”, 2009, pp. 562 ss. En castellano, véase Ángeles GARCÍA FRÍAS, A.: “El sistema de financiación de los Länder”, en César Albiñana García-Quintana / Eusebio González García / Juan Ramallo Massanet / Ernesto Lejeune Valcárcel / Ana Yábar Sterling (coords.), *Estudios en homenaje al Profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 859 a 884. Véase, asimismo, una exposición, muy resumida pero afinada, del modelo constitucional alemán de relaciones financieras vigente desde 1969 hasta la reforma constitucional de 2009, en TEJERIZO LÓPEZ, J. M. (dir.): *La financiación territorial en los Estados descentralizados: Un estudio comparado*, Estudios jurídicos, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009, pp. 18 ss.

¹¹⁷³ En términos generales, en la República Federal de Alemania las facultades legislativas en el terreno tributario están atribuidas constitucionalmente a la Federación, mientras que los *Länder* ostentan el protagonismo en la aplicación y gestión de la mayor parte de los tributos (art. 108 GG). De hecho, la Federación únicamente se encarga de la administración de aquellos impuestos cuya recaudación le corresponde en su totalidad y de los de carácter comunitario (art. 108.1 GG); el resto de los tributos, tanto los de recaudación estatal –Impuesto sobre sucesiones y donaciones, sobre vehículos de tracción mecánica, sobre loterías, etc.- como los de recaudación compartida –Impuesto sobre la renta, sociedades e IVA- son administrados por los propios *Länder*, que transfieren después a la Federación la parte que le corresponda (art. 108.2 GG); si bien es cierto que en este último supuesto (impuestos de recaudación compartida), la administración de los *Länder* se ejerce por delegación de la Federación (art. 108.3 GG), lo que conlleva que ésta se reserve importantes competencias de control o supervisión (*Bundesaufsicht*), jurídica y de oportunidad, sobre la actuación de los *Länder*. Vid. HENNEKE, H-G.: “Kontinuität und Wandel...”, 2009, pp. 567 ss.; ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo...*, 1986, pp. 300 ss.; y Tejerizo, *La financiación territorial...*, 2009, pp. 117 ss., quien destaca las críticas de que ha sido objeto este sistema de administración descentralizada, debido a su “complejidad, duplicación de funciones y escasa economía de medios”, lo que motiva una “insuficiente persecución del fraude fiscal, la lentitud en el desarrollo de los procedimientos tributarios, el uso de prácticas de liquidación e inspección diferenciadas, la utilización de *software* diverso para la aplicación de los tributos y, en definitiva,

grandes impuestos (IRPF, Sociedades e IVA), es compartido¹¹⁷⁴ entre la Federación y los *Länder*, tomando en consideración respecto de estos últimos el rendimiento territorializado, es decir, lo recaudado en su territorio (a salvo del IVA, en donde el criterio principal de reparto se fija en el número de habitantes).

Este sistema se ve complementado con un régimen de compensación o equilibrio interterritorial que sirve al fin de equiparar la capacidad financiera de aquellos *Länder* cuyos ingresos fiscales por habitante se encuentren por debajo de la media, a través de transferencias provenientes de los *Länder* con capacidad financiera superior a ese promedio¹¹⁷⁵. A ello se han de sumar las ayudas complementarias que, a su vez, la Federación concede a los *Länder* con mayores necesidades financieras (art. 107.2 GG). Ayudas de las que, por cierto, se venía haciendo un uso extensivo hasta que recientemente el Tribunal Constitucional Federal sentó una jurisprudencia en virtud de la cual esas ayudas federales complementarias han de concebirse como medidas excepcionales (principio de *ultima ratio* –en palabras del propio Tribunal), a las que únicamente cabrá acudir cuando no sea posible superar por otras vías la crisis financiera, hasta el punto de que ésta, de no resolverse por medio de tales ayudas federales, pueda constituir una amenaza seria para “la existencia del *Land* como sujeto constitucional capaz de desempeñar sus tareas públicas” („*Existenzbedrohung des Landes als verfassungsgerecht handlungsfähigen Trägers staatlicher Aufgaben*“)¹¹⁷⁶.

la preferencia de los intereses particulares del *Land* en el desempeño de sus funciones en perjuicio de otros de carácter general”.

¹¹⁷⁴ En el caso de los impuestos sobre la renta y sociedades, a partes iguales entre la Federación y los *Länder*, si bien en el primer supuesto (impuesto sobre la renta) habrá que descontar la parte correspondiente que los propios *Länder* habrán de transferir a los municipios que se encuentran radicados en su territorio, y que oscila entre un 12% y un 15%, según dispone la Ley de reforma de las finanzas locales, de 4 de abril de 2001. Vid. TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: La financiación territorial..., 2009, p. 25.

¹¹⁷⁵ Equiparación entre los distintos *Länder* que, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional Federal, no tiene que ser completa. Se trataría, más bien de una aproximación a la media federal. Vid. BVerfGE 72, 330 (36 ss.); 101, 158 (222).

¹¹⁷⁶ BVerfGE 116, 327, de 19 de octubre de 2006 (sobre la crisis presupuestaria de la Ciudad-Estado de Berlín, cuya reclamación de mayores transferencias suplementarias a la Federación no fue aceptada por el Tribunal Constitucional Federal precisamente por los motivos señalados en el texto principal: no encontrarse en una situación de crisis presupuestaria extrema). No obstante, lo cierto es que desde antiguo el Tribunal Constitucional Federal había venido

Las deficiencias de este modelo de financiación, particularmente a partir de la reunificación alemana, se pusieron claramente de manifiesto una vez que se constató que el mismo no era capaz de conseguir el objetivo principal que perseguía: garantizar a los *Länder* unos recursos financieros suficientes y adecuados para poder cumplir con las competencias y tareas que tienen encomendadas, algo que se mostraba particularmente difícil en el caso de los *Länder* que con un menor nivel de ingresos, habían, además, de afrontar un alto gasto social, impuesto, en buena medida, por la normativa federal.

Estos desequilibrios, al tiempo que otorgaron un gran protagonismo dentro del sistema a las transferencias de nivelación, con lo que ello supone de pérdida de autonomía financiera y, por tanto, política de los *Länder* menos favorecidos, pusieron de relieve que el funcionamiento de este modelo de financiación estaba llegando a su punto de saturación. Y no solo por no ser capaz de garantizar adecuadamente ese nivel de financiación suficiente para cada uno de los *Länder*, sino también porque el mismo estaba generando un cierto grado de irresponsabilidad de éstos, que sabedores de que sus desequilibrios presupuestarios podían ser, en buena medida, subsanados por las transferencias de nivelación y las ayudas complementarias procedentes, respectivamente, de otros *Länder* y de la Federación, incurrían, en ocasiones, en “alegrías presupuestarias” y en “desidias recaudatorias” difícilmente justificables¹¹⁷⁷.

concibiendo como excepcionales esas ayudas financieras de la Federación a favor de los *Länder*, otra cosa es que fuera muy permisivo en la apreciación de esa excepcionalidad. Vid. BVerfGE 39, 96 (107), en donde el Tribunal afirma ya que “[u]n sistema federal debe asegurar que las ayudas financieras constituyen solo una excepción y que su concesión se regula de tal modo que no se convierte en un medio de influencia sobre la libre decisión de los Estados miembros en el cumplimiento de las tareas que les correspondan”. Vid. TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: *La financiación territorial...*, 2009, pp. 19 ss.; y ELÍAS MÉNDEZ, C.: “La reforma de...”, 2006, pp. 225 ss.

¹¹⁷⁷ Vid. Kdruck. 17: Stellungnahme von Prof. Dr. Stefan Koriath, Institut für Politik und Öffentliches Recht der Universität München, zur öffentlichen Anhörung zu den Finanzthemen am 22. Juni 2007, (24.05.2007), pp. 19 ss.; y Kdruck. 20: Stellungnahme von Prof. Dr. Kai A. Konrad, Institut für öffentl. Finanzen und Sozialpolitik der Freien Universität Berlin, zur öffentlichen Anhörung zu den Finanzthemen am 22. Juni 2007, (25.05.2007), pp. 24 ss.

A estas razones, de por sí ya muy poderosas como para motivar una modificación constitucional del modelo de financiación, se ha de añadir también el hecho de que el endeudamiento de la Federación y de los *Länder* desde hace lustros es tan elevado que ha llevado a que Alemania haya incumplido ya en diversas ocasiones el Pacto europeo de estabilidad y crecimiento, algo que no siendo atribuible, en exclusiva, a la propia letra de la Ley Fundamental, sí que es cierto que la permisividad de algunas de sus disposiciones sobre el recurso al crédito por parte de las administraciones públicas en nada favorece la superación de esa situación de grave riesgo para la estabilidad financiera del conjunto del Estado.

En concreto, la Federación ha “legitimado” ese recurso abusivo al crédito apelando, por un lado, a su papel de garante de la superación de las crisis presupuestarias de los *Länder*, y, por el otro, a la objetiva dificultad de incrementar sus ingresos tributarios procedentes de los impuestos compartidos, dada la necesaria participación de los *Länder* a través del Consejo Federal cuando se pretendan alterar los elementos esenciales de tales figuras impositivas (art. 105.3 GG).

Por su parte, los *Länder* también han hecho un uso ciertamente generoso de ese recurso al crédito, “legitimando” su decisión en el hecho de que, por una parte, muchos de sus gastos venían impuestos por la normativa federal que habían de aplicar, y, por la otra, en que se encontraban prácticamente imposibilitados para incrementar el nivel de sus ingresos procedentes de la recaudación fiscal, dada su debilidad normativa a este respecto.

En definitiva, como podemos apreciar, son muchas y de gran peso las razones que, efectuada la modificación constitucional de 2006, relativa, sobre todo, al ámbito de las competencias, justificaban acometer una modificación de la

Constitución financiera alemana, con el fin de alcanzar los siguientes objetivos¹¹⁷⁸:

- fijación de un límite efectivo al endeudamiento del Estado¹¹⁷⁹, procurando una amortización paulatina de las deudas existentes a medio plazo;

- mejora de las condiciones institucionales que aseguren una sostenibilidad a largo plazo de los presupuestos de la Federación y de los *Länder*, en consonancia con las prescripciones del reformado Pacto europeo de estabilidad y crecimiento¹¹⁸⁰;

- fortalecimiento de la responsabilidad propia de cada una de las corporaciones territoriales (Federación, *Länder* y Entes locales), dotándoles de unos recursos financieros adecuados a las tareas que han de desempeñar;

¹¹⁷⁸ Véase, en general, la Propuesta de los Presidentes de la Comisión, Peter Struck y Günther Oettinger, presentada el 23 de junio de 2008, en donde quedan fijados los puntos principales que –en su opinión– se han de acometer en la reforma (Kdruck. 128): <http://www.bundestag.de/parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs128.pdf>. Ténganse, asimismo, en cuenta las propuestas formuladas al efecto por los Presidentes de los Parlamentos de los *Länder* alemanes, reunidos en Berlín del 15 al 17 de junio de 2008 (“Declaración de Berlín”) - *Berliner Erklärung der Konferenz der Präsidentinnen und Präsidenten der deutschen Landesparlamente vom 16. Juni 2008 zur Föderalismusreform II* (Kdruck. 125): <http://www.bundestag.de/parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs125.pdf>; así como los acuerdos alcanzados, a este respecto, por los grupos parlamentarios de la CDU/CSU y el SPD, recogidos en los documentos: *Aktualisierte Leitlinien der AG Föderalismus II der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, de 20.06.2008* (Kdruck. 123): <http://www.bundestag.de/parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs123.pdf>; y *Föderalismusreform II - Beschluss der SPD-Bundestagsfraktion – Juli 2008* (Kdruck. 127): <http://www.bundestag.de/parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs127.pdf>, respectivamente.

¹¹⁷⁹ Véase el Informe de los expertos, de marzo de 2007, titulado “Staatsverschuldung wirksam begrenzen”, encargado por el Ministerio de Economía y Tecnología (Kdruck. 2neu). Interesa destacar a este respecto un dato especialmente revelador: desde la modificación de 1969 de la Constitución financiera el endeudamiento de los presupuestos públicos ha ascendido en Alemania del 20% de entonces al casi 70% de hoy en día. Dato éste recogido en los fundamentos generales del proyecto de ley de modificación de la Ley Fundamental (Artículos 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115 y 143d) de los grupos parlamentarios de la CDU/CSU y del SPD – „Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD“ – Deutscher Bundestag – 16. Wahlperiode - Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, p. 5.

¹¹⁸⁰ Vid. „Gesetzentwurf der Fraktionen...“ - Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, p. 1.

- establecimiento de un sistema de alerta temprana que ayude a prever las crisis presupuestarias¹¹⁸¹;
- consecución de un pacto de consolidación entre la Federación y todos los *Länder*, en virtud del cual cada una de las partes se obligue al logro del objetivo común de un presupuesto equilibrado desde un punto de vista estructural, que sea duradero¹¹⁸²;
- otorgamiento de ayudas financieras concretas a los *Länder* que las precisen, de conformidad con unos criterios generales bien delimitados;
- aumento de la autonomía impositiva de los *Länder* (particularmente, en el terreno de la imposición inmobiliaria y del incremento de los derechos recaudatorios en los impuestos sobre la renta y sobre sociedades, dado el caso, por la vía de una cláusula de carácter experimental)¹¹⁸³;

¹¹⁸¹ Kdruck. 128: Eckpunkte zur Modernisierung..., p. 3.

¹¹⁸² Kdruck. 128: Eckpunkte zur Modernisierung..., pp. 3 ss.

¹¹⁸³ Kdruck. 128: Eckpunkte zur Modernisierung..., p. 5. No obstante, a este respecto, son muchas también las reservas que cabe formular frente a un incremento generalizado de la autonomía fiscal de los *Länder*, entendida como solución a su frecuente insuficiencia financiera. La mayoría de ellas apuntan hacia el hecho innegable de que una competencia fiscal entre los *Länder* puede poner seriamente en riesgo la unidad de mercado, y, muy en particular, podría colocar en situación de clara desventaja a aquellos *Länder* con economías menos desarrolladas. De ahí que la mayoría de ellos, sobre todo, los *Länder* más pequeños y con menos recursos, rechazaran en la reforma del federalismo de 2006 las propuestas de incrementar la competencia fiscal, tal y como recuerda el jurista y politólogo Fritz W. Scharpf en una interesante entrevista publicada en la web de la Dieta Federal, titulada „Wege aus der Politikverflechtung“, con motivo del Simposio que tuvo lugar en Saarbrücken los días 24 y 25 de junio de 2009 para conmemorar el sexagésimo aniversario del Consejo Federal (http://www.bundesrat.de/nn_1513148/symposium/Home/symposium-interview.html).

Se ha señalado, además, que una medida de este calibre, tendente a incrementar la competencia fiscal entre los *Länder* en la República Federal de Alemania, supondría también ir a contracorriente de la tendencia comunitaria de favorecer una cierta armonización fiscal entre los Estados miembros de la Unión Europea. Vid., en este sentido, las objeciones formuladas por Wieland: “Schriftliche Stellungnahme...” (Kdruck. 30), pp. 11 ss., para quien el logro del objetivo de la suficiencia financiera de los *Länder* pasaría, más bien, por proceder al reparto de los rendimientos del impuesto sobre la renta entre éstos en función de las necesidades que cada uno tuviera de acuerdo con parámetros objetivos, como los que atienden al número de habitantes o al producto interior bruto.

Este debate ya se desarrolló, en términos similares, en el seno de la *Comisión sobre el Federalismo I*, cuyos trabajos sirvieron de base para acometer la reforma constitucional alemana de 2006, a la que nos hemos referido ampliamente en el capítulo 2.

- desburocratización e incremento de la eficiencia de la administración pública tributaria, entre otras cosas, por medio de la concentración o desconcentración de las tareas públicas –según convenga- y a través de la introducción de estándares de Tecnología de la Información (*IT-Standards*)¹¹⁸⁴;

- apertura de vías para facilitar las uniones voluntarias de *Länder* y posibilitar la cooperación reforzada entre algunos de ellos.

En resumidas cuentas, la persecución de todos estos objetivos, aunque no se diga explícitamente, no es más que el trasunto de una finalidad de alcance más general, a saber: hacer, por un lado, más eficientes las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, con la vista puesta en el principio básico de todo modelo de financiación en un Estado territorialmente descentralizado, el principio de conexión entre la realización de las tareas públicas y los gastos a ellas asociados (*Konnexitätsprinzip*), y, por el otro, conseguir también que tales relaciones financieras sean más transparentes, lo que, en último término, permitirá clarificar las responsabilidades políticas de las distintas partes implicadas (Federación y *Länder*, fundamentalmente, pero también, no lo olvidemos, los Gobiernos y Administraciones locales), algo que resulta absolutamente imprescindible para que los controles jurídicos y de oportunidad funcionen adecuadamente, tal y como es de esperar en un Estado federal democrático de Derecho que haga honor a estos calificativos.

¹¹⁸⁴ Kdruck. 128: Eckpunkte zur Modernisierung..., pp. 5 ss.

D.- CONTENIDO DE LA REFORMA

Aunque en el momento de constituirse los propósitos de la *Comisión sobre el Federalismo II* eran muy ambiciosos, en el sentido de acometer una profunda reforma constitucional de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* que hiciera viable la nueva ordenación competencial operada por la reciente modificación de la Ley Fundamental de 2006, lo cierto es que, finalmente, como suele suceder en tantas ocasiones, el compromiso que se pudo alcanzar entre las fuerzas políticas mayoritarias fue relativamente modesto, lo que desde un principio fue objeto de críticas de diversa índole¹¹⁸⁵.

A fin de poder ofrecer una exposición ordenada y sistematizada del contenido de esta reforma, sin dejar en el olvido ninguno de los concretos preceptos constitucionales que fueron objeto de modificación o, en su caso, incorporación al texto de la Ley Fundamental, procederemos a agrupar por ámbitos materiales o temáticos las diversas cuestiones abordadas, de acuerdo con la siguiente clasificación:

¹¹⁸⁵ Entre las noticias aparecidas en los medios de comunicación, valga por todas el artículo publicado en el prestigioso semanario *Die Zeit*, cuyo jocoso título ofrece ya una idea de su contenido: “Ein Staats-Reförmchen” (Zeit Online - 13.02.2009: <http://www.zeit.de/online/2009/08/foederalismus-reform>). Críticas que, por cierto, tampoco dejaron de formularse desde las propias filas del Partido Social-Demócrata que, no lo olvidemos, en el momento de aprobación de la reforma formaba parte del Gobierno de Gran Coalición presidido por la Canciller Angela Merkel (y que se mantuvo en él hasta las elecciones legislativas federales que tuvieron lugar en septiembre de 2009). En opinión de algunos sectores críticos del SPD, la nueva regulación, al impedir contraer nuevas deudas a los *Länder*, podría ser inconstitucional por suponer una injerencia intolerable en el derecho presupuestario que corresponde ejercer a las Dietas de éstos. Vid. También las noticias de actualidad publicadas al respecto en la página web de la Dieta Federal: „Schuldenbremse soll ins Grundgesetz – Bund und Länder einigten sich in der Föderalismuskommission“ (http://www.bundestag.de/aktuell/archiv/2009/23516209_kw06_foedkom/index.html); y „Föderalismuskommission beschließt Schuldenbremse“ (http://www.bundestag.de/aktuell/archiv/2009/23584172_kw07_foedkom/index.html).

D.1.- Introducción de un límite a la capacidad de endeudamiento de la Federación y los *Länder*

Seguramente sea ésta la modificación más sustancial de la reforma constitucional que nos viene ocupando, dada su trascendencia de cara al futuro diseño de los presupuestos de la Federación y de los *Länder*, en tanto en cuanto puede suponer una importante limitación a su libre capacidad de actuación. Algo que, por otra parte, no siempre se ha de valorar positivamente, pues si bien es cierto que resulta conveniente fijar alguna barrera a la, llegado el caso, irresponsable capacidad de endeudamiento de las autoridades públicas, por otro lado no se puede ignorar que, en ocasiones, la superación de determinadas situaciones críticas, desde un punto de vista económico o financiero, requiere la puesta en marcha de importantes recursos públicos que reactiven los debilitados instrumentos de la actividad económica del sector privado.

Como veremos seguidamente, esta aparente dicotomía, que debería de ser considerada desde un perspectiva no solo técnica, sino también ideológica, en tanto que significa una opción del reformador constitucional por un determinado modo de concebir el papel de la acción pública, fue tenida, en cierta forma, en cuenta por el reformador constitucional alemán, que trató de buscar una solución de compromiso o equilibrio entre los dos extremos de la balanza.

D.1.a) Artículo 109.3 GG

De acuerdo con el nuevo apartado 3 del art. 109 GG¹¹⁸⁶, los presupuestos de la Federación y de los *Länder*, por regla general, habrán de confeccionarse

¹¹⁸⁶ El antiguo apartado 3 pasa a ser el nuevo apartado 4. Por su parte, el hasta ahora vigente apartado 4 es derogado. Experimentan, asimismo, un cambio los apartados 2 y 5 de este art. 109 GG, no tanto en su contenido, como en cuanto a su ordenación sistemática. Así, el apartado 2 adopta la siguiente redacción: "Incumbe a la Federación y a los *Länder* cumplir conjuntamente con las obligaciones de la República Federal de Alemania que se deduzcan de los actos jurídicos de la Comunidad Europea en base al artículo 104 del Tratado constitutivo de

excluyendo la posibilidad de acudir a ingresos procedentes de partidas crediticias. Con esta medida se pretende, en realidad, conseguir a medio plazo el objetivo de un presupuesto estructuralmente equilibrado, tal y como demanda el Pacto europeo de estabilidad y crecimiento¹¹⁸⁷.

No obstante, en el mismo precepto se permiten ciertas excepciones, aunque de manera muy limitada, a esta prohibición general de admisión de créditos. Así, en la confección de sus respectivos presupuestos, la Federación y los *Länder* podrán prever la posibilidad de acudir a los créditos cuando tenga lugar un desarrollo coyuntural que se aparte de la situación considerada normal, dando lugar a una recesión económica. En todo caso, ello quedará condicionado a que cuando esa situación cambie, produciéndose una recuperación o auge económico, habrá de procederse a la reducción o amortización de esos créditos, garantizándose así un equilibrio entre las dos tendencias contrapuestas¹¹⁸⁸.

Asimismo, se prevé que la Federación y los *Länder* puedan establecer regulaciones de carácter excepcional en los casos en que tengan lugar catástrofes naturales u otras situaciones extraordinarias de emergencia que se escapen al control del Estado o que, en su caso, puedan poner seriamente en riesgo la situación financiera estatal; no obstante, la condición que la propia norma constitucional impone aquí es que se prevea también el régimen de extinción o cancelación de esas regulaciones de carácter excepcional.

Si bien este artículo 109.3 GG, en lo relativo a los detalles de la configuración del presupuesto federal, se remite a lo dispuesto en el nuevo art. 115 GG, el

la Comunidad Europea relativo a la observancia de la disciplina presupuestaria, tomando en consideración, a este respecto, las exigencias derivadas del equilibrio global de la economía". Por lo que se refiere al apartado 5 de este art. 109 GG, la frase primera es derogada, y la segunda es redactada en el siguiente sentido: "Las medidas sancionadoras de la Comunidad Europea que se derivan de las prescripciones del artículo 104 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, relativas al cumplimiento de la disciplina presupuestaria, serán soportadas por la Federación y los *Länder* en una proporción de 65 a 35".

¹¹⁸⁷ Vid. „Gesetzentwurf der Fraktionen...“ - Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, p. 10.

¹¹⁸⁸ Vid. „Gesetzentwurf der Fraktionen...“ - Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, p. 11.

mismo establece, sin embargo, que el régimen general que determina, es decir, la prohibición de acudir al crédito en orden a la confección del presupuesto, por lo que respecta a la Federación también se cumple aun cuando existan determinados ingresos crediticios, y siempre que los mismos no superen el límite del 0,35% del producto interior bruto nominal (anual, se ha de entender). Es el conocido como “componente estructural”.

Por lo que se refiere a los detalles de la configuración de los presupuestos de los *Länder*, este precepto remite su regulación a lo que éstos dispongan en el marco de sus competencias jurídico-constitucionales. No obstante, a diferencia de lo previsto para la Federación, este art. 109.3 GG establece que la prohibición general antes referida solo se cumple en el caso de los *Länder* cuando éstos no admiten en sus presupuestos ningún ingreso procedente de partidas crediticias. Esto es, los *Länder*, más allá de las situaciones de necesidad que requieran regulaciones excepcionales, tendrán radicalmente prohibido acudir al crédito en la confección de sus presupuestos. No habría previsto, por tanto, ningún “componente estructural” para ellos.

No se puede desconocer que la razón última que inspira la nueva redacción de este precepto radica en una mayor desconfianza hacia las políticas presupuestarias de los *Länder* que hacia las de la Federación. Algo que, de por sí, no resulta incontrovertible, y que, en todo caso, significa una injerencia difícilmente justificable en su capacidad de autogobierno¹¹⁸⁹. Desde otra perspectiva, sin embargo, cabría entender que esa diferencia de trato derivaría

¹¹⁸⁹ En contra de esta opinión, véanse los argumentos que, en defensa de su proyecto de ley de modificación de la Ley Fundamental, presentan los grupos parlamentarios de la CDU/CSU y el SPD ante el *Bundestag*, en donde sostienen que esta prescripción constitucional no lesiona el régimen jurídico-constitucionalmente garantizado en el art. 79.3 GG de la estatalidad de los *Länder* (*Länderstaatlichkeit*). Recuerdan, a tal efecto, que la Ley Fundamental garantiza la autonomía presupuestaria de manera no ilimitada; de hecho, ya el propio Tribunal Constitucional Federal entendió que el régimen financiero en el Estado federal ha de ser concebido como un todo, quedando supeditada la autonomía presupuestaria a las prescripciones constitucionales relativas a la asignación fiscal y a la compensación financiera [BVerfGE 101, 158 (220)]. Vid. „Gesetzentwurf der Fraktionen...” - Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, p. 6. Véase también, a este respecto, Joahannes Hancke, “Defizitbegrenzung im Bundesstaat – Verfassungsmäßigkeit einer verbindlichen Verschuldungsregel für die Bundesländer”, DVBl., 10, 2009.

del hecho de que es la Federación la que ostenta las principales competencias en materia financiera y tributaria, sobre todo, en el ámbito de la legislación, y que es a ella, además, a la que le corresponde asumir los mayores riesgos en lo relativo a la dirección de la política económica del conjunto del Estado, lo que, en cierto modo, podría justificar la mayor permisividad constitucional que se le concede a la hora de contraer créditos¹¹⁹⁰.

D.1.b) Artículo 115 GG

Por lo que se refiere al art. 115 GG, en su nueva redacción dada por la ley de reforma constitucional de 2009, se ha de destacar, en primer lugar, la supresión de la referencia, en el apartado primero, a los ingresos provenientes de créditos, que –según este precepto- no podían superar la suma de los gastos para inversiones previstos en el presupuesto, sin que se admitiesen excepciones, a no ser que fuera para contrarrestar una alteración del equilibrio global de la economía.

Ahora, de acuerdo con la nueva redacción del apartado segundo de este mismo precepto, tras reiterar la previsión ya vista del apartado 3 del art. 109 GG, relativa a la prohibición general de acudir a los ingresos procedentes de créditos para equilibrar los ingresos y los gastos, se recuerda que no contradicen esta previsión aquellos ingresos crediticios (de la Federación) que no superen el 0,35% del producto interior bruto nominal. Adicionalmente – continúa este precepto-, en el supuesto de que tenga lugar un desarrollo coyuntural que se desvíe de la situación considerada normal, se habrán de tener en cuenta, con igual alcance, tanto los efectos que sobre el presupuesto puedan tener los casos de recuperación como los de recesión económica (*Auf- und Abschwung*).

¹¹⁹⁰ Sea como fuere, lo cierto es que esta diferenciación fue apoyada por todas las partes integrantes de la Comisión sobre el Federalismo II, que entendieron que la misma estaba plenamente justificada. Vid. „Gesetzentwurf der Fraktionen...“ - Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, p. 6.

Asimismo, este art. 115.2 GG prevé que las desviaciones sobre los límites superiores válidamente fijados más arriba (0,35%) que se produzcan, *de facto*, en la utilización del crédito, quedarán comprendidas en una “cuenta de control”; en este sentido, los adeudos que superen el umbral del 1,5% del producto interior bruto nominal habrán de reducirse en caso de evolucionar favorablemente la coyuntura económica.

A este respecto, las regulaciones de detalle, especialmente la liquidación de los ingresos y gastos de las transacciones financieras y el procedimiento para el cálculo del límite superior de los ingresos anuales netos procedentes del crédito, se llevarán a efecto por medio de ley federal, la cual tomará en consideración tanto la evolución de la coyuntura, sobre la base de un procedimiento de saneamiento de la misma, como los controles y la compensación de las desviaciones de los ingresos procedentes de los créditos que tengan lugar, de hecho, respecto de los límites que constituyen la regla general.

No obstante, como ya se anunció en el art. 109.3 GG, en caso de catástrofe natural o de situaciones extraordinarias de necesidad que se escapen al control del Estado o que puedan poner en alto riesgo la situación financiera estatal, los límites al crédito antes señalados podrán ser superados siempre que así lo acuerde la mayoría de los miembros de la Dieta Federal. Además, ese acuerdo habrá de ir vinculado a un plan de amortización del crédito contraído por esas causas. De hecho, este art. 115.2 *in fine* GG prevé que la devolución de esos créditos habrá de tener lugar dentro de un plazo de tiempo adecuado o razonable (*angemessen*)¹¹⁹¹.

¹¹⁹¹ Lógicamente, la determinación de qué es un plazo adecuado o razonable para proceder a la devolución de un crédito adquirido en situaciones excepcionales no resulta nada sencilla. Parece que, en todo caso, una vez que tales situaciones excepcionales se han superado habría que proceder, a la mayor brevedad posible, a hacer realidad esta previsión (jurídicamente indeterminada).

D.1.c) Artículo 143d GG

Esta nueva regulación prevista en los arts. 109 y 115 GG, vigente desde el 1 de agosto de 2009, se aplica, por vez primera, al año presupuestario 2011; para el año presupuestario 2010 fueron, por tanto, de aplicación los arts. 109 y 115 GG en su redacción vigente hasta el 31 de julio de 2009. Así lo dispone expresamente el nuevo art. 143d GG en su apartado 1, que, además, prevé que las autorizaciones de créditos existentes a fecha 31 de diciembre de 2010, relativas a fondos especiales ya creados, permanecen intactas.

Asimismo, esta disposición transitoria permite que los *Länder*, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2019, de conformidad con lo que disponga su normativa válidamente aprobada, puedan desviarse de las prescripciones del art. 109.3 GG (prohibición general de confeccionar los presupuestos acudiendo a ingresos procedentes de partidas crediticias). En todo caso, según precisa a continuación este mismo artículo, los presupuestos de los *Länder* se han de establecer de modo tal que en el año presupuestario 2020 la referida prescripción del art. 109.3 GG sea satisfecha.

Por su parte, la relajación de esta prohibición constitucional en el caso de la Federación es temporalmente más limitada, ya que solo podrá desviarse de la prescripción del art. 115.2 GG durante el período de tiempo comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2015, debiéndose comenzar, además, a reducir el déficit ya existente a partir del año presupuestario 2011. De esta forma, los presupuestos anuales de la Federación se han de fijar de tal modo que en el año presupuestario 2016 se cumpla la prescripción del art. 115.2 GG (que sus ingresos crediticios no superen el 0,35% del producto interior bruto nominal), estableciéndose por medio de ley federal las regulaciones de detalle que correspondan a este respecto.

Esta mayor urgencia en el cumplimiento de la prohibición constitucional por parte de la Federación en comparación con los *Länder* se explica fácilmente si tenemos en cuenta, por un lado, que sus posibilidades de endeudamiento, aunque también muy limitadas, son superiores a las de éstos, y, por otra parte, que la satisfacción de esa condición imperativa por parte de algunos *Länder* va a depender, en buena medida, de las aportaciones provenientes de la propia Federación, lo que explicaría la necesidad de acometer con mayor prontitud el saneamiento de las cuentas de ésta.

Y es que, en efecto, este mismo artículo prevé que, con el fin de facilitar el cumplimiento de las prescripciones referidas del art. 109.3 GG a partir del 1 de enero de 2020, a aquellos *Länder* que se encuentren en una situación financiera más delicada (Berlín, Bremen, Saarland, Sachsen-Anhalt y Schleswig-Holstein) se les pueda conceder, durante el período de tiempo comprendido entre los años 2011 y 2019, ayudas a la consolidación (*Konsolidierungshilfe*) por un valor total de 800 millones de euros anuales provenientes del presupuesto de la Federación, de los cuales corresponderán a Bremen 300 millones de euros, a Saarland 260 millones de euros y a Berlín, Sachsen-Anhalt y Schleswig-Holstein 80 millones de euros a cada uno de ellos. Ayudas de la Federación a los *Länder* con mayores apuros financiero que serán prestadas con ocasión de un convenio administrativo, de conformidad con lo que establezca una ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal. La concesión de estas ayudas federales presupone, en todo caso, la completa eliminación de los déficits financieros existentes antes de que concluya el año 2020.

Las regulaciones de detalle, en especial, los pasos a dar anualmente para proceder a la supresión de los déficits financieros, la supervisión del desmantelamiento de los mismos por parte del recién creado Consejo de Estabilidad, así como las consecuencias que se deriven en caso de no cumplir con ese procedimiento gradual tendente a la eliminación de los referidos

déficits, serán establecidas por medio de ley federal necesitada también de la aprobación del Consejo Federal, así como a través de convenio administrativo.

En lo que sí se muestra muy tajante este nuevo art. 143d.2 *in fine* GG es en la exclusión de la concesión simultánea de ayudas a la consolidación (*Konsolidierungshilfe*) y de ayudas de saneamiento (*Sanierungshilfe*), aun cuando tenga lugar una situación de urgencia presupuestaria extrema. Algo que resulta, por otra parte, lógico, pues mientras las primeras, como hemos visto, están pensadas para posibilitar a los *Länder* financieramente más débiles la satisfacción de la prescripción contenida en el art. 109.3 GG antes de que llegue el 1 de enero de 2020 (prohibición de diseñar los presupuestos contando con la aportación de ingresos provenientes de los créditos), la misión de las segundas, por el contrario, es ofrecer una respuesta adecuada a situaciones de emergencia presupuestaria.

Por último, el apartado 3 de este art. 143d GG establece que la carga financiera derivada de la concesión de las mencionadas ayudas a la consolidación a favor de los *Länder* con mayores dificultades financieras habrá de ser soportada, a partes iguales, por la Federación y los demás *Länder*, extrayéndose tal cantidad, en el caso de estos últimos, de la parte correspondiente al impuesto sobre las ventas. Las regulaciones de detalle a este respecto serán establecidas por medio de ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal.

D.2.- Creación de un procedimiento tendente a evitar las situaciones de emergencia presupuestaria (Artículo 109a GG)

Con el objeto de complementar la nueva regulación de las deudas estatales, tanto de la Federación como de los *Länder*, la reforma constitucional de 2009 contiene también una serie de previsiones cuyo fin no es otro que evitar la

aparición de situaciones de emergencia presupuestaria¹¹⁹². A tal efecto, el nuevo art. 109a GG remite a una ley federal, necesitada del asentimiento del Consejo Federal, la regulación de la supervisión continua del régimen presupuestario de la Federación y los *Länder* a través de un organismo común de nueva creación, el Consejo de Estabilidad (art.109a.1 GG), que estará integrado por los Ministros de Finanzas de la Federación y de los *Länder*, así como por los Ministros federales de Economía y Tecnología¹¹⁹³.

Este Consejo vigilará, sobre todo, la ejecución de los presupuestos de la Federación y de los *Länder*, y, muy en particular, los progresos que realicen los cinco *Länder* receptores de ayudas a la consolidación a que se refiere el nuevo art. 143d.2 GG. En esta línea, la situación financiera de la Federación y de los *Länder* habrá de ser expuesta y examinada con carácter anual, de forma que en el supuesto de que se descubran situaciones de emergencia presupuestaria el Consejo de Estabilidad acordará la puesta en marcha de programas de saneamiento.

Por medio de ley federal necesitada de la aprobación del *Bundesrat* se regularán también las condiciones y el procedimiento a seguir para declarar una inminente emergencia presupuestaria (art.109a.2 GG), así como las instrucciones necesarias para proceder a la determinación y ejecución de los programas de saneamiento destinados a evitar esas situaciones de emergencia presupuestaria (art.109a.3 GG).

Por último, a fin de garantizar la transparencia de la actuación de este nuevo Consejo de Estabilidad, el art. 109a *in fine* GG prevé que tanto sus acuerdos como la documentación acreditativa de las deliberaciones que se lleven a cabo en su seno habrán de ser objeto de publicación.

¹¹⁹² Vid. „Gesetzentwurf der Fraktionen...“ - Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, p. 7.

¹¹⁹³ Vid. Ley sobre el establecimiento de un Consejo de Estabilidad y la evitación de situaciones de emergencia presupuestaria (Ley del Consejo de Estabilidad) - *Gesetz zur Errichtung eines Stabilitätsrates und zur Vermeidung von Haushaltsnotlagen (Stabilitätsratsgesetz)*, creada por el Artículo 1 de la Ley de acompañamiento de la segunda reforma del Federalismo, de 10.08.2009 (BGBl. I S. 2702).

D.3.- Cooperación de la Federación y los *Länder* en el ámbito de la Tecnología de la Información (Artículo 91c GG)

Con el fin de conseguir que la infraestructura de la Tecnología de la Información en el ámbito de la administración pública sea más segura, efectiva y económica¹¹⁹⁴, la modificación constitucional de 2009 prevé también que la Federación y los *Länder* puedan colaborar en la planificación, institución y explotación de los sistemas tecnológicos de información necesarios para el cumplimiento de las tareas públicas (art. 91c.1 GG).

En este sentido, la Federación y los *Länder* podrán acordar el establecimiento de los estándares y condiciones de seguridad precisos para posibilitar la comunicación entre sus sistemas tecnológicos de información. Los convenios que sirvan de base a esta forma de colaboración podrán prever, en función del contenido y extensión de los deberes individualmente considerados, que entren en vigor regulaciones más detalladas, siempre que se dé el consentimiento de la mayoría cualificada de la Federación y de los *Länder* que venga establecida en el propio acuerdo de colaboración. En todo caso, tales convenios precisarán el asentimiento de la Dieta Federal y de la representación popular de los *Länder* afectados, sin que se pueda excluir en los mismos el derecho a rescindirlos. Además, los propios acuerdos regularán también quién habrá de soportar los costes derivados de su cumplimiento (art. 91c.2 GG).

Por su parte, los *Länder* podrán acordar la explotación común de los sistemas tecnológicos de información, así como la creación de los dispositivos que se precisen a tal efecto (art. 91c.3 GG).

La Federación, por su lado, tiene atribuida la competencia para crear y explotar una red de conexión que sirva para establecer la unión entre las redes

¹¹⁹⁴ Vid. „Gesetzentwurf der Fraktionen...“ - Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, pp. 7 ss.

tecnológicas de información de la Federación y los *Länder*. Le corresponde también a ella el establecimiento de las regulaciones de detalle acerca de la creación y explotación de esta red de conexión, por medio de ley necesitada del asentimiento del Consejo Federal (art. 91c.4 GG).

Más allá de estas genéricas previsiones constitucionales, las regulaciones de detalle sobre el fundamento de la colaboración entre la Federación y los *Länder* y, sobre todo, acerca de la creación de un Consejo de planificación de la Tecnología de la Información, en tanto que organismo de coordinación y dirección, competente también para adoptar decisiones sobre los estándares de interoperabilidad y seguridad de la Tecnología de la Información, se establecerán por medio de convenio.

D.4.- Otras modificaciones de la Ley Fundamental (Artículos 91d y 104b.1 GG)

La *Comisión sobre el Federalismo II* consideró también que una reforma de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* debía venir acompañada de cierta modernización de la administración que había de cumplir, finalmente, con los nuevos objetivos propuestos. Es en este contexto en el que se ha de entender la introducción del novedoso art. 91d en el texto de la Ley Fundamental, en virtud del cual se faculta a la Federación y a los *Länder* a llevar a cabo estudios comparativos sobre la determinación y fomento de la eficacia o rendimiento (*Leistungsfähigkeit*) de sus respectivas administraciones, así como a publicar los resultados obtenidos, en el bien entendido de que tales estudios constituyen un instrumento muy eficaz para mejorar la efectividad y eficiencia de la actuación pública, al hacer más transparente el rendimiento, la calidad y los costes de la Administración. En definitiva, estos estudios comparativos vendrían a hacer realidad las ventajas de la competencia

federativa al tiempo que fortalecerían la función de control propia del Parlamento¹¹⁹⁵.

Finalmente, en el ámbito de las ayudas financieras de la Federación se introduce una nueva frase en el art. 104b.1 GG, cuyo sentido se ha de comprender a la luz de las nuevas regulaciones contenidas en los arts. 109 y 115 GG, que hemos visto con anterioridad.

De acuerdo con la antigua redacción del art. 104b GG, la Federación, en la medida en que la Ley Fundamental le confiera facultades legislativas, solo puede otorgar ayudas financieras a los *Länder* para inversiones especialmente relevantes de los mismos y de los municipios (o asociaciones de municipios), que sean imprescindibles para defenderse frente a una alteración del equilibrio global de la economía (punto 1), para compensar las diferencias de capacidad económica en el territorio federal (punto 2), o, en fin, para fomentar el crecimiento económico (punto 3).

A partir de la reforma constitucional de 2009 se admite, sin embargo, que con independencia de lo dispuesto más arriba, la Federación pueda conceder ayudas financieras, aun careciendo de facultad legislativa para ello, en caso de catástrofes naturales o de situaciones extraordinarias de necesidad que se escapen al control del Estado y que puedan poner en serio riesgo la situación financiera estatal. A tal efecto, de lo que se trataría es de asegurar que los programas imprescindibles para la superación de tales situaciones de necesidad –como, por ejemplo, la actual crisis económica y financiera– pudieran ser llevados a cabo con apoyo de la Federación, con el objetivo de estimular la actividad inversora de los agentes públicos en todos los ámbitos¹¹⁹⁶.

¹¹⁹⁵ Vid. „Gesetzentwurf der Fraktionen...“ - Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, p. 8

¹¹⁹⁶ Vid. „Gesetzentwurf der Fraktionen...“ - Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, p. 7.

E.- CONCLUSIONES PROVISIONALES

Aunque aún es demasiado pronto para poder establecer un balance contrastado de la reforma constitucional de 2009 objeto de atención en las páginas precedentes, en tanto en cuanto el tiempo transcurrido desde su entrada en vigor no permite extraer ninguna opinión concluyente respecto de la consecución de los objetivos que con la misma se pretendían alcanzar, sí resulta posible realizar, al menos, una sucinta valoración global de la misma, a la luz del contenido de las modificaciones introducidas en el texto de la Ley Fundamental.

Así, en primer lugar, conviene destacar algo que ya ha sido señalado con anterioridad, a saber, que el alcance mismo de la reforma es, más bien, modesto, dado que los aspectos fundamentales apenas si han sido tratados. Me refiero, lógicamente, a la ordenación de las competencias de la Federación y los *Länder* en materia fiscal, trasunto final, y casi único, de la autonomía presupuestaria y, por ende, financiera de aquélla y de éstos. En efecto, salvo algunas modificaciones menores (de carácter legal y reglamentario, no constitucional) en el ámbito de la administración fiscal, tendentes a mejorar su eficiencia, así como en el terreno de los impuestos de seguros y sobre la protección contra incendios, el reparto de las facultades legislativas en materia impositiva no se ha tocado. De esta forma, la financiación de los *Länder* seguirá dependiendo (en mayor medida, incluso, que la de los municipios) de los rendimientos fiscales procedentes de los impuestos que regula legislativamente la Federación.

Una situación como ésta ofrece una imagen un tanto borrosa de la calidad de la autonomía constitucional de los *Länder* frente a la Federación. Y es que aun sin permitir abiertamente la competencia fiscal entre las distintas partes integrantes del territorio federal, en tanto que ello podría suponer un riesgo cierto para la unidad de mercado, entre cuyas manifestaciones más evidentes se encuentra la homogeneidad fiscal, sí que parece posible asumir un mayor grado de

autonomía de los *Länder* respecto del establecimiento y regulación de determinadas figuras impositivas.

En definitivas cuentas, de lo que se trataría es de poner en valor un principio básico en todo Estado territorialmente descentralizado, el principio de conexión entre los ingresos y los gastos públicos. Solo quien asume el coste de obtener determinados ingresos (también o, sobre todo, por la vía de la recaudación de impuestos) se encuentra en condiciones de valorar adecuadamente el destino e importe de los gastos a realizar. Pero no son solo razones de esta índole las que aconsejan establecer una vinculación directa entre ambas partidas. Además, desde el punto de vista del principio democrático también resulta, más que aconsejable, necesario que exista una clara conexión entre quien realiza los gastos (en educación, sanidad, obras públicas, etc.) y quien ha de obtener los ingresos necesarios para sufragarlos, pues solo así los ciudadanos se encontrarán en condiciones de atribuir las responsabilidades que verdaderamente correspondan a cada una de las partes.

Pues bien, en este terreno, como decíamos, la reforma constitucional de 2009 se puede considerar, en buena medida, fallida. En efecto, parece que hubiera sido posible, sin demasiadas dificultades, haber ido algo más lejos en el otorgamiento de una mayor capacidad normativa a los *Länder* respecto de la regulación autónoma de determinados impuestos (o de ciertos porcentajes de otros).

Por otra parte, y por lo que se refiere ya al núcleo central de la reforma, la fijación de una prohibición constitucional de contraer créditos y, en consecuencia, de asumir ilimitadamente endeudamientos por parte de la Federación y de los *Länder*, tampoco parece existir unanimidad entre la doctrina en torno a la bondad de esta medida. Así, mientras que por parte de algunas voces críticas se ha destacado que éste es un intento de establecer límites en un terreno en el que el margen de maniobra de la decisión política no

debería verse condicionado desde ningún *a priori* inamovible¹¹⁹⁷, para otros autores constituye un acierto tratar de poner un freno del máximo nivel normativo a la tantas veces irresponsable “alegría presupuestaria” de la Federación o de los *Länder*, que podría acabar poniendo en serio riesgo su propia viabilidad financiera¹¹⁹⁸.

Aunque los argumentos que esgrimen los partidarios de una y otra postura no son, en absoluto, despreciables, la coyuntura económico-financiera actual parece que se inclina por dar la razón a quien defiende que el establecimiento de un límite fijo en la Constitución federal a la capacidad de endeudamiento de la Federación y los *Länder* supone una barrera excesivamente rígida a la libertad de decisión política de aquella y de éstos. Más allá de estas consideraciones, tal limitación podría entenderse también como el intento de consagrar constitucionalmente una determinada visión de la política económica que, a todas luces, amén de resultar un tanto pretenciosa (pues la historia se encarga de enseñarnos, una y otra vez, que los axiomas económicos precisan de revisión constante), podría suponer además una rémora para quienes desde una concepción diferente de aquella, llegado el momento, ocupan la responsabilidad de gobierno. Y, como se sabe, toda Constitución democrática (la única posible, en sentido estricto) debería permitir que, desde el escrupuloso respeto a su contenido, fuera posible poner en práctica diferentes formas de entender la acción política, siempre que ello no signifique, claro está, la vulneración de los límites insoslayables que la misma debe garantizar (respeto a los derechos fundamentales, garantía de una organización y funcionamiento democráticos de los poderes públicos, etc.).

¹¹⁹⁷ Vid. WALDHOFF, C. / DIETERICH, P.: “Die Föderalismusreform II...”, p. 122. Entre las críticas más contundentes a esta nueva regulación constitucional del endeudamiento se encuentra el llamamiento que en mayo de 2009 hicieron, bajo el título ““El freno al endeudamiento pone en riesgo la estabilidad de la economía global y el futuro de nuestros niños”, más de 60 catedráticos de universidad, a los que se sumaron más de 150 firmas procedentes del ámbito científico (vid.: http://www.boeckler.de/pdf/imk_appell_schuldenbremse.pdf).

¹¹⁹⁸ Vid. DEUBEL, I.: “Die Föderalismusreform II: eine sinnvolle Weiterentwicklung der Verschuldungsgrenzen”, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE)* – Joachim Jens Hesse (Ed.), 2/2009, pp. 231 ss.

Igualmente cuestionable resulta el hecho de que en buena parte de las modificaciones introducidas en la Ley Fundamental se acabe apelando a una ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal para la implementación o desarrollo de lo que en el propio texto constitucional solo se enuncia de manera un tanto genérica. Sin entrar ahora a valorar cada uno de esos supuestos individualmente, las objeciones que cabe hacer derivan, más bien, del hecho de que esa frecuente apelación a la ley federal necesitada de la aprobación del *Bundesrat* puede acabar potenciando la intervención de éste en la toma de decisiones a nivel federal, algo a lo que, como recordaremos, se trató precisamente de poner freno en la reforma constitucional de 2006¹¹⁹⁹.

Ninguna objeción de peso cabría hacer, sin embargo, a los demás aspectos que constituyen el núcleo de la reforma constitucional comentada: la creación de un procedimiento tendente a evitar las situaciones de emergencia presupuestaria, con la puesta en funcionamiento del llamado Consejo de Estabilidad, y la mejora y fortalecimiento de los mecanismos de cooperación de la Federación y los *Länder* en el ámbito de la Tecnología de la Información.

En definitiva, y a la vista de las observaciones realizadas, solo cabe concluir que la modificación de la Ley Fundamental de 2009, en cierto modo, al igual que sucedió con la anterior de 2006, no ha podido satisfacer todas las expectativas que en torno a la misma se habían creado, con lo que no es descartable que en un futuro, más o menos breve (¿cuándo los resultados electorales fueren la constitución de un nuevo gobierno de gran coalición?), hayamos de volver a hablar de reforma del federalismo en Alemania.

¹¹⁹⁹ Véase el apartado B.1 del capítulo anterior.

CAPÍTULO 5

CONCLUSIONES FINALES

PRIMERA.- Del federalismo cooperativo al federalismo competitivo

Ya desde su misma configuración constitucional, el orden federal alemán presentaba signos centralizadores, que en su evolución posterior, por obra del legislador federal y de la jurisprudencia constitucional, se vieron notablemente acentuados. Para hacer frente a esa deriva que, en alguna medida, suponía un socavamiento de los rasgos federales del Estado alemán, tan intensamente garantizados, por otra parte, por la propia Ley Fundamental en su art. 79.3, en los primeros años del siglo XXI el reformador constitucional asumió la tarea de reforzar los elementos competitivos del modelo en detrimento de los más cooperativos, al entender que de esa manera la posición de los *Länder*, en tanto que Estados federados de la República Federal, se vería asimismo reforzada. A tal efecto, se culminaron, tras complejos procesos y sustanciosos debates, dos importantes reformas constitucionales en los años 2006 y 2009, que aunque no acaban de responder a las altas expectativas con que se anunciaron, sí suponen, en cierto modo, un giro en el modo de concebir las relaciones federativas, desde un punto de vista, sobre todo, competencial e institucional, pero también financiero, entre las distintas partes del Estado global, la Federación y los *Länder*.

La primera duda que surge, a este respecto, responde a la pregunta de si no resulta algo paradójico ese afán de incentivar los rasgos competitivos en perjuicio de los cooperativos, a la luz de los procesos de reunificación nacional, integración europea supranacional e internacionalización o globalización en que se halla inserta la República Federal de Alemania, en tanto que, por una parte, Estado renovado que surge a raíz de la “fusión” de las dos Alemanias tras la caída del Muro de Berlín a finales de los años ochenta y comienzos de los noventa de la pasada centuria; en segundo término, en cuanto Estado miembro fundador y muy destacado de las Comunidades Europeas (hoy Unión Europea); y, en último lugar, en su condición de Estado con presencia creciente en el concierto internacional, como consecuencia, sobre todo, de su importantísima potencia exportadora que inevitablemente tiene reflejo en su

creciente peso político. Y es que, a primera vista, parecería que todos estos procesos exigen un incremento de las virtudes cooperativas en los procesos de toma de decisiones, dado que son –o pueden ser- muy diversos los agentes e intereses a ahormar, y no tanto de las competitivas, que vendrían a poner el acento en el aspecto más exclusivo, entendido aquí como excluyente.

SEGUNDA.- Cooperación *versus* distribución y delimitación de competencias

La conclusión que se intuía en el párrafo anterior, desde una aproximación más ponderada a los principios de competencia y cooperación, ha de ser corregida, porque la colaboración leal entre las distintas partes de las relaciones federativas (Federación-*Länder*, en el seno de la propia República Federal de Alemania; Instituciones europeas-Estados miembros, en el ámbito de la Unión Europea; e Instituciones internacionales-Estados nacionales, en el terreno de las relaciones exteriores) demanda, como requisito previo, una clara distribución y delimitación de competencias entre todas ellas. Porque si hay discusión sobre la propia competencia, es decir, sobre quién es el titular de la misma o a quién corresponde su ejercicio y con qué alcance, difícilmente se dará aquella necesaria cooperación leal.

Esta es una de las enseñanzas que podemos extraer de la experiencia germana. El federalismo alemán, a partir de la II Guerra Mundial, se ha construido, en efecto, sobre unas bases cooperativas, en un principio impuestas, en buena medida, por las potencias de ocupación, y que después se han ido desarrollando extraordinariamente. Solo un ejemplo de ello es la introducción a finales de los años sesenta del siglo pasado de las llamadas tareas comunes. Lo más llamativo es que esas tendencias cooperativas han venido de la mano de otras que apuntaban hacia un incremento de las facultades legislativas de la Federación, dando lugar a las derivas centralizadoras del federalismo alemán a que nos referíamos más arriba.

TERCERA.- De la imbricación política y la irresponsabilidad organizada a la desafección democrática

Resulta evidente que en Alemania, en el terreno de la legislación, que es el determinante cuando hablamos de poder político, la Federación ha venido ocupando una posición preeminente desde 1949, año de aprobación de la Ley Fundamental. Posición que se ha ido afianzando a través de las reformas constitucionales, de la actividad legislativa federal, así como de la jurisprudencia constitucional. La contrapartida que ha habido que pagar a los *Länder* por ese sobrepeso de la Federación en el campo legislativo no ha sido irrelevante: aquéllos han visto cómo su capacidad de codecisión en la adopción de las decisiones legislativas federales aumentaba exponencialmente a través de la intervención del *Bundesrat* o Consejo Federal, hasta el punto de que antes de la reforma constitucional de 2006 en Alemania la aprobación de prácticamente el sesenta por ciento de todas las leyes federales requería inexcusablemente el asentimiento de este órgano constitucional de representación de los Gobiernos de los *Länder*.

Esta situación, caracterizada por parte de la doctrina como de fuerte imbricación política (*Politikverflechtung*), paulatinamente dio lugar a lo que en algún momento ha sido entendido como grave irresponsabilidad organizada, queriendo significar con ello que, en muchas ocasiones, resultaba muy difícil, al menos para la mayoría de los ciudadanos, determinar quién era de qué responsable. Más allá de otras consideraciones, ello traía consigo una gran desafección democrática, poniéndose así de relieve la directa conexión entre dos principios estructurales de la organización del poder público en los Estados territorialmente descentralizados, y, por supuesto, también en Alemania: el principio democrático y el principio federal.

CUARTA.- Más competencia, menos codecisión

Conscientes de la gravedad de estos problemas, las principales fuerzas políticas alemanas decidieron acometer, a los pocos años de dar comienzo el nuevo siglo, una reforma profunda de su sistema federal. Entre los objetivos principales que se perseguían, destacaba la necesidad de llevar a cabo una reformulación del orden de distribución de competencias entre la Federación y los *Länder* orientada por el principio de subsidiariedad, a fin de que se produjese una clarificación de las responsabilidades políticas de cada una de las partes, tanto a nivel territorial (Federación y *Länder*), como institucional (Dieta Federal y Consejo Federal).

Esta nueva división competencial, que debía significar la devolución de amplios campos materiales a la competencia exclusiva de los *Länder*, para ser equilibrada había de venir acompañada de una correlativa reducción de la influencia del Consejo Federal en la aprobación de la legislación federal, lo que, en el fondo, significaba una reducción de la capacidad de codecisión de los *Länder*, al tiempo que una clarificación de las responsabilidades propias de éstos y, por ende, también de las de la Federación.

QUINTA.- No es la soberanía, la autonomía constitucional o la jerarquía, sino la competencia

En torno a la idea de competencia, por tanto, gira, en buena medida, el debate sobre el federalismo en Alemania. Es el principio de competencia el que explica las relaciones entre las normas procedentes de los distintos niveles de gobierno. Ya no son los viejos conceptos de soberanía o autonomía constitucional los que nos ofrecen las pautas más adecuadas para comprender el Estado federal alemán. Las relaciones entre la Federación y los *Länder* no se

explican en términos de supra o subordinación, sino de sujeción de ambos a las prescripciones de la Ley Fundamental. Es el reparto de competencias (y no la jerarquía) entre la Federación y los *Länder* el que nos permite conocer en qué términos se desarrollan las relaciones federativas en el seno del Estado federal alemán, de modo que la Federación, en el ámbito de sus responsabilidades, toma decisiones que vinculan a los *Länder*, de igual modo que éstos, en el terreno de las suyas propias, adoptan asimismo medidas vinculantes para aquélla.

SEXTA.- No es lo mismo exclusividad de la competencia que regulación completa de una materia

Lo afirmado en el párrafo anterior demanda un entendimiento de la competencia en términos de exclusividad. La Federación es competente en exclusiva para regular legislativamente las materias que tiene constitucionalmente atribuidas, de igual forma que son los *Länder* competentes en exclusiva para legislar sobre los campos materiales que les corresponden. En función del tipo legislativo de que se trate el alcance de la normativa federal o de los *Länder* será diferente. Así, la Federación podrá establecer una regulación completa cuando actúe en el terreno de la legislación exclusiva y concurrente (*ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebung*), pues esta última, pese a su denominación, cumplidas ciertas condiciones, también posibilita una intervención de la Federación agotadora de la materia. Por el contrario, cuando se trate del ejercicio de una competencia marco (*Rahmenvorschriften*) -antes de ser derogada en 2006- o básica (*Grundsatzgesetzgebung*), la Federación únicamente podrá establecer una normativa de carácter principal o básico, si bien, en el primer supuesto (legislación marco) excepcionalmente se admitía también una regulación completa. Por su parte, los *Länder* también podrán establecer una regulación completa en el campo de su legislación exclusiva o en el de la legislación concurrente en tanto en cuanto la Federación no haya actuado. Solo podrán,

en cambio, establecer una legislación de desarrollo o complementaria en el terreno de la (extinta) legislación marco y de la legislación básica.

En resumen, esta distribución competencial así entendida, en términos de exclusividad, es la que permite que la necesaria cooperación entre la Federación y los *Länder* se desarrolle adecuadamente. Frente a lo que se suele creer, cooperación y competencia, como hemos señalado, no son ideas incompatibles, sino más bien todo lo contrario. Una correcta cooperación demanda, como condición previa, un nítido reparto de competencias entre las partes llamadas a cooperar. Si ello no fuera así, la discusión en torno a la competencia propia impediría o, al menos, dificultaría mucho una correcta cooperación.

SÉPTIMA.- La introducción de las competencias dobles en el orden constitucional alemán

Sin embargo, esta idea de la exclusividad competencial, presente en muchas de las discusiones en torno a la reforma del federalismo en Alemania, no parece que haya sido tenida debidamente en consideración por los responsables de la modificación de la Ley Fundamental. Como hemos tenido ocasión de comprobar, en la reforma constitucional de 2006, además de suprimirse la legislación marco (decisión claramente orientada a reducir los ámbitos de cooperación legislativa entre la Federación y los *Länder*), se introdujo un nuevo tipo legislativo, el de la legislación divergente de los *Länder* (*Abweichungsgesetzgebung der Länder*), que por más que sistemáticamente quede encuadrado en el apartado 3 del artículo dedicado a regular la legislación concurrente (art. 72 GG), presenta, sin embargo, unos contornos propios que lo individualizan como tipo legislativo autónomo. En virtud del mismo, sobre determinados campos materiales la Federación podrá establecer legislación propia, una vez que se cumplan las condiciones que este mismo art. 72 GG en su apartado 2 establece para la legislación concurrente federal.

Aprobada esa normativa federal, los *Länder* podrán desviarse de la misma sin ningún requisito adicional. Hecho esto, la Federación, a su vez, podrá dictar una nueva norma divergente sobre esas mismas materias, que, de nuevo, podrá ser sustituida por regulación de *Land*, en virtud del criterio temporal de la *lex posterior*. Y así *ad inifinitum*.

Con independencia de que este nuevo tipo legislativo sea únicamente aplicable respecto de un elenco material muy reducido y de escasa importancia, lo cierto es que el mismo, como técnica normativa, deja mucho que desear, dado que, en último término, puede provocar una enorme confusión entre los ciudadanos acerca de quién es el responsable de la regulación de una determinada materia. Además, desde el punto de vista de la economía legislativa tampoco parece ser lo más adecuado, en tanto que podría dar lugar a una incesante actividad normativa de la Federación y los *Länder*, en el supuesto de que tanto aquella como éstos desearan que respecto de alguna de esas materias referidas en el art. 72.3 GG prevaleciera su regulación. Al margen de que ello efectivamente suceda, el hecho mismo de que pueda suceder descalifica la bondad de esta técnica de reparto competencial.

La verdadera relevancia de esta legislación divergente de los *Länder* se pone de manifiesto cuando caemos en la cuenta de que a través de la misma se acaba con uno de los principios básicos del federalismo alemán: la inexistencia de dobles competencias. Hasta la reforma constitucional de 2006 el ordenamiento constitucional alemán se había caracterizado por contener un reparto completo de competencias entre la Federación y los *Länder*, en el que, por consiguiente, no había lugar posible para las lagunas competenciales. Un reparto completo y separado de competencias en el sentido antes explicado: imposibilidad de que una misma materia pudiera ser regulada simultáneamente y con el mismo alcance por dos legisladores diferentes, uno federal y el otro de *Land*. Pues bien, esta regla básica quiebra con la introducción de la mencionada legislación divergente de los *Länder*. A partir de ahora son posibles las competencias dobles. Y el conflicto a que ello dé lugar no se podrá

solucionar ya por aplicación del principio de competencia, tal y como ocurría hasta el momento en todo caso, dado que el principio de prevalencia del derecho federal sobre el de *Land* reconocido en el art. 31 GG carecía de aplicación práctica, sino que se habrá de acudir ahora a la aplicación del criterio temporal, prevaleciendo, en esos supuestos, siempre la norma posterior sobre la anterior, con independencia de la procedencia, federal o de *Land*, de cada una de ellas.

De esta forma, la concurrencia auténtica (pues la que existía hasta ahora, por más que se denominase así, no lo era) ha sido introducida en el orden constitucional alemán a partir de la reforma de 2006. Al margen de su incidencia práctica, la misma no puede ser bien recibida, en tanto que supone, desde un punto de vista dogmático, una auténtica *aberratio iuris*, al difuminar por completo la cuestión de la responsabilidad, justo lo contrario de lo que una norma jurídica debe hacer.

OCTAVA.- Competencia versus Jerarquía o Prevalencia

El principio de competencia, que es el que articula las relaciones en el seno de un Estado territorialmente descentralizado en el que el poder de las distintas partes que lo integran no está sujeto a la voluntad de una sola de ellas, resulta, precisamente por esta razón, difícilmente compatible con el principio de jerarquía o, incluso, con el de prevalencia del derecho de una de esas partes (normalmente, la federal) sobre el de la otra (los Estados miembros o *Länder*). Lo característico de la jerarquía y la prevalencia es dejar en manos de la entidad territorial cuyo derecho es jerárquicamente superior o prevalente la decisión sobre el alcance de la propia competencia, lo que llevado a sus últimas consecuencias es tanto como ignorar la pretensión constitucional de establecer una distribución competencial entre todas esas entidades que, precisamente por ser las integrantes de un Estado compuesto, han de tener un poder constitucionalmente limitado.

Esta es la razón que explica por qué en la República Federal de Alemania el principio de prevalencia del derecho federal sobre el de *Land*, expresamente reconocido en el art. 31 GG ("*Bundesrecht bricht Landesrecht*"), carece de virtualidad práctica en las relaciones entre las normas de carácter legislativo provenientes de cada una de esas partes de la relación federativa. Y es que en el ordenamiento constitucional alemán –según hemos tenido ocasión de verlos eventuales conflictos que se produzcan entre las leyes federales y las de los *Länder* se resuelven en un estadio previo al de la prevalencia: en el de la competencia.

La labor del juez constitucional se ha de limitar, por tanto, a determinar cuál de las dos partes se ha extralimitado en el ejercicio de su competencia, a fin de decidir qué norma es inválida. Labor que puede alcanzar una gran complejidad, dada la dificultad que existe, por un lado, en fijar las fronteras entre campos materiales cercanos y, por el otro, en decidir el alcance concreto de una competencia que no conlleve la posibilidad de establecer una regulación completa de la materia de que se trate (caso de la extinta legislación marco y de la legislación básica). Con todo, pese a esta dificultad, el conflicto normativo –insisto- se habrá de resolver en el momento de la competencia, sin que, por tanto, tenga posibilidad alguna de entrar en juego el principio de prevalencia.

Lógicamente, la introducción de la legislación divergente de los *Länder* ha venido a alterar esta regla básica del federalismo alemán, pues ahora, en los campos materiales objeto de este nuevo tipo legislativo, los conflictos que surjan entre las leyes federales y las de los *Länder* se resolverán, como sabemos, por aplicación del criterio temporal, lo que, en realidad, supone una prevalencia (en la aplicación) de la norma posterior sobre la anterior.

NOVENA.- Competencia versus Concurrencia

Tampoco la relación entre competencia y concurrencia es pacífica. Tal y como hemos tenido ocasión de comprobar, hasta la reforma constitucional de 2006 al federalismo alemán le era extraña la idea de las competencias dobles, en el sentido de que dos legisladores diferentes, uno federal y otro de *Land*, fueran simultáneamente competentes para regular con el mismo alcance una misma materia. Ni siquiera en el terreno de la llamada legislación concurrente se daba una auténtica concurrencia, ya que cuando actuaba la Federación, porque se cumpliera alguna de las condiciones que la habilitaban para ello, podía hacerlo con tanta extensión como si se tratase de una competencia exclusiva, es decir, podía agotar la regulación de la materia, sin que, en consecuencia, quedase espacio alguno para la normativa de *Land*. Por el contrario, en tanto la Federación permaneciera inactiva, porque no se cumpliera alguna de esas condiciones o porque, aun dándose alguna de ellas, decidiera no intervenir, los *Länder* podían regular, asimismo de manera completa, las materias objeto de este tipo legislativo.

Tampoco se producía concurrencia auténtica en el campo de la legislación marco y de la legislación básica, ya que aquí el alcance de la competencia de la Federación y de los *Länder* era distinto, por más que ambos pudieran actuar simultáneamente para la regulación completa de la materia.

Competencia y concurrencia eran, en conclusión, ideas que convivían con dificultad en el federalismo alemán hasta la modificación de la Ley Fundamental de 2006. Pero tras ésta, con la introducción de la llamada legislación divergente de los *Länder*, las cosas cambian notablemente, dado que a partir de este momento –según hemos visto- tanto éstos como la Federación son simultáneamente competentes para regular una misma materia con idéntico alcance, resolviéndose el conflicto normativo a que ello dé lugar mediante el criterio de la *lex posterior*.

DÉCIMA.- De las garantías jurídicas a las garantías políticas del federalismo

Esta novedad del federalismo alemán solo puede ser recibida con altas dosis de escepticismo, ya que –tal y como se ha señalado- puede dar lugar a una confusión de responsabilidades muy grave que podría acabar teniendo consecuencias sobre la virtualidad del propio principio democrático. En último término, las competencias exclusivas (con independencia de su alcance) se mueven en el terreno de las garantías jurídicas, dado que la operación que en cada caso habrá que hacer pasará por determinar la titularidad de la propia competencia. Por el contrario, la concurrencia competencial, aunque los conflictos a que dé lugar también se resuelvan por aplicación de criterios jurídicos (el temporal, en el caso de la legislación divergente), despliega su ámbito de actuación, básicamente, en el terreno de las garantías políticas, ya que el control de la actuación (o ausencia de ella) de la Federación o de los *Länder* dependerá siempre de un juicio de oportunidad, al ser ambos legisladores competentes en todo momento.

Esto significa un cambio de paradigma muy importante que encuentra difícil encaje en un sistema jurídico político como el alemán, caracterizado hasta el momento por su afán de precisión jurídica, tanto desde una perspectiva normativa como jurisprudencial, en lo que a distribución y delimitación competencial se refiere, o lo que viene a ser prácticamente lo mismo, en su división del poder público entre las distintas partes integrantes del Estado global: la Federación y los *Länder*.

UNDÉCIMA.- Disminución de la influencia del *Bundesrat* por motivos de eficacia y de democracia

Pero al margen de estas consideraciones sobre la competencia, la reforma constitucional del federalismo alemán de 2006 también ha traído consigo algunas otras novedades, al tiempo que ha puesto de manifiesto problemas o tendencias que se han ido acentuando con el paso del tiempo y que, entre otras cosas, afectan al núcleo duro de la organización del poder público en Alemania y, por ende, en cualquier otro Estado territorialmente descentralizado que se organice, al menos, parcialmente, sobre fundamentos similares a los propios del constitucionalismo germano.

Así, una de las razones principales que animaron esta reforma tenía que ver con la necesidad de disminuir la influencia del Consejo Federal en la legislación federal, tal y como señalamos anteriormente. La evolución experimentada por el federalismo alemán había llevado a que alrededor del sesenta por ciento de las leyes federales precisasen para su aprobación del asentimiento inexcusable del *Bundesrat*. Esto situaba a este órgano constitucional de representación de los Gobiernos de los *Länder* en una posición privilegiada que acarreaba determinadas consecuencias desde el punto de vista del funcionamiento del sistema, así como desde la perspectiva del principio democrático.

Por lo que se refiere a lo primero, esa intervención imprescindible del *Bundesrat* obligaba a poner en práctica procesos de negociación arduos y complejos, en los que, en el peor de los casos, no era posible alcanzar acuerdos, de modo que la ley en cuestión no se podía aprobar, o, lo que no es mucho mejor, el compromiso que se lograba cerrar resultaba a todas luces insuficiente o incompleto para ofrecer una respuesta adecuada al problema planteado. Esto ocurría, sobre todo, cuando la mayoría en la Dieta Federal que sostenía al Gobierno Federal no era del mismo color político que la dominante en el Consejo Federal. En estos casos existía siempre el riesgo, cierto o latente, de que esta última utilizase su poder para hacer labor de oposición

política, primando, por tanto, los intereses partidistas sobre los de los *Länder*, lo que provocaría, como es previsible, graves distorsiones en el funcionamiento del sistema de adopción de decisiones.

Por su parte, desde la perspectiva del principio democrático no podemos ignorar que el *Bundesrat* se encuentra integrado por representantes de los Gobiernos de los *Länder* y que, en consecuencia, ostenta una legitimidad democrática mucho más débil que aquélla que corresponde a la Dieta Federal, integrada por los representantes del pueblo directamente elegidos por éste. De ahí que colocar en plano de igualdad a ambos órganos constitucionales en la aprobación de la mayoría de las leyes federales, tal y como ocurría antes de la reforma constitucional de 2006, no dejase de plantear algunas dudas desde la perspectiva del principio democrático. Y es que el *Bundesrat*, por más que conceptualmente no esté caracterizado como cámara parlamentaria en sentido estricto, sino como órgano constitucional de representación territorial, lo cierto es que juega un papel muy importante, decisivo, en muchas ocasiones, en la aprobación de todas las leyes federales.

Así pues, aunque este era otro de los principales propósitos de la modificación de la Ley Fundamental (disminuir drásticamente el número de leyes federales precisadas del asentimiento inexcusable del Consejo Federal), apuntando algunas de las decisiones adoptadas claramente en esa dirección, tampoco se puede desconocer que hay otras que van, curiosamente, en el sentido contrario. Así, aquellas leyes federales que supongan un incremento de las obligaciones económicas de los *Länder* van a necesitar tras la reforma el asentimiento del *Bundesrat* para poder ser aprobadas. Con todo, parece que, al menos en términos cuantitativos, la reforma constitucional, en este sentido, ha traído consigo una reducción significativa del número de leyes que precisan de esa aprobación imprescindible del *Bundesrat*.

DUODÉCIMA.- De la “desparlamentarización” a la “reparlamentarización” de la vida pública

Esta cuestión, no obstante, hay que enmarcarla dentro de un debate de más amplio calado y alcance, que tiene que ver con la crisis del parlamentarismo en nuestras democracias como consecuencia del papel preponderante que dentro de ellas juegan los partidos políticos, que han llegado a ejercer un poder de control sobre las mayorías en las Cámaras legislativas y, en definitiva, en los Gobiernos, casi absoluto, lo que ha supuesto una alteración completa del papel que teóricamente tiene asignado cada uno de estos poderes, de modo que hoy en día es difícil negar que son los Gobiernos los que, partido político mediante, controlan a los Parlamentos, o, al menos, a la mayoría dentro de cada uno de ellos.

Esta crisis del parlamentarismo ha tenido su reflejo en la proliferación de órganos de composición reducida que actúan con facultades, en ocasiones, similares a las del propio Parlamento en pleno (caso de la Comisión de mediación), y que por lo que se refiere al *Bundesrat*, pese a que no se trate de un órgano propiamente legislativo, ha tenido su reflejo más claro en la creación de la Cámara de Asuntos Europeos, que con una composición netamente más reducida que el órgano del que pende, puede, sin embargo, tomar decisiones como si se tratase de éste acerca de cuestiones de tanta trascendencia como son las relativas al derecho europeo, y en la que, además, se permite el voto por correo.

Para hacer frente a esta situación, caracterizada de manera muy expresiva como de “desparlamentarización”, parte de la doctrina científica en Alemania ha reclamado un proceso contrario de “reparlamentarización” de la vida pública, cuya manifestación principal debe centrarse en el incremento del protagonismo de la Dieta Federal, auténtica cámara de representación popular, en detrimento del Consejo Federal, cuya actuación debería circunscribirse con más rigor a la prestación de su asentimiento para la aprobación de aquellas leyes federales

que afectasen de manera directa y sustancial al ámbito competencial de los *Länder*.

Al mismo tiempo, como alternativa se ha propuesto llevar a cabo un fortalecimiento de los mecanismos de democracia directa, no sólo a nivel federal, sino también de *Land*, así como una mejora del derecho electoral, que permita una conexión más estrecha entre los titulares últimos de todo el poder público y sus representantes, mitigando así las posibilidades de falseamiento de la voluntad popular, como consecuencia de la preponderancia de los intereses partidistas. También se ha puesto de relieve la necesidad de mejorar el funcionamiento democrático de los propios partidos políticos, como paso primero para buscar una mejor integración de los mismos en el entramado institucional y organizativo del Estado, a la vista de que, como hemos apuntado, son ellos cada vez más, y no tanto los órganos constitucionales de representación popular o territorial, la Dieta Federal o el Consejo Federal, los auténticos protagonistas en la democracia parlamentaria alemana.

DÉCIMOTERCERA.- Reparto y difuminación de responsabilidades en el ámbito del derecho europeo

Por lo que se refiere a la participación de los *Länder* en la creación del derecho europeo, la reforma constitucional de 2006 también ha traído consigo alguna novedad. Particularmente, en la llamada “fase ascendente”, al tiempo que se ha circunscrito también se ha potenciado la intervención de los *Länder* en el proceso de toma de decisiones a nivel europeo en aquellos aspectos más directamente relacionados con su “soberanía cultural” (enseñanza, cultura y radiodifusión). Ahora la Federación tiene el deber de transferir a un representante de los mismos, nombrado por el Consejo Federal, el ejercicio de los derechos que le corresponden a la República Federal de Alemania en tanto que Estado miembro de la Unión Europea. Lógicamente, ello deberá hacerse

en coordinación con el Gobierno Federal, dado que finalmente es la Federación la que responde por el conjunto del Estado ante las autoridades europeas.

Por lo que se refiere a la llamada “fase descendente”, la regla general es que la carga de una infracción de las obligaciones supranacionales debe ser soportada por aquella parte a la que es atribuible el incumplimiento de acuerdo con el orden interno de reparto de competencias. No obstante, en los supuestos de correcciones financieras de la Unión Europea esta regla básica de la responsabilidad se ve matizada por la de la solidaridad de la Federación y los *Länder*, cuando quien incumple es alguno de éstos.

Algo similar sucede en el terreno de las obligaciones de la República Federal de Alemania respecto a la observancia de la disciplina presupuestaria fijada en los Pactos de Estabilidad y Crecimiento de 1997. Si se produjese, a este respecto, algún incumplimiento, la Federación respondería por el 65% del coste del mismo, y los *Länder* por el 35% restante (de manera diferente en función de cuál de ellos haya sido el incumplidor). Se trata, por tanto, de una regla objetiva de determinación de la responsabilidad, que en poco ayuda a conseguir uno de los propósitos de la reforma constitucional: determinar con mayor precisión, sobre todo, de cara a los ciudadanos, las responsabilidades propias de la Federación y los *Länder*. De ahí que su introducción no haya estado exenta de críticas y objeciones.

DÉCIMO CUARTA.- En materia financiera, la desconexión entre ingresos y gastos sigue ausente de la Constitución, la estabilidad presupuestaria ya no

Las reformas competenciales e institucionales a que nos hemos referido se verían muy mermadas si no viniesen acompañadas de modificaciones financieras que dotasen a aquéllas de mayor virtualidad. De ahí que a la reforma constitucional de 2006 le siguiese la de 2009, en la que se pretendía

llevar a cabo una reordenación de las relaciones financieras de la Federación y los *Länder*. Más allá de declaraciones retóricas, lo cierto es que ésta tuvo un alcance más bien modesto, pues los aspectos fundamentales de aquéllas no se vieron afectados, y, en concreto, lo relativo a la ordenación de las competencias de la Federación y los *Länder* en materia fiscal, reflejo principal de la autonomía presupuestaria y, por ende, financiera de aquélla y éstos.

En definitiva, no fue posible hacer realidad el principio básico que debería regir este tipo de cuestiones en un Estado territorialmente descentralizado: el principio de conexión entre ingresos y gastos públicos. Pues solo si cada una de las partes de la relación federativa es responsable de los ingresos que obtiene, sobre todo, vía fiscal, podrá garantizarse, asimismo, su responsabilidad por los gastos que realice.

Por el contrario, sí fue posible avanzar en la plasmación constitucional del principio de estabilidad presupuestaria, hasta el punto de que el mismo quedó así recogido en el propio texto de la Ley Fundamental, en unos términos, por cierto, no indiscutidos, pues se ha cuestionado, en efecto, la conveniencia de fijar una barrera del máximo nivel normativo, infranqueable, por tanto, para el legislador ordinario, tanto federal como de los *Länder*, que impida poner en práctica políticas de incremento del gasto público para hacer frente a situaciones de parálisis o decrecimiento económico. Con todo, esta es una medida que, en la actualidad, supera el ámbito territorial de un Estado miembro de la Unión Europea, para desenvolverse, precisamente, en el terreno de la legislación europea. No obstante, conviene recordar que ha sido el Gobierno alemán el que más ha presionado para que ello así ocurriera.

DÉCIMOQUINTA.- La República Federal de Alemania sigue siendo un “Estado federal unitario”

Las reformas constitucionales objeto de estudio en este trabajo, sobre todo, la de 2006, pese a su trascendencia y alcance, no han supuesto un auténtico cambio de modelo del federalismo alemán. La República Federal de Alemania, por consiguiente, sigue siendo un “Estado federal unitario”, en el que los avances experimentados en la clarificación de la distribución y delimitación constitucional de competencias entre la Federación y los *Länder* coadyuvan a que la cooperación entre aquélla y éstos, que continúa siendo imprescindible para el buen funcionamiento del conjunto del sistema, resulte más eficaz y democrática.

DOCUMENTACIÓN

El estudio de la actividad desplegada por la *Comisión sobre el Federalismo I*, que constituye la parte esencial del capítulo 2 de este trabajo, relativo a los antecedentes de la reforma constitucional de 2006, se basa en los numerosos Dictámenes e Informes escritos de los profesionales y expertos (reconocidos juristas, todos ellos) y de los representantes políticos que colaboraron con ella, y/o formaron parte de la misma, así como en los Protocolos estenográficos de las sesiones públicas de la *Comisión*, en los que se recogen todas y cada una de las intervenciones de quienes la integraron, tuvieran o no derecho a voto.

Unos y otros, como, en general, toda la información disponible acerca de la constitución, normativa interna, composición y fines y objetivos de la llamada *Comisión sobre el Federalismo*, se pueden encontrar en la página web del *Bundesrat* o Consejo Federal (www.bundesrat.de), en concreto, en el enlace relativo a la *Reforma del Federalismo (Föderalismusreform: Die Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung. Föderalismusreform I)*. En la sección relativa a los Documentos acerca del trabajo de la Comisión sobre el Federalismo (*Dokumente zur Arbeit der Bundesstaatskommission*), los Informes y Dictámenes se hallan bajo el enlace *Kommissionsdrucksachen*, y los Protocolos estenográficos, bajo el enlace *Stenografische Protokolle*. Para su cita se han empleado, respectivamente, las abreviaturas *Kdruck.* y *Kprot.*, seguida del número correspondiente, que se refieren a *Kommissionsdrucksache* (Impreso de la Comisión) y *Kommssionsprotokoll* (Protocolo de la Comisión). De igual forma, en esta misma sección, y bajo el enlace relativo a la Documentación de trabajo (*Arbeitsunterlagen*), se pueden encontrar escritos muy variados que van desde respuestas por parte de los expertos o de los representantes políticos a preguntas formuladas en el seno de los grupos de trabajo de la Comisión hasta solicitudes de modificaciones en la redacción de algún precepto constitucional.

Toda esta documentación constituye un material muy valioso no solo para conocer los trabajos de esta Comisión, que, en esencia, fueron después los que se tuvieron en cuenta para llevar a cabo la reforma constitucional referida, sino que además, por la importancia de muchos de los autores que participaron en este proceso, suponen una fuente doctrinal de primer orden para conocer el estado de la discusión en torno al federalismo en Alemania. De ahí que a continuación se ofrezca una relación separada de toda esta documentación.

Por su parte, los trabajos de la Comisión sobre el Federalismo II, que concluyó en la reforma constitucional de 2009, relativa a las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, objeto de estudio del capítulo 4 de este trabajo, han sido recopilados en una publicación conjunta del *Bundestag* y del *Bundesrat*, bajo el título: “*Die gemeinsame Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen. Die Beratungen und ihre Ergebnisse*”. Se encuentran igualmente accesibles en la página web del *Bundesrat*, en el enlace relativo a la *Reforma del Federalismo (Föderalismusreform: Die Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen Föderalismusreform II)*. A ella me remito.

DOCUMENTACIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE EL FEDERALISMO I

PROCOLOS ESTENOGRÁFICOS
(Kommissionsprotokoll = Kprot.)

- **Kprot. 1** - Protocolo estenográfico de la 1.^a sesión celebrada el 07.11.2003
- **Kprot. 2** - Protocolo estenográfico de la 2.^a sesión celebrada el 28.11.2003
- **Kprot. 3** - Protocolo estenográfico de la 3.^a sesión celebrada el 12.12.2003
- (No hay Protocolo estenográfico de la 4.^a sesión no pública celebrada el 22./23.01.2004)
- **Kprot. 5** - Protocolo estenográfico de la 5.^a sesión celebrada el 11.03.2004
- **Kprot. 6** - Protocolo estenográfico de la 6.^a sesión celebrada el 14.05.2004
- (No hoy Protocolo estenográfico de la 7.^a sesión no pública celebrada el 10.06.2004)
- **Kprot. 8** - Protocolo estenográfico de la 8.^a sesión celebrada el 08.07.2004
- **Kprot. 9** - Protocolo estenográfico de la 9.^a sesión celebrada el 14.10.2004
- **Kprot. 10** - Protocolo estenográfico de la 10.^a sesión celebrada el 04.11.2004
- **Kprot. 11** - Protocolo estenográfico de la 11.^a sesión celebrada el 17.12.2004

INFORMES Y DICTÁMENES
(Kommissionsdrucksachen = Kdruck.)

- **Kdruck. 1** - Berufung der Sachverständigen (07.11.2003)
- **Kdruck. 2** - Berufung eines weiteren Sachverständigen (25.11.2003)
- **Kdruck. 3** - Sitzungstermine (27.11.2003)
- **Kdruck. 4** - Fragenkatalog Öffentliche Anhörung am 12.12.03 (08.12.2003)
- **Kdruck. 5** - Stellungnahme Prof. Dr. Rupert SCHOLZ (08.12.2003)
- **Kdruck. 6** - Stellungnahme Prof. Dr. Edzard SCHMIDT-JORTZIG (09.12.2003)
- **Kdruck. 7** - Stellungnahme Prof. Dr. Fritz W. SCHARPF (10.12.2003)
- **Kdruck. 8** - Stellungnahme Prof. Dr. Peter M. HUBER (10.12.2003)
- **Kdruck. 9** - Stellungnahme Prof. Dr. Joachim WIELAND (10.12.2003)
- **Kdruck. 10** - Stellungnahme Prof. Dr. Arthur BENZ (10.12.2003)
- **Kdruck. 11** - Stellungnahme Prof. Dr. Ferdinand KIRCHHOF (11.12.2003)
- **Kdruck. 12** - Stellungnahme (Entwurf) Prof. Dr. Dr. h.c. Hans MEYER (11.12.2003)
- **Kdruck. 13** - Stellungnahme Prof. Dr. Dr. h. c. Hans MEYER (16.01.2004)
- **Kdruck. 14** - Ergänzende Stellungnahme Prof. Dr. Fritz W. SCHARPF (21.01.2004)
- **Kdruck. 15** - Der Regierende Bürgermeister von Berlin, Klaus WOWEREIT: "Bundesstaatsmodernisierung / Hauptstadtregelung" (21.01.2004)
- **Kdruck. 16** - BM Renate KÜNAST und Volker RATZMANN, MdA: "Berlin wird Hauptstadt" (21.01.2004)
- **Kdruck. 17** - Prof. Dr. Arthur BENZ: "Zur Reform der Kompetenzverteilung im Bundesstaat" (21.01.2004)
- **Kdruck. 18** - Prof. Dr. Dieter GRIMM: "Zugriffsrechte und Öffnungsklauseln bei der konkurrierenden Gesetzgebung" (29.01.2004)
- **Kdruck. 19** - Dr. Günter KRINGS / Tanja GÖNNER: "Unseren Föderalismus erneuern!" (29.01.2004)
- **Kdruck. 20** - Prof. Dr. Dr. h.c. Hans MEYER: "Finanzrelevante Verflechtungen im föderalen System" (02.02.2004)

- **Kdruck. 21** - Prof. Dr. Dr. h.c. Rüdiger POHL: "Stellungnahme zu den Themen Mischfinanzierung und Steuerverteilung" (05.02.2004)
- **Kdruck. 22** - Fragenkatalog der Koordinatoren der Arbeitsgruppe «Finanzbeziehungen» zur öffentlichen Anhörung am 11.03.04 (17.02.2004)
- **Kdruck. 23** - Prof. Dr. Ferdinand KIRCHHOF: "Aspekte einer aufgabengerechten und föderalismustauglichen Finanzverfassung" (03.03.2004)
- **Kdruck. 24** - Prof. Dr. Stefan HOMBURG: "Stellungnahme zur Anhörung der Bundesstaatskommission am 11. März 2004" (03.03.2004)
- **Kdruck. 25** - Prof. Dr. Dr. h.c. Hans MEYER: "Die Behandlung der «Einrichtung der Behörden» in Art. 84 Abs. 1, Art. 85 Abs. 1 und Art. 80 GG" (03.03.2004)
- **Kdruck. 26** - Prof. Dr. Dr. h.c. Hans MEYER: "Überlegungen zur Abstimmungsregel des Art. 52 Abs. 3 Satz 1 GG für den Bundesrat" (03.03.2004)
- **Kdruck. 27** - Prof. Dr. Dr. h.c. Hans MEYER: "Weitere Überlegungen zum Themenkomplex «Finanzrelevante Verflechtungen im föderalen System»" (05.03.2004)
- **Kdruck. 28** - Prof. Dr. Arthur BENZ: Stellungnahme zum Thema "Finanzbeziehungen" (05.03.2004)
- **Kdruck. 29** - Prof. Dr. Fritz W. SCHARPF: Stellungnahme zur "Reform der Finanzbeziehungen zwischen Bund und Ländern" (05.03.2004)
- **Kdruck. 30** - Prof. Dr. Dr. h.c. Rüdiger POHL: "Stellungnahme zum Fragenkatalog der Arbeitsgruppe «Finanzbeziehungen»" (05.03.2004)
- **Kdruck. 31** - Prof. Dr. Peter M. HUBER: "Stellungnahme zur Anhörung Finanzbeziehungen am 11. März 2004" (08.03.2004)
- **Kdruck. 32** - Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Peter SCHNEIDER: "Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung am 11. März 2004 in Berlin" (08.03.2004)
- **Kdruck. 33** - Prof. Dr. Edzard SCHMIDT-JORTZIG: "Anregung einer Diskussionserweiterung (zu Art. 29 GG)" (25.03.2004)
- **Kdruck. 34** - Ministerpräsident des Landes Rheinland-Pfalz, Kurt BECK: "Hintergrundinformationen der rheinland-pfälzischen Landesregierung zur Ländermitwirkung in EU-Angelegenheiten im Zusammenhang mit den Reformüberlegungen zu Artikel 23 GG" (26.03.2004)
- **Kdruck. 35** - Ministerpräsident des Landes Rheinland-Pfalz, Kurt BECK: "Eckpunkte für eine neue Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern in den Bereichen Bildung und Wissenschaft" (13.04.2004)

- **Kdruck. 36** - "Die Reform des Föderalismus" - Positionspapier der Fraktionsvorsitzenden der Landtage in der Föderalismuskommission (14.04.2004)
- **Kdruck. 37** - Prof. Dr. Edzard SCHMIDT-JORTZIG: "Schriftliche Stellungnahme zum Themenschwerpunkt «Europa» der Kommission von Bundstag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung am 14. Mai 2004" (22.04.2004)
- **Kdruck. 38** - Positionen der Präsidenten der Landtage in der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung: "Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern" (27.04.2004)
- **Kdruck. 39** - Gemeinsame Erklärung der Finanzminister und -senatoren der norddeutschen Länder Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen und Schleswig-Holstein zur Föderalismus-Diskussion: "Wachstum und Einheit müssen Leit motive für die Bundesstaats-Debatte sein" (30.04.2004)
- **Kdruck. 40** - Prof. Dr. Rupert SCHOLZ: "Stellungnahme zur Thematik «Reform der bundesstaatlichen Ordnung und Europäische Union» zur Sitzung am 14.05.2004" (04.05.2004)
- **Kdruck. 41** - "Position der Bundesregierung zu Art. 23 GG" (04.05.2004)
- **Kdruck. 42** - Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Peter SCHNEIDER: "Stellungnahme zu Fragen der politischen Repräsentanz Deutschlands in Europa" (07.05.2004)
- **Kdruck. 43** - Prof. Dr. Arthur BENZ: "Zur «Europatauglichkeit» des deutschen Bundesstaats (10.05.2004)
- **Kdruck. 44, Teil 1** - Prof. Dr. Ingolf PERNICE: "Föderalismus im Umbruch - Zur Frage der Europafähigkeit des föderalen Deutschland" (12.05.2004)
- **Kdruck. 44, Teil 2** - Prof. Dr. Ingolf PERNICE: "Föderalismus im Umbruch - Zur Frage der Europafähigkeit des föderalen Deutschland" (12.05.2004)
- **Kdruck. 45** - Positionspapier der Ministerpräsidenten: "Föderalismusreform" (14.05.2004)
- **Kdruck. 46** - Unterrichtung durch die Bundesregierung - "Bericht der Bundesregierung über die Kostentragungslast der Bundesländer bei Zwangsgeldforderungen der Europäischen Union, Bundestag-Drucksache 15/2805" (17.05.2004)
- **Kdruck. 47** - Prof. Dr. Fritz W. SCHARPF: "Steuerwettbewerb vs. Gestaltungskompetenzen" (24.05.2004)
- **Kdruck. 48** - Dr. Jürgen RÜTTGERS, Martin KAYENBURG: "Beschluss der Konferenz der Fraktionsvorsitzenden von CDU und CSU der deutschen Länderparlamente zur Reform des Föderalismus in Deutschland" (26.05.2004)

- **Kdruck. 49** - Regierender Bürgermeister von Berlin, Klaus WOWEREIT: "Bundesstaatskommission / Hauptstadtregelung - Ergänzung des Vorschlags vom 20. Januar 2004 (verteilt als Kdruck. 15)" (01.06.2004)
- **Kdruck. 50** - Bundesministerium der Finanzen: "Auswirkungen einer Steuerautonomie auf den bundesstaatlichen Finanzausgleich" (03.06.2004)
- **Kdruck. 51** - Konferenz der Präsidentinnen und Präsidenten der deutschen Landesparlamente (*Quedlinburger Erklärung*):
 - "Die bundesstaatliche Ordnung modernisieren
Die Parlamente stärken
Eine Verfassung für Europa
 - Beschluss zur Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten nach dem Entwurf eines Vertrages über eine Verfassung für Europa und deren Rückwirkungen auf die deutschen Länder
 - Beschluss zur innerstaatlichen Beteiligung der Landesparlamente am Frühwarnsystem zur Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips durch entsprechende Änderung von Artikel 23 GG
 - Beschluss zur Stärkung der Organisationshoheit der Länder und zur Reduzierung der Zustimmungspflichtigkeit von Bundesgesetzen
 - Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern:
Entschließung zu den Positionen der Präsidenten der Landtage in der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung" (07.06.2004)
- **Kdruck. 52** - Prof. Dr. Ferdinand KIRCHHOF: "Vorschlag zur Haftung von Bund und Ländern für Fehlverhalten gegenüber der EU und zur binnenstaatlichen Aufteilung des EU-Kreditlimits" (07.06.2004)
- **Kdruck. 53** - Erwin TEUFEL, Ministerpräsident Baden-Württemberg: "Neustrukturierung der Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91a und b GG – Überprüfung verschiedener Kompensationsmodelle" (08.06.2004)
- **Kdruck. 54** - Volker KRÖNING, MdB: "Finanzverantwortung von Bund und Ländern bei der Umsetzung und Durchführung von EU-Recht bzw. Völkerrecht" (08.06.2004)
- **Kdruck. 55** - Renate KÜNAST, Volker RATZMANN: "Hauptstadtregelung" (08.06.2004)
- **Kdruck. 56** - Dr. Thomas DE MAZIÈRE, Staatsminister der Justiz des Freistaates Sachsen: "Vorschlag für eine indikatorbasierte, regelgebundene Mittelverteilung bei Zusammenfassung der Mischfinanzierungstatbestände nach Art. 91a, 91b und 104a Abs. 4 GG (Sächsisches Kompensationsmodell)" (10.06.2004)
- **Kdruck. 57 neu** - Volker KRÖNING, MdB / Ortwin RUNDE, MdB: "Vorschlag zur Neuregelung der Mischfinanzierungstatbestände der Art. 91a und b sowie Art. 104a Abs. 4 GG mit Erläuterungen" (11.06.2004)

- **Kdruck. 58** - Jörg-Uwe HAHN, MdL: “Vorschläge der FDP-Fraktionsvorsitzenden in den Landtagen zur Föderalismusreform «Motor für Wettbewerb und Subsidiarität»“ (15.06.2004)
- **Kdruck. 59** - Abgeordnetenhaus Berlin: “Beschluss des Abgeordnetenhauses von Berlin vom 17. Juni 2004 «Bundesstaat modernisieren»“ (21.06.2004)
- **Kdruck. 60** - Prof. Dr. Edzard SCHMIDT-JORTZIG: “Überlegungen zum Problemkreis «Geldleistungen und Kostenfolgen von Bundesgesetzen»“ (22.06.2004)
- **Kdruck. 61** - Ministerpräsident des Landes Rheinland-Pfalz: “Beschluss des Landtages Rheinland-Pfalz zur Verankerung des Konnexitätsprinzips auf Bundesebene (Entschließungsantrag der Fraktionen der SPD, CDU, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im rheinland-pfälzischen Landtag)” (24.06.2004)
- **Kdruck. 62** - Prof. Dr. Fritz W. SCHARPF: “Für eine flexible und differenzierte Kompetenzverteilung” (28.06.2004)
- **Kdruck. 63** - Prof. Dr. Dieter GRIMM: “Vorschlag zur Neuregelung der Gemeinschaftsaufgabe Forschungsförderung (Art. 91b GG)” (05.07.2004)
- **Kdruck. 64** - Prof. Dr. Fritz W. SCHARPF: “Länderkompetenz für Öffentliche Fürsorge” (07.07.2004)
- **Kdruck. 65** - Prof. Dr. Fritz W. SCHARPF: “Kostenfolgen von Bundesgesetzen – Anmerkungen zum Vorschlag von Professor Dr. Schmidt-Jortzig - Kdruck. 60” (12.07.2004)
- **Kdruck. 66** - Prof. Dr. Dr. h.c. Hans MEYER: “Einige Überlegungen zu den Kostenfolgen von Bundesgesetzen nach Art. 104a GG auf der Basis des bisherigen Standes der Beratungen” (19.07.2004)
- **Kdruck. 67** - Prof. Dr. Dr. h. c. Hans-Peter SCHNEIDER: “Kostenfolgen von Bundesgesetzen - Neuer Vorschlag” (02.08.2004)
- **Kdruck. 68** - Prof. Dr. Fritz W. SCHARPF: “Kostenfolgen von Bundesgesetzen - Bedenken gegen den Vorschlag von Prof. Dr. Dr. h. c. Hans-Peter Schneider - Kdruck. 67” (03.08.2004)
- **Kdruck. 69** - Winfried KRETSCHMANN, MdL, Vorsitzenden der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Landtag Baden-Württemberg: “Für eine Reform des Bildungsföderalismus” (05.08.2004)
- **Kdruck. 70** - Prof. Dr. Dr. h. c. Hans-Peter SCHNEIDER: “Kostenfolgen von Bundesgesetzen (Nachtrag)” (05.08.2004)
- **Kdruck. 71 neu** - Volker KRÖNING, MdB: “Fragen an die Sachverständigen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im Hinblick auf eine Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen (vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2004)” (18.08.2004)

- **Kdruck. 71 neu a** - Prof. Dr. Fritz W. SCHARPF: “Antwort auf die Fragen von Volker Kröning, MdB, an die Sachverständigen in der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im Hinblick auf eine Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen (vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2004) (Kdruck. 71 neu)” (19.08.2004)
- **Kdruck. 71 neu b** - Prof. Dr. Stefan HOMBURG, StB: “Antwort auf die Fragen von Volker Kröning, MdB, an die Sachverständigen in der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im Hinblick auf eine Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen (vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2004) (Kdruck. 71 neu)” (19.08.2004)
- **Kdruck. 71 neu c** - Prof. Dr. Arthur BENZ: “Antwort auf die Fragen von Volker Kröning, MdB, an die Sachverständigen in der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im Hinblick auf eine Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen (vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2004) (Kdruck. 71 neu)” (25.08.2004)
- **Kdruck. 71 neu d** - Prof. Dr. Peter M. HUBER: “Antwort auf die Fragen von Volker Kröning, MdB, an die Sachverständigen in der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im Hinblick auf eine Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen (vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2004) (Kdruck. 0071 neu)” (25.08.2004)
- **Kdruck. 72** - Hessische Staatskanzlei: “Eckpunkte zur Finanzierung entflochtener Gemeinschaftsaufgaben” (26.08.2004)
- **Kdruck. 71 neu e** - Prof. Dr. Ferdinand KIRCHHOF: “Antwort auf die Fragen von Volker Kröning, MdB, an die Sachverständigen in der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im Hinblick auf eine Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen (vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2004) (Kdruck. 0071 neu)” (31.08.2004)
- **Kdruck. 71 neu f** - Prof. Dr. Dr. h.c. Hans MEYER: “Antwort auf die Fragen von Volker Kröning, MdB, an die Sachverständigen in der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im Hinblick auf eine Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen (vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2004) (Kdruck. 0071 neu)” (31.08.2004)
- **Kdruck. 73** - Ortwin RUNDE, MdB: “Fragen an die Sachverständigen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung zum Themenkomplex «Mischfinanzierungen»“ (06.09.2004)

- **Kdruck. 73 a** - Prof. Dr. Stefan HOMBURG: "Antwort auf die Fragen von Ortwin Runde, MdB, an die Sachverständigen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung zum Themenkomplex «Mischfinanzierungen»" (09.09.2004)
- **Kdruck. 73 b** - Prof. Dr. Fritz W. SCHARPF: "Antwort auf die Fragen von Ortwin Runde, MdB, an die Sachverständigen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung zum Themenkomplex «Mischfinanzierungen»" (13.09.2004)
- **Kdruck. 73 c** - Prof. Dr. Edzard SCHMIDT-JORTZIG: "Antwort auf die Fragen von Ortwin Runde, MdB, an die Sachverständigen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung zum Themenkomplex «Mischfinanzierungen»" (14.09.2004)
- **Kdruck. 73 d** - Prof. Dr. Dr. h.c. Rüdiger POHL: "Antwort auf die Fragen von Ortwin Runde, MdB, an die Sachverständigen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung zum Themenkomplex «Mischfinanzierungen»" (16.09.2004)
- **Kdruck. 73 e** - Prof. Dr. Peter M. HUBER: "Antwort auf die Fragen von Ortwin Runde, MdB, an die Sachverständigen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung zum Themenkomplex «Mischfinanzierungen»" (17.09.2004)
- **Kdruck. 73 f** - Prof. Dr. Dr. h.c. Hans MEYER: "Antwort auf die Fragen von Ortwin Runde, MdB, an die Sachverständigen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung zum Themenkomplex «Mischfinanzierungen»" (20.09.2004)
- **Kdruck. 71 neu g** - Prof. Dr. Rupert SCHOLZ: "Antwort auf die Fragen von Volker Kröning, MdB, an die Sachverständigen in der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im Hinblick auf eine Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen (vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2004) (Kdruck. 71 neu) (22.09.2004)
- **Kdruck. 74** - Roland KOCH, Ministerpräsident des Landes Hessen: "Unterrichtung über die Ministerpräsidentenkonferenz am 14. September 2004 zu den Finanzthemen der Bundesstaatskommission" (22.09.2004)
- **Kdruck. 73 g** - Prof. Dr. Joachim WIELAND: "Antwort auf die Fragen von Ortwin Runde, MdB, an die Sachverständigen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung zum Themenkomplex «Mischfinanzierungen»" (23.09.2004)
- **Kdruck. 71 neu h** - Prof. em. Dr. Dr. h.c. Hans-Peter SCHNEIDER: "Antwort auf die Fragen von Volker Kröning, MdB, an die Sachverständigen in der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im Hinblick auf eine Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen (vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2004) (Kdruck. 71 neu)" (27.09.2004)

- **Kdruck. 75** - Prof. Dr. Fritz W. SCHARPF: "Anmerkungen zu den Optionen des Föderalismus in der Bildungspolitik" (27.09.2004)
- **Kdruck. 76** - Prof. Dr. Hans-Günter HENNEKE: "Bericht über die Beratungen des 65. Deutschen Juristentages zur klareren Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen" (28.09.2004)
- **Kdruck. 77** - Hermann BACHMAIER, MdB / Volker KRÖNING, MdB / Joachim STÜNKER, MdB - mit Unterstützung von Prof. Dr. Dr. h.c. Hans MEYER - : "Thesen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 72 II, 75 GG - insbesondere Altenpflege- und Juniorprofessorenentscheidung -" (28.09.2004)
- **Kdruck. 78** - Ernst BURGBACHER, MdB: "Fragen an die Sachverständigen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung zum Themenkomplex «Hochschulautonomie»" (29.09.2004)
- **Kdruck. 73 h** - Prof. Dr. Arthur BENZ: "Antwort auf die Fragen von Ortwin Runde, MdB, an die Sachverständigen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung zum Themenkomplex «Mischfinanzierungen»" (29.09.2004)
- **Kdruck. 78 a** - Prof. Dr. Dr. h.c. Hans MEYER: "Antwort auf die Fragen von Ernst Burgbacher, MdB, an die Sachverständigen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung zum Themenkomplex «Hochschulautonomie»" (04.10.2004)
- **Kdruck. 79** - Prof. Dr. Hans-Günter HENNEKE: "Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Überleitungsregelung in Folge einer Änderung des Art. 84 GG" (04.10.2004)
- **Kdruck. 80** - Prof. Dr. Fritz W. SCHARPF: "Anmerkungen zum «asymmetrischen und lernfähigen Föderalismus»" (04.10.2004)
- **Kdruck. 73 i** - Staatssekretär Karl RAUBER, Chef der Staatskanzlei und Europabeauftragter des Saarlandes: "Stellungnahme zu den Antworten der Sachverständigen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung auf die Fragen von Ortwin Runde, MdB, zum Themenkomplex «Mischfinanzierungen»" (05.10.2004)
- **Kdruck. 78 b** - Prof. Dr. Ferdinand KIRCHOF: "Antwort auf die Fragen von Ernst Burgbacher, MdB, an die Sachverständigen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung zum Themenkomplex «Hochschulautonomie»" (06.10.2004)
- **Kdruck. 78 c** - Prof. Dr. Edzard SCHMIDT-JORTZIG: "Antwort auf die Fragen von Ernst Burgbacher, MdB, an die Sachverständigen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung zum Themenkomplex «Hochschulautonomie»" (07.10.2004)
- **Kdruck. 78 d** - Prof. Dr. Arthur BENZ: "Antwort auf die Fragen von Ernst Burgbacher, MdB, an die Sachverständigen der Kommission von Bundestag

und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung zum Themenkomplex «Hochschulautonomie»“ (11.10.2004)

- **Kdruck. 81** - Prof. Dr. Fritz W. SCHARPF: “Gesetzgebungskompetenzen und Steuerkompetenzen” (12.10.2004)
- **Kdruck. 78 e** - Prof. Dr. Fritz W. SCHARPF: “Antwort auf die Fragen von Ernst Burgbacher, MdB, an die Sachverständigen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung zum Themenkomplex «Hochschulautonomie»“ (12.10.2004)
- **Kdruck. 78 f** - Prof. Dr. Peter M. HUBER: “Antwort auf die Fragen von Ernst Burgbacher, MdB, an die Sachverständigen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung zum Themenkomplex «Hochschulautonomie»“ (14.10.2004)
- **Kdruck. 71 neu i** - Prof. Dr. Fritz W. SCHARPF: “Ergänzung der Antwort auf die Fragen von Volker Kröning, MdB, an die Sachverständigen in der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im Hinblick auf eine Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen (vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2004) (Kdruck. 71 neu) (19.10.2004)
- **Kdruck. 82** - Der Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung: “Gutachten zur Neuordnung der Verwaltung im Bundesfernstraßenbau” (19.10.2004)
- **Kdruck. 83** - Präsidentinnen und Präsidenten der deutschen Landtage - Fraktionsvorsitzende der Bank der Landtage in der Bundesstaatskommission: “Münchner Erklärung” (19.10.2004)
- **Kdruck. 71 neu j** - Prof. Dr. Edzard SCHMIDT-JORTZIG: “Antwort auf die Fragen von Volker Kröning, MdB, an die Sachverständigen in der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im Hinblick auf eine Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen (vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2004) (Kdruck. 71 neu) “ (20.10.2004)
- **Kdruck. 84** - Ernst BURGBACHER, MdB: “Gesetzentwurf der FDP-Bundestagsfraktion zur Aufnahme von Stabilitätskriterien in das Grundgesetz” (22.10.2004)
- **Kdruck. 71 neu k** - Prof. Dr. Peter M. HUBER: “Ergänzung der Antwort auf die Fragen von Volker Kröning, MdB, an die Sachverständigen in der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im Hinblick auf eine Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen (vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2004) (Kdruck. 71 neu)” (27.10.2004)
- **Kdruck. 85** - “Übersicht über die Vorschläge der Sachverständigen, der Präsidenten der Landtage und der MPK zur Übertragung von Materien aus

der konkurrierenden Gesetzgebung und der Rahmengesetzgebung in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes bzw. der Länder (Kdruck. 71 neu a bis j, 38 und 45)" (27.10.2004)

- **Kdruck. 86** - Prof. Dr. Arthur Benz: "Abstimmungsverfahren im Bundesrat" (28.10.2004)
- **Kdruck. 87** - Prof. Dr. Fritz W. SCHARPF: "Abweichungsrechte als Realisierung des Subsidiaritätsprinzips" (15.11.2004)
- **Kdruck. 88** - Staatsminister Rainer ROBRA, Chef der Staatskanzlei des Landes Sachsen-Anhalt: "Eckpunkte für die Entflechtung von Mischfinanzierungen und Neuordnung der Finanzverwaltung" (16.11.2004)
- **Kdruck. 73 j** - Senatskanzlei Bremen: "Stellungnahme zu den Antworten der Sachverständigen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung auf die Fragen von Ortwin Runde, MdB, zum Themenkomplex «Mischfinanzierungen»" (17.11.2004)
- **Kdruck. 89** - Heinz-Werner ARENS, Präsident des Schleswig-Holsteinischen Landtages: "Reform des Föderalismus - Fraktionsübergreifender Beschluss des Schleswig-Holsteinischen Landtages (Drs. 15/3785)" (19.11.2004)

DOCUMENTACIÓN DE TRABAJO
(Arbeitsunterlagen)

- **Arbeitsunterlage 1** - Deutscher Bundestag, Ausschuss für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung: Öffentliche Anhörung zur "Neuordnung der bildungs- und forschungspolitischen Zuständigkeiten in der Bundesrepublik Deutschland" (Protokoll 15/18) vom 20. Oktober 2003
- **Arbeitsunterlage 2** - Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung": Bericht zur innerstaatlichen Kompetenzordnung - Bestandsaufnahme und Problembeschreibung, Stand: 17. Dezember 2002
- **Arbeitsunterlage 3** - Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, Arbeitsgruppe "Finanzen": Bericht zu den Themenbereichen Mischfinanzierungen und Steuergesetzgebung - Bestandsaufnahme - vom 13. Dezember 2002
- **Arbeitsunterlage 4** - Staatsministerium Baden-Württemberg, Senatskanzlei Berlin: Synoptische Arbeitshilfe für die Arbeitsgruppe "Gesetzgebungskompetenzen und Mitwirkungsrechte" der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung vom 6. Januar 2004
- **Arbeitsunterlage 5** - Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung - Sekretariat: Übersicht über die Positionen der Sachverständigen zur öffentlichen Anhörung am 12. Dezember 2003 (Ziffer II. des Fragebogens: Handlungsfähigkeit von Bund und Ländern) vom 9. Januar 2004
- **Arbeitsunterlage 6** - Volker Kröning, MdB: Materialliste zum Thema "Finanzbeziehungen zwischen Bund und Ländern" (ohne Datum)
- **Arbeitsunterlage 7** - Chef der Senatskanzlei Bremen Prof. Dr. Reinhard Hoffmann: Gesamtstaatliches Handeln der Länder vom 12. Januar 2004
- **Arbeitsunterlage 8** - Der Ministerpräsident des Landes Nordrhein-Westfalen Peer Steinbrück: Stellungnahme zur Neuverteilung von Gesetzgebungskompetenzen vom 7. Januar 2004
- **Arbeitsunterlage 9** - Volker Kröning, MdB: Übersicht zu den Auffassungen der Bundesregierung und der Ministerpräsidentenkonferenz zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im Bereich der Finanzbeziehungen zwischen Bund und Ländern vom 14. Januar 2004
- **Arbeitsunterlage 10** - Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof: Gutachten D für den 61. Deutschen Juristentag; Empfehlen sich Maßnahmen, um in der Finanzverfassung Aufgaben- und Ausgabenverantwortung von Bund, Ländern und Gemeinden stärker zusammenzuführen? 1996
- **Arbeitsunterlage 11** - Chef der Senatskanzlei Bremen Prof. Dr. Reinhard Hoffmann: Integrationsfunktion des Bundesrates bleibt unverzichtbar vom 1. September 2003
- **Arbeitsunterlage 12** - Bundesregierung: Synopse "Europa im Außenverhältnis" (ohne Datum)
- **Arbeitsunterlage 13** - Bundesregierung: Synopse "Mitwirkungsrechte des Bundesrates" (ohne Datum)

- **Arbeitsunterlage 14** - Bundesregierung: Synopse "Gesetzgebungskompetenzen" (ohne Datum)
- **Arbeitsunterlage 15** - Chef der Senatskanzlei Baden-Württemberg Staatssekretär Rudolf Böhmler und Chef der Senatskanzlei Berlin Staatssekretär André Schmitz: Arbeitspapier "Funktionale Systematisierung der Zuständigkeiten von Bund und Ländern" vom 20. Januar 2004
- **Arbeitsunterlage 16** - Der Regierende Bürgermeister von Berlin Klaus Wowereit: Bundesstaatsmodernisierung/ Hauptstadtregelung vom 20. Januar 2004
- **Arbeitsunterlage 17** - Der Minister für Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen Wolfgang Gerhards: Gegenstände der konkurrierenden und der Rahmengesetzgebung, die bereits EU-rechtlich geregelt sind (Erste, unvollständige Liste) vom 20. Januar 2004
- **Arbeitsunterlage 18** - Prof. Dr. Fritz W. Scharpf: Anmerkungen zum Arbeitspapier der Chefs der Staats-/Senatskanzleien von Baden-Württemberg und Berlin: Funktionale Systematisierung der Zuständigkeiten von Bund und Ländern vom 20. Januar 2004
- **Arbeitsunterlage 19** - Bundesministerin Renate Künast, MdB, und Volker Ratzmann, MdA: "Berlin wird Hauptstadt" Ein Vorschlag zur Rolle und Funktion einer Hauptstadt im deutschen Föderalismus vom 19. Januar 2004
- **Arbeitsunterlage 20** - Zu Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, Arbeitsgruppe "Finanzen": Aktualisiertes Zahlenmaterial zwischen BMF und ZDL (Stand: 20. Januar 2004), Bericht zu den Themenbereichen Mischfinanzierungen und Steuergesetzgebung - Bestandsaufnahme (13. Dezember 2002)
- **Arbeitsunterlage 21** - Chef der Staatskanzlei Sachsen-Anhalt Staatsminister Rainer Robra: Aufsatz von PD Dr. Thiess Büttner und Robert Schwager: Länderautonomie in der Einkommenssteuer: Konsequenzen eines Zuschlagsmodells vom September 2002
- **Arbeitsunterlage 22** - Der Ministerpräsident des Landes Rheinland-Pfalz Kurt Beck: Schreiben an die Vorsitzenden der Bundesstaatskommission zum Thema Europa vom 19. Januar 2004
- **Arbeitsunterlage 23** - Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände: Positionspapier zur Vorlage in der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung vom 11. Dezember 2003
- **Arbeitsunterlage 24** - Prof. Dr. Rupert Scholz: Vorschlag zur Neuformulierung des Art. 84 GG vom 29. Januar 2004
- **Arbeitsunterlage 25** - Prof. Dr. Fritz W. Scharpf: Überlegungen zur Gesetzgebung nach der Klausurtagung vom 25. Januar 2004
- **Arbeitsunterlage 26** - Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Peter Schneider: Mitwirkungsrechte des Bundesrates (Art. 84 I, 85 104 a I GG) vom 30. Januar 2004
- **Arbeitsunterlage 27** - Prof. Dr. Joachim Wieland: Gesetzgebungskompetenzen (Reaktionen auf die Papiere der Kollegen Prof. Dr. Dieter Grimm und Prof. Dr. Fritz W. Scharpf) vom 29. Januar 2004

- **Arbeitsunterlage 28** - Prof. Dr. Arthur Benz: Überlegungen zu Gesetzgebungskompetenzen und Mitwirkungsrechten des Bundesrates (für die Beratungen in Arbeitsgruppe 1) vom 4. Februar 2004
- **Arbeitsunterlage 29** - Prof. Dr. Edzard Schmidt-Jortzig: Zur Entflechtung der Verantwortungsbereiche bei der landeseigenen Ausführung von Bundesgesetzen (Art. 84 GG) vom 6. Februar 2004
- **Arbeitsunterlage 30** - Prof. Dr. Fritz W. Scharpf: Vorläufige Überlegungen zur Neugestaltung der Finanzbeziehungen zwischen Bund und Ländern vom 6. Februar 2004
- **Arbeitsunterlage 31** - Prof. Dr. Edzard Schmidt-Jortzig: Stellungnahme zum Thema "Kostenfolgen von Bundesgesetzen" Arbeitsgruppe 2 "Finanzbeziehungen" vom 9. Februar 2004
- **Arbeitsunterlage 32** - Prof. Dr. Peter M. Huber: Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen ? (ohne Datum)
- **Arbeitsunterlage 33** - Prof. Dr. Hans-Günter Henneke: Stellungnahme - zur 2. Sitzung der Arbeitsgruppe "Gesetzgebungskompetenzen und Mitwirkungsrechte" am 12. Februar 2004 TOP 2: Formulierungsvorschläge der Sachverständigen zu Art. 84 Abs. 1 GG - zur 3. Sitzung der Arbeitsgruppe "Finanzbeziehungen" am 12. Februar 2004 TOP 2: Zusatzauftrag der Kommission: Untersuchung der mit der Diskussion über eine mögliche Neufassung des Art. 84 GG verbundenen Frage nach einer möglichen Regelung der mit Bundesgesetzen verbundenen Kostenfolgen vom 9. Februar 2004
- **Arbeitsunterlage 34** - Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof: Auflösung von Bundesratsblockaden bei Zustimmungsgesetzen vom 9. Februar 2004
- **Arbeitsunterlage 35** - Prof. Dr. Joachim Wieland: Zur zukünftigen Gestaltung der Finanzbeziehungen im Bundesstaat vom 9. Februar 2004
- **Arbeitsunterlage 36** - Zusammenstellung aller vorgeschlagenen Fragen zur Vorbereitung eines Fragenkatalogs für die öffentliche Anhörung zum Themenkomplex "Finanzbeziehungen" am 11. März 2004 (vom Sekretariat gegliedert in Anlehnung an die Themenliste der Arbeitsgruppe 2 unter Vermeidung von Redundanzen) vom 10. Februar 2004
- **Arbeitsunterlage 37** - Koordinatoren der Arbeitsgruppe "Finanzbeziehungen" (Volker Kröning, MdB, Ministerpräsident Matthias Platzeck, Antje Tillmann, MdB): Vorschlag für einen Fragenkatalog zum Themenkomplex "Finanzbeziehungen" zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung am 11. März 2004
- **Arbeitsunterlage 38** - Prof. Dr. Fritz W. Scharpf: Zwei Nachträge zur Diskussion vom 12. Februar 2004 in der Arbeitsgruppe 2: 1. Übergangsregelung zur Reform der Mischfinanzierung, 2. Kostenfolgen von Bundesgesetzen vom 15. Februar 2004
- **Arbeitsunterlage 39** - Prof. Dr. Rupert Scholz: Rückführung von Mischfinanzierungstatbeständen: Verzicht auf Gemeinschaftsaufgaben und Vorschläge zu Art. 104 a ff GG vom 21. Februar 2004
- **Arbeitsunterlage 40** - Der Ministerpräsident des Saarlandes Peter Müller: Thesenpapier - Ersetzung der umweltspezifischen Kompetenztitel durch einen Kompetenztitel "Zulassung von Anlagen und Produkten" vom 25. Februar 2004

- **Arbeitsunterlage 41** - Chef der Staatskanzlei Baden-Württemberg/Chef der Senatskanzlei Berlin: "Zuordnung von Zuständigkeiten auf Bund oder Länder"
- **Arbeitsunterlage 42** - Prof. Dr. Ferdinand Kirchof: "Aspekte einer aufgabengerechten und föderalismustauglichen Finanzverfassung"
- **Arbeitsunterlage 43** - Bundesregierung: "Beanstandsaufnahme zum Gebrauchmachen vorhandener Gesetzgebungskompetenzen des Bundes (Stand: 11. März 2004)"
- **Arbeitsunterlage 44** - Bundesregierung: "Der Naturschutz in der Reform der bundesstaatlichen Ordnung - Thesen (Prof. Dr. H.-J. Koch)"
- **Arbeitsunterlage 45** - Prof. Dr. Rupert Scholz: "Der Staat des Grundgesetzes - Kontinuität und Wandel" - Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag
- **Arbeitsunterlage 46** - Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Deutscher Landkreistag: "Vermeintliche Verknüpfungen zwischen der Neufassung des Art. 84 Abs. 1 GG und dem gebotenen verfassungsrechtlich abgesicherten Sonderbelastungsausgleich optierender Kommunen nach § 6 a SGB II"
- **Arbeitsunterlage 47** - Bundesregierung: "Unterlagen zu den Auswirkungen des Vermittlungsausschussverfahrens zum Haushaltsbegleitgesetz und anderen Reformgesetzen hinsichtlich Einnahmen und Ausgaben für die Kommunen"
- **Arbeitsunterlage 48** - Staatsminister Dr. Thomas de Maizière, Sächsisches Staatsministerium der Justiz: "Beitrag zur Diskussion über die Änderung des Art. 84 Abs. 1 GG"
- **Arbeitsunterlage 49** - Deutscher Städtetag: " Stellungnahme - Zur Problematik der bundesgesetzlichen Bestimmung der Kommunen zu Aufgabenträgern auf der Basis von Art. 84 Abs. 1 GG -"
- **Arbeitsunterlage 50** - Sekretariat der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung: "Übersicht über die Positionen der Sachverständigen zum Themenkomplex "Finanzbeziehungen" (öffentliche Anhörung am 11. März 2004)"
- **Arbeitsunterlage 51** - Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Deutscher Landkreistag: "Berücksichtigung kommunalrelevanter Fragestellungen in der Übersicht über die Positionen der Sachverständigen zum Themenkomplex "Finanzbeziehungen" (AU 50)"
- **Arbeitsunterlage 52** - Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Deutscher Landkreistag: "Mitwirkungsrecht"
- **Arbeitsunterlage 53** - Synopse des Bundesministeriums der Justiz zu den Vorschlägen der Sachverständigen zu Art. 84 GG - Stand 29.3.2004
- **Arbeitsunterlage 54** - Stellungnahme des Bundesministeriums für Bildung und Forschung zu den Äußerungen von Prof. Dr. Stefan Homburg in der 2. Sitzung der AG Finanzbeziehungen
- **Arbeitsunterlage 55** - Bericht des Bundesministeriums der Finanzen über die Bürokratiekosten der Gemeinschaftsaufgaben (06.04.2004)
- **Arbeitsunterlage 56** - Prof. Dr. Ferdinand Kirchof: "Vorschlag zur gesicherten Weiterfinanzierung entflochtener Gemeinschaftsaufgaben (bisher Art. 91 a und b GG)"

- **Arbeitsunterlage 57** - Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof: "Vorschläge zur Sicherung einer ausreichenden Finanzausstattung der Länder für Bundesgesetze, die von den Ländern vollzogen werden müssen (Art. 84 ff. GG)"
- **Arbeitsunterlage 58** - Prof. Dr. Stefan Homburg: "Entgegnungen zu GA Hochschulbau, hier: Äußerungen Ortwin Runde, MdB"
- **Arbeitsunterlage 59** - Prof. Dr. Fritz W. Scharpf: "Weitere Überlegungen zu den Kostenfolgen von Bundesgesetzen"
- **Arbeitsunterlage 60** - Prof. Dr. Dieter Grimm: "Änderung von Art. 84 Abs. 1 GG"
- **Arbeitsunterlage 61** - Prof. Dr. Joachim Wieland: "Kostenfolgen von Bundesgesetzen"
- **Arbeitsunterlagen 62** - Prof. Dr. Arthur Benz: "Vorschläge zu Art. 84 GG und zur Regelung von Kostenfolgen von Bundesgesetzen"
- **Arbeitsunterlage 63** - Prof. Dr. Dr. h.c. Hans Meyer: "Einige Bemerkungen zur Arbeitsunterlage 0060 von Prof. Dieter Grimm"
- **Arbeitsunterlage 64** - Rechtliche Probleme bei der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit auf der Grundlage des geltenden Art. 24 GG - Stellungnahme von Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen anhand konkreter Fallgestaltungen
- **Arbeitsunterlage 65** - Bundesministerium der Finanzen: Bestandsaufnahme zum Gebrauchmachen vorhandener Gesetzgebungs- und Finanzierungskompetenzen bei den Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91a und b GG (Abschnitt VIIIa GG) sowie im Bereich der Finanzverfassung (Abschnitt X GG) - Stand: 30. April 2004
- **Arbeitsunterlage 66** - Effizienz und Effektivität in der Steuerverwaltung - Positionspapier des Bundesministeriums der Finanzen
- **Arbeitsunterlage 67** - Die gemeinsame Verantwortung im Steuervollzug des Bundes und der Länder - Positionspapier der Finanzminister(innen) der Länder
- **Arbeitsunterlage 68** - Kommunen im Bundesstaat stärken - Positionspapier des Deutschen Städtetages
- **Arbeitsunterlage 69** - Bundesministerium der Finanzen: "Auswirkungen einer Steuerautonomie auf den bundesstaatlichen Finanzausgleich"
- **Arbeitsunterlage 70** - Professor Dr. Peter M. Huber: "Stellungnahme - Rechtliche Probleme bei der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit auf der Grundlage des geltenden Art. 24 GG" (Bezug auf AU 0064)
- **Arbeitsunterlage 71** - Bundesministerium der Finanzen: "Kommentierung der Vorschläge der Sachverständigen zum Thema Kostenfolgen von Bundesgesetzen"
- **Arbeitsunterlage 72** - Inspection générale des Finances (Frankreich) – Zusammenfassung der vergleichenden Analyse der Steuerverwaltungen (Übersetzung des Bundesministeriums der Finanzen)
- **Arbeitsunterlage 73** - Prof. Dr. Dr. h. c. Hans Meyer: "Bemerkungen zur Entflechtung von Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91 a und b GG) und zu den

Vorschlägen für finanzielle Konsequenzen (zugleich eine Entgegnung auf F. Kirchhof AU 0056)"

- **Arbeitsunterlage 74** - Bundesministerium der Finanzen: "Bericht zum Nationalen Stabilitätspakt"
- **Arbeitsunterlage 75** - Professor Dr. Dieter Grimm und Professor Dr. Rupert Scholz: "Vorschlag für eine Hauptstadtregelung"
- **Arbeitsunterlage 76** - Professor Dr. Dieter Grimm: "Art. 84 Abs. 1 GG neu - mit oder ohne Sperrklausel?"
- **Arbeitsunterlage 77** - Professor Dr. Dr. h.c. Hans-Peter Schneider: "Hauptstadtregelung"
- **Arbeitsunterlage 78** - Dr. Thomas de Maizière, Staatsminister der Justiz des Freistaates Sachsen: "Zugriffsrecht"
- **Arbeitsunterlage 79** - Bundesministerium der Finanzen: "Bericht über die Umsatzsteuerverteilung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden"
- **Arbeitsunterlage 80** - Staatsministerium Baden-Württemberg: "Konkretisierung der Länderposition zur Mitwirkung der Länder an der EU-Rechtsetzung - Art. 23 GG"
- **Arbeitsunterlage 81** - Deutscher Bundestag, Rechnungsprüfungsausschuss des Haushaltsausschusses: Externe Finanzkontrolle der Einnahmen und Ausgaben der Europäischen Union in Deutschland
 - Auszug aus dem Protokoll der 15. Sitzung des Rechnungsprüfungsausschusses vom 26. Januar 2004
 - Beschlüsse der 23. Sitzung des Rechnungsprüfungsausschusses vom 24. September 2004
 - Bericht des Bundesrechnungshofes (A-Drs. 234) vom 22. März 2004
- **Arbeitsunterlage 82** - Übersicht über die Vorschläge der Sachverständigen und Präsidenten der Landtage zur Übertragung von Materien aus der konkurrierenden Gesetzgebung und der Rahmengesetzgebung in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes bzw. der Länder (Kommissionsdrucksachen 0071 -neu- a bis h und 0038)
- **Arbeitsunterlage 83** - Professor Dr. Rupert Scholz: "Vorschlag zur Regelung der Kompetenzen von Bund und Ländern im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung"
- **Arbeitsunterlage 84** - Professor Dr. Fritz W. Scharpf: "Kommentar zur Arbeitsunterlage 0083 von Professor Dr. Rupert Scholz"
- **Arbeitsunterlage 85** - Professor Dr. Joachim Wieland: "Ergänzung der Eckpunkte zu einer Neufassung des Art. 72 GG - Vorschlag Joachim Stünker, MdB/Dr. Norbert Röttgen, MdB, vom 27. September 2004"
- **Arbeitsunterlage 86** - Professor Dr. Dieter Grimm/Professor Dr. Dr. h.c. Hans-Peter Schneider: "Neuregelung von Art. 72 Abs. 2 und 3 GG"
- **Arbeitsunterlage 87** - Professor Dr. Ferdinand Kirchhof: "Vorschlag zur Abschichtung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern (Neufassung des Art. 72 Abs. 2 u. 3)"

- **Arbeitsunterlage 88** - Bundesrechnungshof: "Probleme beim Vollzug der Steuergesetze; hier: Föderales Steuersystem in Deutschland - Bericht vom 26. Oktober 2004"
- **Arbeitsunterlage 89** - Bundesministerium der Finanzen: "Mehr Effizienz in der Steuerverwaltung" (PAU-6/0013) und "Eckpunkte eines Maßnahmenpaketes auf einfachgesetzlicher Ebene"
- **Arbeitsunterlage 90** - Finanzministerkonferenz: Positionspapier "Besteuerungsverfahren effizient und bürgernah gestalten - Modernisierungsprogramm der Steuerverwaltungen der Länder"
- **Arbeitsunterlage 91** - Finanzministerkonferenz: "Tausch der Steuerquellen – Versicherungssteuer/Kraftfahrzeugsteuer"
- **Arbeitsunterlage 92** - Freistaat Bayern/Freie Hansestadt Bremen/Nordrhein-Westfalen: Arbeitsunterlage zum Thema "Europa"
- **Arbeitsunterlage 93** - Dr. Angelica Schwall-Düren, MdB/Rainer Steenblock, MdB/Rainer Funke, MdB: "Eckpunktepapier - Deutschlands europapolitische Handlungsfähigkeit"
- **Arbeitsunterlage 94** - Dr. Dieter Wiefelspütz, MdB: "Verfassungsänderungsbedarf auf dem Gebiet des Zivil- und Katastrophenschutzes"
- **Arbeitsunterlage 95** - Professor Dr. Dr. h.c. Hans Meyer: "Zu den Gemeinschaftsaufgaben"
- **Arbeitsunterlage 96** - Prof. Dr. Dr. h.c. Hans Meyer: Zur Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern"
- **Arbeitsunterlage 97** - Jörg-Uwe Hahn, MdL, Dr. Ingo Wolf, MdL: "Verfassungsänderung auf dem Gebiet der Inneren Sicherheit, Anmerkung zu den Vorschlägen des Regierenden Bürgermeisters von Berlin"
- **Arbeitsunterlage 98** - Finanzministerkonferenz: "Tausch von Steuerquellen – Versicherungssteuer/Kraftfahrzeugsteuer - Beratungsergebnis vom 11. November 2004 -"
- **Arbeitsunterlage 99** - Staatsminister Dr. Thomas de Maizière, Sächsisches Staatsministerium des Innern: "Vorschlag für eine Ergänzung von Artikel 104a Abs. 4 GG und bundesgesetzlich geregelte Finanzhilfen zur Regionalentwicklung im Rahmen der Entflechtung der Mischfinanzierungen"
- **Arbeitsunterlage 100** - Volker Kröning, MdB: "Neuregelung der Mischfinanzierungstatbestände der Artikel 91 a und b sowie von Artikel 104a Abs. 4 GG -Artikel 104b und Artikel 125b GG-"
- **Arbeitsunterlage 101** - Bundesministerium des Innern: "Kompromißvorschlag zur Kulturförderung(Bund/Länder) - vom 24. September 2004 (PAU- 3/0018) Verfassungsrechtliche Würdigung aus der Sicht des Bundes"
- **Arbeitsunterlage 102** - Rheinland-Pfalz, Ministerium der Justiz: "Errichtung einer einheitlichen öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeit"
- **Arbeitsunterlage 103** - Anne Lütkes, Ministerin für Justiz, Frauen, Jugend und Familie des Landes Schleswig-Holstein: "Errichtung einer einheitlichen öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeit - Schreiben des rheinland-pfälzischen Justizministers vom 29.11.2004"

- **Arbeitsunterlage 104-neu-** Franz Müntefering, MdB, und Dr. Edmund Stoiber, Ministerpräsident: "Vorentwurf vom 13. Dezember 2004 - Vorschlag der Vorsitzenden"
- **Arbeitsunterlage 105** - Matthias Platzek, Ministerpräsident des Landes Brandenburg: "Vorschlag für eine verfassungsrechtliche Absicherung des Korbes II Solidarpakt II in Höhe von 51 Mrd. Euro"
- **Arbeitsunterlage 106** - Prof. Dr. Georg Milbradt, Ministerpräsident des Freistaates Sachsen: "Formulierungsvorschlag zu Art. 143c GG neu"
- **Arbeitsunterlage 107** - Professor Dr. Fritz W. Scharpf: "Änderung des Art. 72 II und ergänzende Änderung des Art. 125a II GG"
- **Arbeitsunterlage 108** - Rainer Funke, MdB/Ernst Burgbacher, MdB: "Anträge zur Kommissionssitzung am 17. Dezember 2004"
- **Arbeitsunterlage 109** - Ole von Beust, Präsident des Senats und Erster Bürgermeister der Freien und Hansestadt Hamburg: "Stellungnahme zum Vorentwurf für den Vorschlag der Vorsitzenden (AU 104 -neu-), (betr.: Seehäfen)"
- **Arbeitsunterlage 110** - Professor Dr. Hans-Günter Henneke, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Landkreistages: "Stellungnahme zum Vorentwurf für den Vorschlag der Vorsitzenden (AU 104 -neu-)
-zu I. Mitwirkungsrechte des Bundesrates
-zu II. Organisations- und Personalhoheit"
- **Arbeitsunterlage 111** - Thomas Strobl, MdB: Kompromissvorschlag zum Themenkomplex "Innere Sicherheit"
- **Arbeitsunterlage 112** - Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände: "Anhörungsrechte der Kommunen im Gesetzgebungsverfahren des Bundes"
- **Arbeitsunterlage 113** - Klaus Uwe Benneter, MdB: "Vorschlag für eine Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen im Umweltbereich"
- **Arbeitsunterlage 114** - Rainer Funke, MdB/Ernst Burgbacher, MdB: "Antrag zur Kommissionssitzung am 17. Dezember 2004, Gesetzgebungskompetenz für das Notariat"
- **Arbeitsunterlage 115** - Volker Ratzmann, MdA: "Anträge zur Kommissionssitzung am 17. Dezember 2004"
- **Arbeitsunterlage 116** - Volker Ratzmann, MdA: "Antrag zur Kommissionssitzung am 17. Dezember 2004, Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug"

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

AJA, E. / ALBERTÍ ROVIRA, E. / RUIZ RUIZ, J.J.: *La reforma constitucional del Senado*, CEPC, Madrid, 2005

ALBERTÍ ROVIRA, E.: “Las reformas territoriales en Alemania y en España y la sostenibilidad del paradigma autonómico español”, *REDC*, 78, 2006

ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, CEC, Madrid, 1986

ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J.: “El federalismo alemán ante la integración europea”, *ReDCE*, 6, 2006 (*La reforma del federalismo alemán*)

ANDERSON, G.: *Una introducción al federalismo*, traducción de Isabel Vericat y Celorio Morayta, Revisión de la traducción y Presentación de Enric Fossas Espadaler, Marcial Pons, Madrid, 2008

ANSCHÜTZ, G. / THOMA, R. (Eds.): *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, tomo I, Mohr Siebeck, Tübingen, 1930

ANSCHÜTZ, G.: “Das System der rechtlichen Beziehungen zwischen Reich und Länder”, en Anschütz, G. / Thoma, R. (Eds.): *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, tomo I, Mohr Siebeck, Tübingen, 1930

ANSCHÜTZ, G.: “Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft”, (Mitbericht von Dr. Karl Bilfinger), *VVDStRL*, Heft 1, 1924

ANSCHÜTZ, G.: *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Berlín, 14.^a ed., 1933

ARAGÓN REYES, M.: “El Estado autonómico, ¿modelo indefinido o modelo inacabado?”, *Autonomies*, 20, 1995

ARAGÓN REYES, M.: Voz “Soberanía”, en Aragón Reyes, M. (Dir.) / Aguado Renedo, C. (Codir.), *Constitución, Estado constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho*, Temas Básicos de Derecho Constitucional, Tomo I, Civitas-Thomson Reuters, 2011

ARROYO GIL, A.: “Die Reform des Deutschen Bundesstaats - Eine Erste Bilanz aus spanischer Perspektive”, en: Tudela Aranda, José / Kölling, Mario (Eds.), *Die Reform des Deutschen Bundesstaates und die Reform des Spanischen Autonomiestaates*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009

ARROYO GIL, A.: “El Estado federal en crisis (*A propósito de la República Federal de Alemania*)” - Recensión a los libros de Edin Šarčević: *Das Bundesstaatsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000; Ronald Sturm: *Föderalismus in Deutschland*, Leske+Budrich, Opladen, 2001; Hans-Georg Wehling (ed.): *Die deutschen Länder*, Leske+Budrich, Opladen, 2.^a ed., 2002; en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 117, 2002

ARROYO GIL, A.: *El federalismo alemán en la encrucijada* (Sobre el intento de modernización del orden federativo en la República Federal de Alemania), Prólogo de Manuel Medina Guerrero, CEPC, Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2006

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO GIL, A.: “El inacabado debate sobre la competencia”, REDC, 83, 2008

ARROYO GIL, A.: *La reforma constitucional del federalismo alemán: Estudio crítico de la 52.ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, Prólogo de Juan José Solozábal Echavarría, Colección Con(Textos)A, núm. 11, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2009

ARROYO GIL, A.: “La reforma del Estado federal alemán: Un primer balance”, en Tudela Aranda, José / Kölling, Mario (Eds.), *La reforma del Estado Autonómico español y del Estado Federal alemán*, Cuadernos y Debates 195, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009

ARROYO GIL, A.: “Los principios de competencia y prevalencia en la resolución de los conflictos competenciales. Una relación imposible”, REDC, 80, 2007

ARROYO GIL, A.: “Presente y futuro del federalismo alemán (*Apuntes y reflexiones para un debate*)”, *Cuadernos de Alzate*, n.º 30 (2004)

ARROYO GIL, A.: “Realidades y perspectivas del federalismo alemán”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 24 (2004), también se puede consultar en la página web de la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico:

BADURA, P.: *Staatsrecht* (Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland), C. H. Beck, München, 2.ª ed. revisada, 1996

BATTIS, U. / GUSY, CH.: *Einführung in das Staatsrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 4.ª ed., 1999

BATTIS, U. / KERSTEN, J.: “Die Raumordnung nach der Föderalismusreform“, DVBl., 3, 2007, pp. 152

BAUER, A. / JESTAEDT, M. (Eds.): *Das Grundgesetz im Wortlaut* (Änderungsgesetze, Synopse, Textstufen und Vokabular zum Grundgesetz), Müller, Heidelberg, 1997

BAUER, H.: Artikel 20 GG (*Bundesstaat*), en DREIER, H. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Tomo II (*Artikel 1-19*), Mohr Siebeck, Tübingen, 1996.

BAUER, H.: *Die Bundestreue* (Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992

BAUS, R. T. / EPPLER, A. / WINTERMANN, O. (Ed.): *Zur Reform der föderalen Finanzverfassung in Deutschland* (Perspektiven für die Föderalismusreform II im Spiegel internationaler Erfahrungen), Schriftenreihe des Europäischen Zentrums für Föderalismus-Forschung, Tomo 31, Nomos, Baden-Baden, 2008

BAUS, R. T. / FISCHER, T. / HRBEK, R. (Ed.): *Föderalismusreform II: Weichenstellungen für eine Neuordnung der Finanzbeziehungen im deutschen Bundesstaat*. Schriftenreihe des Europäischen Zentrums für Föderalismus-Forschung Tübingen, Tomo 29, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2007

BIBLIOGRAFÍA

- BAYER, H.-W.:** *Die Bundestreue*, J. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1961
- BECK, L.:** Die Abweichungsgesetzgebung der Länder (aus staatsrechtlicher, rechtsvergleichender und dogmatischer Sicht), Nomos, Baden-Baden, 2009.
- BENZ, A.:** "Verwaltungspolitik im föderativen Wettbewerb der Länder? Mögliche Konsequenzen einer Änderung von Art. 84 Abs. 1 GG", *VerwArch.*, 3-4, 2006
- BENZ, A.:** "Reformpromotoren oder Reformblockierer? Die Rolle der Parteien im Bundesstaat", *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 29-30, 2003
- BERG, W.:** *Staatsrecht* (Grundriß des Staatsorganisationsrechts und der Grundrechte), Richard Boorberg Verlag, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden, 2.^a ed., 1997.
- BERLIT, U.:** "Verfassungsrechtliche Perspektiven des Föderalismus", en: Arnim, H. H. von / Färber, G. / Fisch, S. [Eds.], *Föderalismus – Hält er noch, was er verspricht? - Seine Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, auch im Lichte ausländischer Erfahrungen, Beiträge auf der 67. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung vom 17. bis 19. März 1999 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Duncker-Humblot, Berlin, 2000
- BEYER, W. R.:** "Das Wesen der Rahmenvorschriftsgesetzgebung", *NJW*, 37, 1957
- BIGLINO CAMPOS, P.:** *Federalismo de integración y de devolución* (El debate sobre la competencia), CEPC, Madrid, 2007
- BILBAO UBILLOS, J. M^a.:** "El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma de la Constitución", *RGDC*, 1, 2006, pp. 153 ss.
- BLANKE, H.-J.:** "El Bundesrat en el sistema constitucional de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania", en: Pau i Vall, F. [Coord.], *El Senado: cámara de representación territorial* (III Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos), Tecnos, Madrid, 1996
- BÖCKENFÖRDE, E.-W.:** "Kollisionsfälle und Geltungsprobleme im Verhältnis von Bundesrecht und Landesverfassung", *DÖV*, 1971, pp. 119-127
- BÖSERT, B.:** "Die Reform des Bundesstaates - Das 7. Berliner Forum der Deutschen Gesellschaft für Gesetzgebung (DGG)", *ZG*, 1, 2004
- BOTHE, M.:** "Artikel 20 GG (*Bundesstaatliche Verfassung; Widerstandsrecht*)", en Wassermann, R., *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Reihe Alternativkommentare), tomo I, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 2.^a ed. 1989
- BOTHE, M.:** "Artikel 30 GG (*Funktion der Länder*)", en Wassermann, R., *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Reihe Alternativkommentare), Tomo I, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 2.^a ed., 1989.

BIBLIOGRAFÍA

BOTHE, M.: “Artikel 70 GG (*Gesetzgebung des Bundes und der Länder*), en Wassermann, R., *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Reihe Alternativkommentare)“, Tomo II, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 2.^a ed., 1989.

BOTHE, M.: “Artikel 71 GG (*Ausschließliche Gesetzgebung*), en Wassermann, R., *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Reihe Alternativkommentare)“, Tomo II, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 2.^a ed., 1989

BOTHE, M.: “Artikel 72 GG (*Konkurrierende Gesetzgebung*), en Wassermann, R., *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Reihe Alternativkommentare)“, Tomo II, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 2.^a ed., 1989

BOTHE, M.: “Artikel 75 GG (*Rahmenvorschriften*), en Wassermann, R., *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Reihe Alternativkommentare)“, Tomo II, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 2.^a ed., 1989

BROCKMEYER, H. B.: “Artikel 20 GG: Staatsgrundsätze (*Rechtsstaat, Demokratie, Sozialstaat, Gewaltenteilung*)”, en Schmidt-Bleibtreu, B. / Klein, F.: *Kommentar zum Grundgesetz*, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.^a ed., 1999

BROCKMEYER, H. B.: “Artikel 30 GG (*Zuständigkeitsvermutung für die Länder*)”, en Schmidt-Bleibtreu, B. / Klein, F., *Kommentar zum Grundgesetz*, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.^a ed. 1999

BROCKMEYER, H. B.: Artikel 31 GG (*Bundesrecht bricht Landesrecht*), en SCHMIDT-BLEIBTREU, B. / KLEIN, F.: *Kommentar zum Grundgesetz*, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.^a ed., 1999.

BROCKMEYER, H. B.: Artikel 91a GG (*Hochschulen-Wirtschaftsstruktur-Agrarstruktur*), en SCHMIDT-BLEIBTREU, B. / KLEIN, F.: *Kommentar zum Grundgesetz*, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.^a ed., 1999.

BROUËR, D.: “El federalismo en Alemania. La reforma del Federalismo. Vías para el desarrollo futuro” (2008) -
(http://www.fundacionmgimenezabad.es/images/stories/territorial/ponencia_dirk_brouer.doc)

BULL, H. P.: “Kommunale Selbstverwaltung heute – Idee, Ideologie und Wirklichkeit”, DVBl., 1, 2008

BULLINGER, M.: “Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung”, JZ, 1984

BURGHART, D.: “Änderungen der Bestimmungen über die konkurrierende Gesetzgebung - alter Wein in neuen Schläuchen?”, ZRP, 2, 1996

BURGI, M.: “Künftige Aufgaben der Kommunen im sozialen Bundesstaat“, DVBl., 2, 2007

BURGI, M.: “Zukunftsfähige Kooperationen trotz Entflechtung und staatlicher Hochkonzentration: ein Auftrag für die Föderalismusreform II”, en Hesse, Joachim Jens (ed.): *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE)*, 2, 2008

BIBLIOGRAFÍA

BUTZER, H.: “Art. 33 GG [Öffentlicher Dienst]“, en Kluth, Winfried [Ed.], *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007

CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A.: “Distribución de competencias y control jurisdiccional en el federalismo alemán”, REDC, 75, 2005

CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A.: “L'actual procés de reforma del federalisme a Alemanya: nota introductòria al projecte de llei de reforma de la Constitució alemanya”, REAF, 2, 2006

CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A.: “Los resultados del proceso de reforma del federalismo en Alemania”, Tema del semestre, RGDC, 2, 2006 [Se puede consultar en internet en: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=3&id_noticia=405884&id_categoria=7533]

CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A.: “L'inici del debat sobre la reforma del federalisme a Alemanya”, *El Clip*, n.º 26, Institut d'Estudis Autònoms, marzo 2004

CALLIESS, CH.: “Die Justitiabilität des Art. 72 Abs. 2 GG vor dem Hintergrund von kooperativem und kompetitiven Föderalismus”, DÖV, 21, 1997

CALLIESS, CH.: “Innovationsföderalismus als Voraussetzung von Finanzverantwortung der Länder”, en Hesse, Joachim Jens (ed.): *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE)*, 2, 2008

CARRERAS SERRA, F. de: “El Estado autonómico español, ¿existe un modelo de Estado?”, en la obra colectiva *Asimetría y cohesión en el Estado Autonómico. Jornadas sobre el Estado Autonómico: integración y eficacia*, INAP, Madrid, 1997

CHARDON, M.: “Art. 23 GG als “institutionalisiertes Misstrauen”: Zur Reform der europapolitischen Beteiligung der Länder in den Beratungen der Bundesstaatskommission”, en: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.): *Jahrbuch des Föderalismus 2005* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005

CLASSEN, C. D.: “Hauptstadtfrage und Verbesserung der Europatauglichkeit”, en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007

CRUZ VILLALÓN, P.: “La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa”, RFDUCM, 4, 1982

CRUZ VILLALÓN, P.: “La recepción de la Ley Fundamental de la R.F.A.”, ADCP, 1, 1989 (también se puede consultar en su libro recopilatorio: *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 1999)

DARNSTÄDT, T.: *La trampa del consenso*, Estudio introductorio de Francisco Sosa Wagner: “El Estado se desarma”, Traducción de Juan Martínez de Luco Zelmer y Francisco Sosa Wagner, Editorial Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2005

BIBLIOGRAFÍA

- DECKER, F.:** “Mehr Asymmetrie im deutschen Föderalismus? Die neue Abweichungsgesetzgebung“, en Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.), *Jahrbuch des Föderalismus 2008* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008
- DEGENHART, Ch. / ŠARČEVIĆ, E.:** “Landesstaatlichkeit im Rahmen bundesstaatlicher Rechtsordnung des Grundgesetzes“, en Degenhart, Ch. / Meissner, C. (Ed.): *Handbuch der Verfassung Freistaates Sachsen*, Boorberg, Stuttgart, 1997
- DEGENHART, Ch.:** “Artikel 70 GG (*Gesetzgebung des Bundes und der Länder*)“, en Sachs, M. (Ed.), *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2.^a ed., 1999
- DEGENHART, Ch.:** “Artikel 72 GG (*Konkurrierende Gesetzgebung*)“, en Sachs, M. (Ed.), *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2.^a ed., 1999.
- DEGENHART, Ch.:** “Artikel 75 GG (*Rahmenvorschriften*)“, en Sachs, M. (Ed.), *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2.^a ed., 1999.
- DEGENHART, Ch.:** *Staatsrecht I* (Staatszielbestimmungen, Staatsorgane, Staatsfunktionen), C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 20.^a ed., 1995
- DEGENHART, Ch.:** “Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform“, *NVwZ*, 11, 2006
- DEUBEL, I.:** “Die Föderalismusreform II: eine sinnvolle Weiterentwicklung der Verschuldungsgrenzen“, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE)* – Joachim Jens Hesse (Ed.), 2/2009
- DEUTSCHER BUNDESTAG (Ed.):** *Föderalismusreform und Grundgesetz* (Sonderthema), Blickpunkt Bundestag 7/2006 [En internet se puede consultar en la siguiente página web:<http://www.bundestag.de/interakt/infomat/schriftenreihen/downloads/foedreform.pdf>]
- DIETSCH, T.:** *Wettbewerbsföderalismus vs. Kooperativer Föderalismus?* (Reformen im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland), Diplomarbeit, Freie Universität Berlin, 2004
- DIETSCH, H-J. / HINTERSEH, S.:** “Die Ergebnisse der Bundesstaatskommission als Basis für die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Große Koalition“, en Vogel, Bernhard / Hrbek, Rudolf / Fischer, Thomas (Ed.), *Halbzeitbilanz - Die Arbeitsergebnisse der deutschen Bundesstaatskommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im europäischen Vergleich*, Schriftenreihe des Europäischen Zentrums für Föderalismus-Forschung, Tomo 23, Nomos, Baden-Baden, 2006
- DIETSCH, H-J. / HINTERSEH, S.:** “Ein sogenanntes Zugriffsrecht für die Länder – “konkurrierende” Gesetzgebung beim Wort genommen? Zur Entwicklung einer verfassungsrechtlichen Diskussion“, en: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.): *Jahrbuch des Föderalismus 2005* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005

BIBLIOGRAFÍA

DIETSCHKE, H.-J.: "Die ‚konkurrierende Gesetzgebung mit Abweichungsrecht für die Länder‘ – Zu den verschiedenen Modellen der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung eines neuen materiell-rechtlichen Gesetzgebungsinstruments“, en Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.), *Jahrbuch des Föderalismus 2006* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006

DION, S.: *La política de la claridad* (Discursos y escritos sobre la unidad canadiense), Traducción de María Dolores Torres París, Alianza Editorial, Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2005

DITTMANN, A.: "Föderalismus in Gesamtdeutschland", en Isensee, J. / Kirchhof, P. (Eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo IX, C. F. Müller, Heidelberg, 1997

DOEHL, G.: "Reichsrecht bricht Landesrecht (Art. 13 Reichsverfassung vom 11. August 1919)", AöR 51, 1927

DOEHRING, K.: *Allgemeine Staatslehre*, 2.^a ed. revisada, C. F. Müller, Heidelberg, 2000

DREIER, H.: Artikel 31 GG (*Vorrang des Bundesrecht*), en DREIER, H. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Tomo II (*Artikel 20-82*), Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.

DREIER, H.: *Grundgesetz Kommentar*, Tomo II (*Artikel 20-82*), Mohr Siebeck, Tübingen, 1998

ECKARDT, F. / BUSCHER, D.: "Föderalismusreform II: Reform der Finanzbeziehungen von Bund, Ländern und Kommunen", DöV, 3, 2007

ELÍAS MÉNDEZ, C.: "La reforma de la Constitución financiera en Alemania: Un reforma pendiente", ReDCE, 6, 2006 (La reforma del federalismo alemán).

EPPLER, A.: "Das materielle Abweichungsrecht in der deutschen Umweltpolitik zwischen sachpolitischer Angemessenheit und föderalem Kompensationshandel", en Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.), *Jahrbuch des Föderalismus 2008* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008

EPPLER, A.: "Föderalismusreform und Europapolitik", APuZ 50/2006

ERBGUTH, W.: "Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)", en Sachs, Michael (Ed.), *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2.^a ed., 1999

ERBGUTH, W.: "Bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Bereich der Gesetzgebung (*Aktuelle Entwicklungen und allgemeine Grundlagen*)", DVBl., 1, 1988

ERBGUTH, W.: "Zur Föderalismusreform im Bereich Umwelt, insbesondere Raumordnung", en Ipsen, Jörn / Stürer, Bernhard (Ed.), *Europa im Wandel – Festschrift für Hans-Werner Rengeling zum 70. Geburtstag am 25. Februar 2008*, Carl Heymanns Verlag, Köln-München, 2008

BIBLIOGRAFÍA

ERICHSEN, H.-U.: “Die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten nach dem Grundgesetz”, Jura, 7, 1993

ERMACORA, F. / BAUMGARTNER, G. / STREJCEK, G.: *Österreichische Verfassungslehre*, Verlag Österreich, Wien, 1998

EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUS-FORSCHUNG (Ed.): *Jahrbuch des Föderalismus 2006* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006

EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUS-FORSCHUNG (Ed.): *Jahrbuch des Föderalismus 2007* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008

FÄRBER, G. / OTTER, N.: “Reform der Finanzverfassung – eine vertane Chance?”, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 13-14/2005

FISCHER, T.: “Deutscher Föderalismus vor der Herausforderung einer europäischen Verfassung”, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 29-30, 2003

FISCHER, T.: “Die Außenbeziehungen der deutschen Länder als Ausdruck “perforierter” nationalstaatlicher Souveranität? (*Transföderalismus zwischen Kooperation und Konkurrenz*)”, en Wehling, H. G. (Ed.): *Die deutschen Länder* (Geschichte - Politik - Wirtschaft), Leske+Budrich, Opladen, 2.^a ed., 2002

FISCHER, T.: “Reformziel Aufgabentflechtung – Die Beratungen der Föderalismuskommission zur Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen”, en: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.): *Jahrbuch des Föderalismus 2005* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005

FISCHER-MENHAUSEN, H.: Artikel 109 GG (*Bundesstaatliche Haushaltswirtschaft*), en MÜNCH, I. von / KUNIG, P. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Tomo III (*Art. 70 bis Art. 146*), 3.^a ed., 1996.

FLEINER-GERSTER, T.: *Allgemeine Staatslehre*, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Springer-Verlag, Berlin, 2.^a ed. 1995

FLEINER, T.: “Föderalismus zwischen Integration und Sezession”, en Hufen, F (Ed.): *Bundesstaat - Parlament - Opposition* (Symposium aus Anlaß des 60. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. Hans-Peter Schneider - 1997, Hannover), Nomos-Verlag-Ges., Baden-Baden, 2001

FRENZ, W.: “Gesetzgebungskompetenzen nach der Föderalismusreform”, Jura, 3, 2007

FROTSCHER, W. / PIEROTH, B.: *Verfassungsgeschichte*, Verlag C. H. Beck, München, 2.^a ed. revisada y ampliada, 2002

FROWEIN, J. A.: “Konkurrierende Zuständigkeit und Subsidiarität (Zur Kompetenzverteilung in bündischen Systemen)”, en Badura, P. / Scholz, R. (Eds.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens* (Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag), München, 1993

BIBLIOGRAFÍA

FÜBLEIN, R. W. / MATZ, W.: "Zur Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes", AöR, 1949

GARCÍA FRÍAS, Á.: "El sistema de financiación de los Länder", en César Albiñana García-Quintana / Eusebio González García / Juan Ramallo Massanet / Ernesto Lejeune Valcárcel / Ana Yábar Sterling (coords.), *Estudios en homenaje al Profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007

GEORGII, H. / BORHANIAN, S.: *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform – Wie hätten sich der Anteil der Zustimmungsgesetze verändert, wenn die vorgeschlagene Reform bereits 1998 in Kraft gewesen wäre?* – Estudio del Servicio Científico de la Dieta Federal de fecha 15.05.2006

GERHARDS, W.: "Abweichungsrechte (Art. 72 Abs. 3 -neu-) und Erforderlichkeitsklausel (Art. 72 Abs. 2 GG), en Holtschneider, Rainer / Schön, Walter (Ed.), *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007

GERMANN, M.: "Art. 84 GG [Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder als eigene Angelegenheit]" – "Art. 85 GG [Bundesauftragsverwaltung]" – "Art. 125a GG [Fortgeltung von Bundesrecht]" – "Art. 125b GG [Fortgeltung von Bundesrecht im Bereich der Abweichungskompetenz]", en Kluth, Winfried [Ed.], *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007

GIERKE, O. von: *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo 2, Berlin, 1873

GIERKE, O. von: *Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, Schmollers Jahrbuch, 1883

GÓMEZ ORFANEL, G. / ARROYO GIL, A.: "El reparto de facultades legislativas y el Bundesrat en el federalismo alemán (1871-2006)", CDP, 26, 2005

GROßE HÜTTMANN, M.: "Die föderale Staatsform in der Krise? (*Die öffentliche Debatte um Cheques and balances im deutschen Föderalismus*)", en Wehling, H. G. (Ed.), *Die deutschen Länder* (Geschichte - Politik - Wirtschaft), Leske+Budrich, Opladen, 2.^a ed. 2002

GUBELT, M.: "Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)", en MÜNCH, I. von / KUNIG, P. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Tomo II (*Art. 21 bis Art. 69*), C. H. Beck, München, 3.^a ed., 1995.

GUBELT, M.: Artikel 31 GG (*Vorrang des Bundesrechts*), en MÜNCH, I. von / KUNIG, P. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Tomo II (*Art. 21 bis Art. 69*), C. H. Beck, München, 3.^a ed., 1995.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: "Sentido y alcance de la reforma del federalismo alemán", ReDCE, 6, 2006 (*La reforma del federalismo alemán*)

HÄDE, U.: "Zur Föderalismusreform in Deutschland", JZ, 19, 2006

HANCKE, J.: "Defizitbegrenzung im Bundesstaat – Verfassungsmäßigkeit einer verbindlichen Verschuldungsregel für die Bundesländer", DVBl., 10, 2009.

BIBLIOGRAFÍA

HÄRTEL, I.: “Föderalismusreform II – Bund-Länder-Finanzbeziehungen im Lichte aktueller Ordnungsanforderungen“, JZ, 9, 2008

HAUG, V.: “Die Föderalismusreform (*Zum Ringen von Bund und Ländern um die Macht im Staat*)“, DÖV, 5, 2004

HEINTZEN, M.: “Artikel 71 GG”, en Mangoldt / Klein / Starck: *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II (*Artikel 20 bis 78*), Verlag Franz Vahlen, München, 4.^a ed. completamente revisada, 2000

HEINTZEN, M.: “Die ausschließliche Bundesgesetzgebung”, en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007

HELLERMANN, J.: “Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91a, 91b)”, en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, 5.^a Parte: Finanzverfassung, Verlag C. H. Beck, Verlag Franz Vahlen, München, 2007

HEMPEL, W.: *Der demokratische Bundesstaat* (Artikel 20 Absatz 1 des Grundgesetzes und seine Bedeutung für Zuständigkeitsvereinbarungen zwischen Bund und Ländern), Duncker u. Humblot, Berlin, 1969

HENDLER, R.: “Unitarisierungstendenzen im Bereich der Gesetzgebung (*Zum Verhältnis von Landesgesetzgebungskompetenzen zur Bundesgesetzgebung*)”, ZG, 3, 1987

HENNEKE, H-G.: “Kommunalspezifische Fragen im Rahmen der Föderalismusreform”, en Hesse, Joachim Jens (ed.): *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE)*, 2, 2008

HENNEKE, H-G.: “Die Kommunen in der Föderalismusreform“, DVBl., 14, 2006

HENNEKE, H-G.: “Kontinuität und Wandel der Finanzverfassung des Grundgesetzes”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 9, 2009

HENNEKE, H-G.: “Verpflichtungen der Kommunen zur Ausführung neuer oder erweiterter Sozialleistungstatbestände durch den Bund?“, ZG, 1, 2007

HERDEGEN, M.: “Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?“, 62. Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, 7, 2003

HERZOG, R.: “Artikel 20 GG (*Bundesstaatliche Verfassung*)”, en Maunz / Dürig / Herzog / Scholz: *Grundgesetz Kommentar*, Tomo II, C. H. Beck, entrega 18, 1980

HERZOG, R.: “Aufgaben des Bundesrates“, en: Isensee, J. / Kirchhof, P. (Ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, Bd. II, 2.^a ed., 1995

HERZOG, R.: “Kooperation und Wettbewerb“, APuZ, 50/2006

HERZOG, R.: “Mängel des deutschen Föderalismus“, BayVBl, 17, 1991

BIBLIOGRAFÍA

HERZOG, R.: *Staat und Recht im Wandel* (Einreden zur Verfassung und ihrer Wirklichkeit), Keip Verlag, Goldbach, 1993

HESSE, J. J.(ed.): Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE), 2, 2008

HESSE, J. J.: “Kleinster gemeinsamer Nenner? Die Föderalismusreform II vor der Entscheidung”, en Hesse, Joachim Jens (ed.): Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE), 2, 2008

HESSE, K.: “Aspekte des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik”, en Ritterspach, T. / Geiger, W. (Eds.), *Festschrift für Gebhard Müller*, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970

HESSE, K.: “Bundesstaat”, *EvStL.*, 3.^a ed., 1987

HESSE, K.: “Constitución y Derecho Constitucional”, en Benda / Maihofer / Vogel / Hesse / Heyde..., *Manual de Derecho Constitucional* (Edición, *Prolegomena* y Traducción de A. López Pina), IVAP, Marcial Pons, Madrid, 1996

HESSE, K.: *Der unitarische Bundesstaat*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1962

HESSE, K.: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg; 20.^a ed., 1995

HEUSCH, A.: “Art. 22 GG [Hauptstadt, Bundesflagge]”, en Kluth, Winfried [Ed.], *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007

HILL, H.: “Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern”, *JuS*, Lernbogen 2/9189

HILLGRUBER, C.: “Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Gemeinden?”, *JZ*, 17, 2004

HOLTSCHEIDER, R. / SCHÖN, W. (Ed.): *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007

HOPPE, W.: “Kompetenz-Debakel für die ‘Raumordnung’ durch die Föderalismusreform infolge der uneingeschränkten Abweichungszuständigkeit der Länder?“, *DVBl.*, 3, 2007

HOPPENSTEDT, H.: *Die bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes zwischen Unitarismus und Föderalismus* (ein Beitrag zur Entwicklung des föderalen Systems seit 1949 unter besonderer Berücksichtigung des Bundesrates), Würzburg, Ergon-Verl., 2000

HRBEK, R, / EPPLER, A, (Ed.): *Deutschland vor der Föderalismus-Reform* (Eine Dokumentation), Occasional Papers, Nr. 28, Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung, Tübingen, 2003

BIBLIOGRAFÍA

- HRBEK, R.:** “Ein neuer Anlauf zur Föderalismus-Reform: Das Kompromisspaket der Großen Koalition“, en Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.), *Jahrbuch des Föderalismus 2006* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006
- HRBEK, R.:** “La reforma del federalismo en Alemania” (2008) (http://www.fundacionmgimenezabad.es/images/stories/territorial/ponencia_rudolf_hrbek.doc)
- HUBER, E. R.:** *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, tomo III (*Bismarck und das Reich*), W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 3.^a ed. revisada, 1988
- HUBER, P. M.:** Artikel 31 GG (*Vorrang des Bundesrechts*), en SACHS, M. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck'sche Verlagsbunchnhandlung, München, 2.^a ed., 1999.
- HUBER, P. M.:** “Der Beitrag der Föderalismusreform zur Europatauglichkeit des Grundgesetzes“, ZG, 4, 2006
- HUBER, P. M.:** “Deutschland nach der Föderalismusreform - in besserer Verfassung!“, en Pitschas, Rainer / Uhle, Arnd (Ed.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik* (Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag), Duncker&Humblot, Berlin, 2007
- HUBER, P. M.:** “Entflechtung der Verwaltungskompetenzen als Leitidee der Föderalismusreform“, en Hesse, Joachim Jens (ed.): *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE)*, 2, 2008
- HUBER, P.M.:** “Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?“, Anexo de NJW 27, 2004
- HUBER, P.M.:** *Deutschland in der Föderalismusfalle?*, C. F. Müller, Heidelberg, 2003
- HÜTTMANN, M. G.:** “Wie europafähig ist der deutsche Föderalismus?“, Aus Politik und Zeitgeschichte, , 13-14/2005
- IPSEN, J.:** “Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle“, NJW, 39, 2006
- IPSEN, J.:** *Staatsrecht I* (Staatsorganisationsrecht), Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin-Frankfurt/Main, 11.^a ed., 1999, y 18.^a ed. revisada, 2006
- ISENSEE, J.:** “Der Bundesstaat - Bestand und Entwicklung“, en Badura, P. / Dreier, H. (Ed.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, tomo II, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001
- ISENSEE, J.:** “Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz“, en Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo IV (*Finanzverfassung; Bundesstaatliche Ordnung*), C. F. Müller, Heidelberg, 2.^a ed., 2000
- ISENSEE, J. / KIRCHOF, P.:** *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo IV (*Aufgaben des Staates*), C. F. Müller, Heidelberg, 3.^a ed., 2006
- JANZ, N.:** “Aus für die Juniorprofessur? - BVerfG, NJW 2004, 2803“, JuS, 10, 2004

BIBLIOGRAFÍA

- JARASS, H. D.:** Artikel 109 GG (*Haushaltswirtschaft in Bund und Ländern*), en JARASS, H. D. / PIEROTH, B.: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (*Kommentar*), C. H. Beck, München, 4.^a ed., 1997.
- JARASS, H. D.:** “Art. 125b GG”, en Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar*, C. H. Beck, München, 9.^a ed., 2007
- JELLINEK, G.:** *Allgemeine Staatslehre*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 3.^a ed. 1914
- JERUSALEM, F. W.:** “Die Staatsidee des Föderalismus”, *Recht und Staat*, 142-143, Verlag J. C. B. Mohr, (Paul Siebeck), Tübingen, 1949
- JESTAEDT, M.:** “Bundesstaat als Verfassungsprinzip“, en Isensee, Joseph / Kirchhof, Paul (Ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo II (*Verfassungsstaat*), C. F. Müller, Heidelberg, 3.^a ed., 2004
- KARPEN, U. / BECKER, S.:** “Das Bundesstaatsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Verfassungsgeschichte der Länder”, *JZ*, 19, 2001
- KELLER, S.:** “Reform des Föderalismus und Wege zu besserer Gesetzgebung. Der 65. Deutsche Juristentag in Bonn”, *ZG*, 4, 2004
- KELSEN, H.:** *Allgemeine Staatslehre*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1925
- KELSEN, H.:** “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, *VVDStRL*, 5, 1929
- KEMMLER, I.:** “Arbeit und Ergebnisse der Föderalismuskommission im Bereich der Finanzbeziehungen zwischen Bund und Ländern”, en: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.): *Jahrbuch des Föderalismus 2005* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005
- KENNTNER, M.:** *Justitierbarer Föderalismus* (Zur Konzeption föderaler Kompetenzzuweisungen als subjektive Rechtspositionen), Duncker & Humblot, Berlin, 2000
- KESPER, I.:** “Reform des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland: die geplanten Änderungen im Überblick“, *NdsVBl.*, 13, 2006
- KIMMINICH, O.:** “Der Bundesstaat”, en Isensee, J. / Kirchhof, P. (Eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, Tomo I, 1987
- KINGREEN, T. / PIEROTH, B.:** “Verfassungsrechtliche Grenzen einer Aufhebung der Ladenschlusszeiten“, *NVwZ*, 11, 2006
- KIRCHOF, F.:** “Den zweiten Schritt wagen! - Die Novellierung der Finanzverfassung als notwendige zweite Stufe der Föderalismusreform“, *ZG*, 3, 2006
- KIRCHOF, F.:** “Die Beeinflussung der Organisationsautonomie der Länder durch Gesetze des Bundes (Zur neuen Kompetenz des Bundes nach Art. 84 Abs. 1 und 104a Abs. 4 GG über die Einrichtung der Behörden und das Verfahren der Länder)”, en Pitschas, Rainer / Uhle, Arnd (Ed.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik* (Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag), Duncker&Humblot, Berlin, 2007

BIBLIOGRAFÍA

KIRCHOF, F.: “Ein neuer Ansatz zur Reform des Grundgesetzes”, ZG, 3, 2004

KLATT, H.: “Reformbedürftiger Föderalismus in Deutschland? (*Beteiligungsföderalismus versus Konkurrenzföderalismus*)“, en: Wehling, H. G. (Ed.): *Die deutschen Länder* (Geschichte - Politik - Wirtschaft), Leske+Budrich, Opladen, 2.^a ed., 2002

KLINGEN, K.: “Lage und Zukunft des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland. Das 33. Cappenberges Gespräch der Freiherr-vom-Stein-Gesellschaft am 8. Oktober 2003 in Wiesbaden und die 2. Tagung des Staatswissenschaftlichen Forums e.V. der Universität Erfurt am 15. Oktober 2003 in der Landevertretung des Freistaats Thüringen”, ZG, 3, 2004

KLOEPFER, M.: “Die neue Abweichungsgesetzgebung der Länder und ihre Auswirkungen auf den Umweltbereich“, en Pitschas, Rainer / Uhle, Arnd (Ed.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik* (Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag), Duncker&Humblot, Berlin, 2007

KLOEPFER, M.: “Bemerkungen zur Föderalismusreform”, DÖV, 13, 2004

KLUTH, W. (Ed.): *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007

KLUTH, W.: “Art. 104a GG [Verteilung der Ausgabenlast auf Bund und Länder]“, en Kluth, Winfried (Ed.), *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007

KLUTH, W.: “Art. 23 GG [Europäische Union]” - “Art. 73 GG [Gebiete der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes]” - “Art. 74 GG [Gebiete der konkurrierende Gesetzgebung]” - “Art. 93 GG [Stellung und Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts]” - “Art. 109 GG [Haushaltwirtschaft in Bund und Ländern]” -, en Kluth, Winfried (Ed.), *Föderalismusreformgesetz* (Einführung und Kommentierung), Nomos, Baden-Baden, 2007

KLUTH, W.: “Die deutsche Föderalismusreform 2006: Beweggründe – Zielsetzungen – Veränderungen”, en Kluth, Winfried (Ed.), *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007

KNOPP, L.: “Föderalismusreform – zurück zur Kleinstaaterei? An den Beispielen des Hochschul-, Bildungs- und Beamtenrechts“, NVwZ, 11, 2006

KONRAD, K. A. / JOCHIMSEN, B. (Ed.): “Foederalismuskommission II: Neuordnung von Autonomie und Verantwortung”, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2008.

KORIOTH, S.: “Neuordnung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen?“, ZG,1, 2007

KORIOTH, S.: “Reform der bundesstaatlichen Finanzbeziehungen?“, en Pitschas, Rainer / Uhle, Arnd (Ed.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik* (Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag), Duncker&Humblot, Berlin, 2007

KRINGS, G.: “Die Beratungen der Föderalismuskommission“, en Kluth, Winfried [Ed.], *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007

BIBLIOGRAFÍA

KRÖNING, V.: "Innerstaatliche Haftung für Rechtsverstöße der Bundesrepublik in Außenverhältnis (Verfassungsergänzung und Ausführungsgesetzgebung am Beispiel von Artikel 104a Abs. 6 und 109 Abs. 5 GG)", en Holtschneider, Rainer / Schön, Walter (Ed.), *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007

KÜHNE, H.: "Föderalismusreform – Laufen oder Stolpern?", *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 13-14/2005

KÜHNE, H.: *Auslaufmodell Föderalismus?: den Bundesstaat erneuern - Reformblockaden aufbrechen*, Olzog, München, 2004

KUNIG, P.: "Artikel 70 GG (*Gesetzgebung des Bundes und der Länder*)", en Münch, I. von / Kunig, P. (Eds.), *Grundgesetz Kommentar*, tomo III (*Art. 70 bis Art. 146*), C. H. Beck, München, 3.^a ed., 1996

KUNIG, P.: Artikel 71 GG (*Ausschließliche Gesetzgebung des Bundes*), en MÜNCH, I. von / KUNIG P. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar III (Art. 70 bis 146)*, C. H. Beck, München, 3.^a ed., 1996.

KUNIG, P.: Artikel 72 GG (*Konkurrierende Gesetzgebung*), en MÜNCH, I. von / KUNIG, P. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Tomo III (*Art. 70 bis Art. 146*), C. H. Beck, München, 3.^a ed., 1996.

KUNIG, P.: Artikel 75 GG (*Rahmengesetzgebung*), en MÜNCH, I. von / KUNIG, P. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Tomo III (*Art. 70 bis Art. 146*), C. H. Beck, München, 3.^a ed., 1996.

KUNIG, P.: "Gesetzgebungsbefugnis von Bund und Ländern (*Allgemeine Fragen*)", *Jura*, 5, 1996

LABAND, P.: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 5.^a ed. 1911

LECHLEITNER, Marc: "Die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG", *Jura*, 11, 2004

LEHMBRUCH, G.: "Der unitarische Bundesstaat in Deutschland (Pfadabhängigkeit und Wandel)", KijIn, MPIFG, 2002

LEHMBRUCH, G.: "Föderalismus als entwicklungsgeschichtlich geronnene Verteilungsentscheidungen (*"History matter"*)", en Wehling, H.-G. [Ed.], *Die deutschen Länder* (Geschichte - Politik - Wirtschaft), Leske+Budrich, Opladen, 2.^a ed., 2002

LEHMBRUCH, G.: *Parteienwettbewerb im Bundesstaat* (Regelsystem und Spannungslagen im politischen System der Bundesrepublik Deutschland), Westdt. Verlag, Wiesbaden, 3.^a ed. actualizada y ampliada, 2000

LEIBHOLZ, G. / RINCK, H.-J. / HESSELBERGER, D.: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts)*, Bände I und II, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, Lfg. 36, 1999.

BIBLIOGRAFÍA

- LERCHE, P.:** “Pluralismo territorial y uniformidad de las condiciones de vida”, en VV.AA., *Pluralismo territorial en la República Federal de Alemania* (trad. de Manuel Cancio Meliá), MAP/INAP, Madrid, 1989
- LÓPEZ CASTILLO, A.:** “El Consejo Federal alemán”, en Solozábal Echavarría, Juan José (ed.), *Repensar el Senado. Estudios sobre su reforma*, Senado, Madrid, 2008
- MAGER, U.:** Artikel 91a GG (*Mitwirkung des Bundes bei Gemeinschaftsaufgaben*), en MÜNCH, I. von / KUNIG, P. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Tomo III (*Art. 70 bis Art. 146*), C. H. Beck, München, 3.ª ed., 1996.
- MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.:** “Artikel 20 GG”, en su obra: *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, Tomo I, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin und Frankfurt a. M., 2.ª ed. 1966.
- MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.:** “Artikel 30 GG”, en su obra: *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, Tomo II, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin und Frankfurt a. M., 1966.
- MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.:** “Artikel 31 GG”, en su obra: *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, Tomo II, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin und Frankfurt a. M., 2.ª ed., 1966.
- MANGOLDT, H. von / KLEIN, F.:** “Artikel 91a GG”, en su obra: *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, Tomo III, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin und Frankfurt a. M., 1974.
- MÄNNLE, U. [Ed.]:** *Föderalismus zwischen Konsens und Konkurrenz* (Tagungs- und Materialien Tomo zur Fortentwicklung des deutschen Föderalismus), Nomos-Verl.-Ges., Baden-Baden, 1998
- MARGEDANT, U.:** “Die Föderalismusdiskussion in Deutschland”, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 29-30, 2003
- MARGEDANT, U.:** “Ein bürgerfernes Machtspiel ohne Gewinner”, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 13-14/2005
- MARTÍN VIDA, M. A.:** “La reforma del federalismo alemán. Cambio en el reparto material de competencias entre la Federación y los *Länder*”, *ReDCE*, 6, 2006 (*La reforma del federalismo alemán*)
- MÄRZ, W.:** *Bundesrecht bricht Landesrecht. Eine staatsrechtliche Untersuchung zu Artikel 31 des Grundgesetzes*, Tübingen Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht, Tomo 1, Duncker-Humblot, Berlin, 1989
- MÄRZ, W.:** “Artikel 30 GG”, en Mangoldt / Klein / Starck: *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, tomo II (*Artikel 20 bis 78*), Verlag Franz Vahlen, München, 4.ª ed. completamente revisada, 2000
- MAUNZ, T. / ZIPPELIUS, R.:** *Deutsches Staatsrecht*, C. H. Beck, München, 30.ª ed., 1998.
- MAUNZ, T.:** “Artikel 30 GG (*Funktionen der Länder*)”, en Maunz / Dürig / Herzog / Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, Tomo III, C. H. Beck, Lfg. 20, 1982.

BIBLIOGRAFÍA

MAUNZ, T.: Artikel 31 GG (*Vorrang des Bundesrechts*), en MAUNZ / DÜRIG / HERZOG / SCHOLZ: Grundgesetz Kommentar, Tomo III, C. H. Beck, 1960.

MAUNZ, T.: "Artikel 70 GG (*Gesetzgebung des Bundes und der Länder*)", en Maunz / Dürig / Herzog / Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, tomo IV, C. H. Beck, Lfg. 20, 1982

MAUNZ, T.: Artikel 71 GG (*Ausschließliche Gesetzgebung*), en MAUNZ / DÜRIG / HERZOG / SCHOLZ: Grundgesetz Kommentar, Tomo IV, C. H. Beck, Lfg. 23, 1984.

MAUNZ, T.: Artikel 72 GG (*Konkurrierende Gesetzgebung*), en MAUNZ / DÜRIG / HERZOG / SCHOLZ: Grundgesetz Kommentar, Tomo IV, C. H. Beck, Lfg. 23, 1984.

MAUNZ, T.: Artikel 75 GG (*Rahmenvorschriften*), en MAUNZ / DÜRIG / HERZOG / SCHOLZ: Grundgesetz Kommentar, Tomo IV, C. H. Beck, Lfg. 25, 1986.

MAUNZ, T.: Artikel 91a GG (*Mitwirkungsbereich des Bundes bei Länderaufgaben*), en MAUNZ / DÜRIG / HERZOG / SCHOLZ: Grundgesetz Kommentar, Tomo IV, C. H. Beck, Lfg. 18, 1980.

MAUNZ, T.: Artikel 109 GG (*Haushaltswirtschaft in Bund und Länder*), en MAUNZ / DÜRIG / HERZOG / SCHOLZ: Grundgesetz Kommentar, Tomo V, C. H. Beck, Lfg. 17, 1979.

MAURER, H.: *Staatsrecht I* (Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen), C. H. Beck, München, 5.^a ed. revisada y ampliada, 2007

MEDINA GUERRERO, M.: *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas*, CEC, Madrid, 1993

MEDINA GUERRERO, M.: *La protección constitucional de la autonomía financiera de los entes locales frente a las alteraciones de su ámbito competencial*, Serie Claves del Gobierno Local, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona-Madrid, 2004

MEIER-WALSER, R. C. / HIRSCHER, G. [Ed.]: *Krise und Reform des Föderalismus* (Analysen zu Theorien und Praxis bundesstaatlicher Ordnungen), Olzog, München, 1999

MERTEN, D.: "Landesgesetzgebungspflichten kraft Bundesrahmenrechts?", en Wilke D. (Ed.), *Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Walter der Gruyter, Berlín, New York, 1984

MEYER, H.: "Los votos en el Bundesrat", *Teoría y Realidad Constitucional*, 17, 2006

MEYER, H.: *Die Föderalismusreform 2006* (Konzeption, Kommentar, Kritik), Duncker&Humblot, Berlin, 2008

MEYER, H.: *Föderalismusreform: Wie reformfähig ist unser System?*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, núm. 185, De Gruyter Recht, Berlin, 2008

MEYER, H.: "Künftige Funktionen und Aufgaben der Kreise im sozialen Bundesstaat - *Professorengespräch 2004 des Deutschen Landkreistages 2004*", *ZG*, 2, 2004

BIBLIOGRAFÍA

MÖSTL, M.: “Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern - Hintergrund, Stand und Bewertung der aktuellen Reformdiskussion”, ZG, 4, 2003

MÜLLER-GRAFF, P-C.: “Die Europatauglichkeit der grundgesetzlichen Föderalismusreform“, en Pitschas, Rainer / Uhle, Arnd (Ed.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik* (Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag), Duncker&Humblot, Berlin, 2007

MÜLLER, M. D.: *Auswirkungen der Grundgesetzrevision von 1994 auf die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern*, Juristische Schriftenreihe, vol. 78, Lit Verlag, Münster, 1996

MÜNCH, I. von: *Staatsrecht I*, (Einführung; Deutschland; Teilung und Vereinigung; Staatsform; Staatsorgane; Deutschland in der Europäischen Gemeinschaft), Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln, 5.^a ed. revisada, 1993; 6.^a ed., 2000

MÜNCH, I. von: “Zuständigkeiten im Bereich der Gesetzgebung”, en Münch, I. von (Red.): *Probleme des Föderalismus* (Deutsch-Jugoslawisches Symposium - Belgrad 1984), C. J. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1985

MÜNCH, U.: “Bildungspolitik als föderativer Streitpunkt: Die Auseinandersetzung um die Verteilung bildungspolitischer Zuständigkeiten in der Bundesstaatskommission”, en: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.): *Jahrbuch des Föderalismus 2005* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005

MÜNCH, U.: “Die Diskussion um eine Reform des bundesdeutschen Föderalismus vor dem Hintergrund der Entwicklungslinien des deutschen Bundesstaates vor und nach der Vereinigung”, en: Meier-Walser, R. C. / Hirscher, G. (Eds.), *Krise und Reform des Föderalismus* (Analysen zu Theorien und Praxis bundesstaatlicher Ordnungen), Olzog, München, 1999

MÜNCH, U.: “Entwicklung und Perspektiven des deutschen Föderalismus”, APuZ, 13, 1999

MÜNCH, U.: “Materielles Abweichungsrecht der Länder und föderative Asymmetrien in der bundesdeutschen Bildungspolitik“, en Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.), *Jahrbuch des Föderalismus 2008* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008

MÜNCH, U.: “Vom Gestaltungsföderalismus zum Beteiligungsföderalismus (*Die Mitwirkung der Länder an der Bundespolitik*)”, en: Wehling, H. G. (Ed.): *Die deutschen Länder* (Geschichte - Politik - Wirtschaft), Leske+Budrich, Opladen, 2.^a ed., 2002

NARANJO DE LA CRUZ, R.: “La reforma del sistema de atribución de competencias en la Ley Fundamental”, ReDCE, 6, 2006 (*La reforma del federalismo alemán*)

NAWIASKY, H.: *Allgemeine Staatslehre*, Parte 2/II, Benzinger, Einsiedeln, Köln, 1955

NAWIASKY, H.: *Allgemeine Staatslehre*, Parte 3, Benzinger, Einsiedeln, Köln, 1956

BIBLIOGRAFÍA

NAWIASKY, H.: “Bundesstaat”, *Staatslexikon* (Recht, Wirtschaft, Gesellschaft), tomo II, 6.^a ed., Verlag Herder, Freiburg, 1958

NAWIASKY, H.: *Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland* (Systematische Darstellung und kritische Würdigung), W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart und Köln, 1950

NIERHAUS, M. / RADEMACHER, S.: “Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle?”, *Landes- und Kommunalverwaltung (LKV)* 16 (2006)

NOSKE, E.: “Beratungen und Ergebnisse des 65. Deutschen Juristentages in Bonn 2004”, *ZRP*, 7, 2004

OETER, S. / WOLFF, J.: “La posición del Bundesrat tras la reforma del federalismo”, *ReDCE*, 6, 2006 (*La reforma del federalismo alemán*)

OETER, S.: “Artikel 72 GG“, en Mangoldt / Klein / Starck: *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II (*Artikel 20 bis 78*), Verlag Franz Vahlen, München, 4.^a ed. completamente revisada, 2000

OETER, S.: “Neustrukturierung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz, Veränderung der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes“, en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007

OETER, S.: *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998

OSSENBÜHL, F.: “Pluralismo territorial y sistema normativo“, en AA.VV., *Pluralismo territorial en la República Federal de Alemania* (trad. de Manuel Cancio Meliá), MAP/INAP, Madrid, 1989

PAPIER, H-J.: “Aktuelle Fragen der bundesstaatlichen Ordnung“, *NJW*, 30, 2007

PERNICE, I.: “Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)“, en Dreier, Horst (Ed.), *Grundgesetz Kommentar*, Tomo II (*Artikel 20-82*), Mohr Siebeck, Tübingen, 1998

PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 70 GG“, en Mangoldt, H. von / Klein, F. / Pestalozza, Ch. von, *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo VIII (*Artikel 70 bis Artikel 75: Die Gesetzgebungskompetenzen*), Verlag Franz Vahlen, München, 3.^a ed. 1996

PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 71 GG“, en Mangoldt, H. von / Klein, F. / Pestalozza, Ch. von, *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo VIII (*Artikel 70 bis 75: Die Gesetzgebungskompetenzen*), Verlag Franz Vahlen, München, 3.^a ed., 1996.

PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 72 GG“, en Mangoldt, H. von / Klein, F. / Pestalozza, Ch. von, *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo VIII, (*Artikel 70 bis 75: Die Gesetzgebungskompetenzen*), Verlag Franz Vahlen, München, 3.^a ed., 1996.

BIBLIOGRAFÍA

PESTALOZZA, Ch. von: “Artikel 75 GG“, en Mangoldt, H. von / Klein, F. / Pestalozza, Ch. von, *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo VIII, (*Artikel 70 bis 75: Die Gesetzgebungskompetenzen*), Verlag Franz Vahlen, München, 3.^a ed., 1996.

PETERS, H.: *Deutscher Föderalismus*, Zeit und Streitfragen, 4, 1947

PFOST, H. / FRANZ, T.: “Mischfinanzierungen zwischen Bund und Ländern - ein Element notwendiger Föderalismusreformen aus Sicht der Finanzkontrolle des Bundes“, ZG, 4, 2003

PIEROTH, B.: “Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)“, en JARASS, H. D. / PIEROTH, B.: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar)*, C. H. Beck, München, 4.^a ed., 1997.

PIEROTH, B.: “Artikel 31 GG (*Verhältnis von Bundes- und Landesrecht*)“, en Jarass, H. D. / Pieroth, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar)*, C. H. Beck, München, 4.^a ed., 1997.

PIEROTH, B.: “Artikel 70 GG (*Gesetzgebungskompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)“, en Jarass, H. D. / Pieroth, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar)*, C. H. Beck, München, 4.^a ed., 1994.

PIEROTH, B.: Artikel 71 GG (*Ausschließliche Gesetzgebung des Bundes*), en Jarass, H. D. / Pieroth, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar)*, C. H. Beck, München, 4.^a ed., 1997.

PIEROTH, B.: Artikel 72 GG (*Konkurrierende Gesetzgebung des Bundes*), en Jarass, H. D. / Pieroth, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar)*, C. H. Beck, München, 4.^a ed., 1997.

PIEROTH, B.: Artikel 75 GG (*Rahmengesetzgebung des Bundes*), en Jarass, H. D. / Pieroth, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar)*, C. H. Beck, München, 4.^a ed., 1997.

PIEROTH, B.: Artikel 91a GG (*Gemeinschaftsaufgaben*), en Jarass, H. D. / Pieroth, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar)*, C. H. Beck, München, 4.^a ed., 1997.

PIEROTH, B.: “Art. 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)“ - “Art. 91b (*Zusammenwirken von Bund und Ländern durch Vereinbarungen*)“ - “Art. 104b (*Finanzhilfekompetenz des Bundes*)“, en Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar)*, C. H. Beck, München, 9.^a ed., 2007

PIEROTH, B.: “Politischer Freiraum zur Umgestaltung des Bundesstaates“, ZRP, 3, 2008

PIETZCKER, J.: “Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat“, en Isensee, J. / Kirchhof, P. (Ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, Tomo IV (Aufgaben des Staates), 3.^a ed., 2006

POSSER, D.: “Significado del *Bundesrat*“ (Capt. XIII), en Benda / Maihofer / Vogel / Hesse / Heyde..., *Manual de Derecho Constitucional* (Edición, *Prolegomena* y Traducción de A. López Pina), IVAP, Marcial Pons, Madrid, 1996

BIBLIOGRAFÍA

PÜTTNER, G. / KRETSCHMER, G.: *Die Staatsorganisation (Lehrbuch zum Staatsrecht)*, C. H. Beck, 2.^a ed., 1993.

QUADRA-SALCEDO JANINI, T.: *El sistema europeo de distribución de competencias. Garantías políticas y garantías jurídicas de un ámbito propio de decisión de los Estados miembros de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006

QUADRA-SALCEDO JANINI, T.: *Mercado nacional único y Constitución (Los artículos 149.1.1 y 139 de la Constitución)*, Prólogo de Manuel Aragón Reyes, CEPC, Madrid, 2008

RAUBER, K.: "Artikel 84 und das Ringen um die Verwaltungshoheit der Länder", en Holtschneider, Rainer / Schön, Walter (Ed.), *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007

RENGELING, H.-W.: "Föderalismusreform und Gesetzgebungskompetenzen", DVBl., 24, 2006

RENGELING, H.-W.: "Gesetzgebungszuständigkeit", en Isensee, J. / Kirchhof, P. (Ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo IV, C. F. Müller, Heidelberg, 1990

RENZSCH, W.: "Der Streit um den Finanzausgleich (*Die Finanzverfassung als Problem des Bundesstaates*)", en Wehling, H. G. (Ed.): *Die deutschen Länder (Geschichte - Politik - Wirtschaft)*, Leske+Budrich, Opladen, 2.^a ed. 2002

RENZSCH, W.: "Föderalismusreform, zweite Stufe – warum und was", en Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.), *Jahrbuch des Föderalismus 2008* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008

RENZSCH, W.: "Primer balance de la reforma del Federalismo I" (2008) - (http://www.fundacionmgimenezabad.es/images/stories/territorial/ponencia_wolfgang_renzsch.doc)

RENZSCH, W.: "Bundesstaatsreform – nach dem Scheitern der KOMBO?", en: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.): *Jahrbuch des Föderalismus 2005* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005

REUTER, K.: *Praxishandbuch Bundesrat. Verfassungsrechtliche Grundlagen, Kommentar zur Geschäftsordnung, Praxis des Bundesrates*, 2.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg 2007

RIEBEL, J.: "EU-Haftung und Nationaler Stabilitätspakt", en Holtschneider, Rainer / Schön, Walter (Ed.), *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007

BIBLIOGRAFÍA

RIEBEL, J.: “Reduzierung von Mischfinanzierungen und Abbau von Gemeinschaftsaufgaben“, en Holtschneider, Rainer / Schön, Walter (Ed.), *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007

RISSE, H.: “Die Neuregelung der Zustimmungsbedürftigkeit von Bundesgesetzen durch die Föderalismusreform“, en Hufen, Friedhelm (Ed.), *Verfassungen – Zwischen Recht und Politik*, Festschrift zum 70. Geburtstag für Hans Peter Schneider, Nomos, Baden-Baden, 2008

RISSE, H.: “Zur Entwicklung der Zustimmungsbedürftigkeit von Bundesgesetzen nach der Föderalismusreform 2006“, *Zparl.*, 4, 2007

RÖTTGEN, N. / BOEHL, H.: “Abweichung statt Zustimmung – Die Re-Adjustierung des Verhältnisses von Bundestag und Bundesrat durch Änderung des Artikel 84 GG“, en Holtschneider, Rainer / Schön, Walter (Ed.), *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007

ROVIRA VIÑAS, A.: “Reflexiones sobre la estructura del Estado y sobre las dificultades de operar con modelos de Derecho comparado“, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 13, 2005

ROZEK, J.: “Artikel 70 GG“, en Mangoldt / Klein / Starck: *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, Tomo II (*Artikel 20 bis 78*), Verlag Franz Vahlen, München, 4.^a ed. completamente revisada, 2000

RUBIO LLORENTE, F. / ÁLVAREZ JUNCO, J. (Eds.): *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional: Texto del informe y debates académicos*, CEPC, Consejo de Estado, Madrid, 2006

RÜFNER, W.: “Art. 72 Abs. 2 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“, en Depenheuer, Otto / Heintzen, Markus / Jestaedt, Matthias / Axer, Peter (Ed.): *Staat im Wort*, Festschrift für Josef Isensee, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2007

RUNDE, O.: “Finanzen: Gemeinschaftsaufgaben / Mischfinanzierungen“, en Holtschneider, Rainer / Schön, Walter (Ed.), *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007

SACHS, M.: “Artikel 20 GG (*Verfassungsgrundsätze; Widerstandsrecht*)“, en Sachs, M. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2.^a ed., 1999

SAGER, K.: “Auswirkungen der Föderalismusreform auf Bildung und Wissenschaft“, en Holtschneider, Rainer / Schön, Walter (Ed.), *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007

BIBLIOGRAFÍA

SANNWALD, R.: Abschnitt VII GG: Die Gesetzgebung des Bundes (*Vorbemerkungen*) y Artikel 70 GG (*Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern*), en SCHMIDT-BLEIBTREU B. / KLEIN, F.: Kommentar zum Grundgesetz, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.^a ed., 1999.

SANNWALD, R.: Artikel 70 GG (*Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern*), en SCHMIDT-BLEIBTREU, B. / KLEIN, F.: Kommentar zum Grundgesetz, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.^a ed., 1999.

SANNWALD, R.: Artikel 71 GG (*Ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes*), en SCHMIDT-BLEIBTREU, B. / KLEIN, F.: Kommentar zum Grundgesetz, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.^a ed., 1999.

SANNWALD, R.: Artikel 72 GG (*Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes*), en SCHMIDT-BLEIBTREU, B. / KLEIN, F.: Kommentar zum Grundgesetz, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.^a ed., 1999.

SANNWALD, R.: Artikel 75 GG (*Rahmenkompetenz des Bundes*), en SCHMIDT-BLEIBTREU, B. / KLEIN, F.: Kommentar zum Grundgesetz, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.^a ed., 1999.

ŠARČEVIĆ, E.: *Das Bundesstaatsprinzip. Eine staatsrechtliche Untersuchung zur Dogmatik der Bundesstaatlichkeit des Grundgesetzes*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000

SCHARPF, F. W.: "Föderalismusreform: Weshalb wurde so wenig erreicht?", *ApuZ* 50/2006

SCHARPF, F. W.: "Die Politikverflechtungs-Fälle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich", *Politische Vierteljahresschrift*, 26, 1985

SCHATZ, H. / van Ooyen, R.Ch. / Werthes, S.: *Wettbewerbsföderalismus* (Aufstieg und Fall eines politischen Streitbegriffes), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2000

SCHLIESKY, U.: "Die Aufnahme der IT in das Grundgesetz", en Hesse, Joachim Jens (ed.): *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE)*, 2, 2008

SCHMAHL, S.: "Bundesverfassungsgerichtliche Neujustierung des Bund-Länder-Verhältnisses im Bereich der Gesetzgebung", en Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Ed.), *Jahrbuch des Föderalismus 2006* (Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006

SCHMEHL, A.: "Die erneuerte Erforderlichkeitsklausel in Art. 72 Abs. 2 GG", *DÖV*, 1996

SCHMIDT, W.: "Das Verhältnis von Bund und Ländern im demokratischen Bundesstaat des Grundgesetzes", *AöR* 87; 1962

SCHMIDT-AßMANN, E.: "Die Bundeskompetenzen für die Wissenschaftsförderung nach der Föderalismusreform", en Depenheuer, Otto / Heintzen, Markus / Jestaedt, Matthias / Axer, Peter (Ed.): *Staat im Wort*, Festschrift für Josef Isensee, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2007

BIBLIOGRAFÍA

- SCHMIDT-DE CALUWE, R.:** “Art. 91a GG [Mitwirkung des Bundes bei Länderaufgaben]“, en Kluth, Winfried [Ed.], *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007
- SCHMIDT-DE CALUWE, R.:** “Art. 91b GG [Zusammenwirken bei Wissenschafts- und Forschungsförderung, Bildungswesen]“, en Kluth, Winfried [Ed.], *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007
- SCHMITT, C.:** *Verfassungslehre*, Duncker&Humblot, Berlin, 3.^a ed. 1928, reimp. 1957
- SCHMIDT-JORTZIG, E.:** “Herausforderungen für den Föderalismus in Deutschland (*Plädoyer für einen neuen Wettbewerbsföderalismus*)“, *DÖV*, 18, 1998
- SCHMIDT-JORTZIG, E.:** “Reformbedürftigkeit des deutschen Föderalismus“, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 13-14/2005
- SCHMIDT, R. / SEIDEL, S.:** *Staatsorganisationsrecht*, Verlag Rolf Schmidt, Grasberg bei Bremen, 2000
- SCHMIDT, W.:** “Das Verhältnis von Bund und Ländern im demokratischen Bundesstaat des Grundgesetzes“, *AöR* 87, 1962
- SCHNAPP, F. E.:** “Artikel 20 GG (*Staatsgrundlagen; Widerstandsrecht*)“, en Münch, I. von / Kunig, P. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Tomo I (*Präambel bis Art. 20*), C. H. Beck, München, 4.^a ed., 1992
- SCHNAPP, F. E.:** “Mischverwaltung im Bundesstaat nach der Föderalismusreform“, *Jura*, 4, 2008
- SCHNEIDER, H.-P.:** “Die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern nach dem Grundgesetz – eine Ausprägung des Subsidiaritätsprinzip?“, en: Kramer, J. [Ed.], *Die Entwicklung des Staates der Autonomen in Spanien und der bundesstaatlichen Ordnung in der Bundesrepublik Deutschland - El desarrollo del Estado de las Autonomías en España y la evolución del Federalismo en la República Federal de Alemania* (Ein Spanisch-Deutsches Verfassungskolloquium – Coloquio constitucional hispano-alemán) [Deutsches Institut für Föderalismusforschung e.V., Hannover], Nomos-Verl.-Ges., Baden-Baden, 1996
- SCHNEIDER, H.-P.:** “Gestaltungsföderalismus statt Verwaltungsföderalismus: Chancen und Risiken der Landesparlamente“, en Hesse, Joachim Jens (ed.): *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE)*, 2, 2008
- SCHNEIDER, T.:** *Die Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes*, Lorez-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften an den Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Kiel, 1994
- SCHOCH, F.:** “Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie durch das Bundesverfassungsgericht?“, *DVBl.*, 15, 2008

BIBLIOGRAFÍA

SCHÖN, W.: “Kostenfolgen von Bundesgesetzen”, en Holtschneider, Rainer / Schön, Walter (Ed.), *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007

SCHULTZE, R.-O.: “Die Föderalismusreform zwischen Anspruch und Wirklichkeit”, Aus Politik und Zeitgeschichte, 13-14/2005

SCHULTZE, R.-O.: “Föderalismus”, en Schmidt, M. G. (Ed.): *Lexikon der Politik*, tomo 3, *Die westlichen Länder*, München, 1992

SCHWANENGEL, W.: “Die Malaise des deutschen Bundesstaates (*Zu Möglichkeiten und Grenzen der Föderalismusreform*)”, DÖV, 13, 2004

SCHWANENGEL, W.: “Zustand und Perspektive des Föderalismus in Deutschland und Europa (*Bericht über eine Tagung des “Staatswissenschaftlichen Forums e.V.”*)”, DVBl., 7, 2004

SCHWARZ, K.-A.: “Die Änderungen des Art. 93 GG” - “Die Änderungen des Art. 105 GG” - “Die Änderungen des Art. 107 GG” - “Die Änderungen des Art. 125a GG” - “Der neue Art. 125b GG” - “Der neue Art. 125c GG” - “Finanzielle Übergangs- und Folgeregelungen – Art. 143c GG“, en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007

SCHWARZ, K.-A.: “Finanzausgleich und föderale Aufgabenstruktur”, ZG, 3, 2004

SODAN, H. / ZIEKOW, J.: *Grundkurs öffentliches Recht* (Staats- und Verwaltungsrecht), Verlag C. H. Beck, München, 2.^a ed. revisada, 2007

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: “El problema de la soberanía en el Estado autonómico”, *Fundamentos - Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 1/1998 (*Soberanía y Constitución*)

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, McGraw-Hill, Madrid, 1998

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: *Tiempo de reformas: el Estado autonómico en cuestión*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006

SOMMERMANN, K.-P.: “Artikel 20 GG”, en: Mangoldt / Klein / Starck: *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II (Artikel 20 bis 78), Verlag Franz Vahlen, München, 4.^a ed. completamente revisada, 2000

SOMMERMANN, K.-P.: “Die Stärkung der Gesetzgebungskompetenzen der Länder durch die Grundgesetzreform von 1994”, Jura, 1995

SPANNER, H.: “Über Finanzreform und Bundesstaat. Ab- oder Umbau des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der Gemeinschaftsaufgaben”, en *Festgabe für Theodor Maunz zum 70. Geburtstag*, München, 1971

BIBLIOGRAFÍA

- SPEER, R.:** "Steuern und Steuerverwaltung", en Holtschneider, Rainer / Schön, Walter (Ed.), *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007
- STARCK, C. (Ed.):** *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007
- STARCK, C.:** "Einführung", en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007
- STEHR, M.:** *Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat. Ein Beitrag zur Reform des Föderalismus und zur Stärkung der Landesparlamente*, Hannover, Univ., Diss., 2001
- STEIN, E.:** *Staatsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 16.^a ed., 1998
- STERN, K.:** *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I (*Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*), C. H. Beck, München, 2.^a ed., 1984
- STERN, K.:** *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo II (*Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung*), C. H. Beck, München, 1980
- STERN, K.:** "Pluralismo territorial y derechos fundamentales", en VV.AA.: *Pluralismo territorial en la República Federal de Alemania* (Trad. de M. Cancio Meliá), MAP/INAP, Madrid, 1989
- STERN, K.:** *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo I (*Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*), C. H. Beck, München; 2.^a ed., 1984
- STETTNER, R.:** "Artikel 70 GG (*Gesetzgebung des Bundes und der Länder*)", en DREIER, Horst (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Tomo II (*Artikel 20-82*), Mohr Siebeck, Tübingen, 1996.
- STETTNER, R.:** Artikel 72 GG (*Konkurrierende Gesetzgebung des Bundes*), en DREIER, H. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Tomo II (*Artikel 20-82*), Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.
- STETTNER, R.:** Artikel 75 GG (*Rahmengesetzgebung des Bundes*), en DREIER, H. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Tomo II (*Artikel 20-82*), 1998.
- STETTNER, R.:** *Grundfragen einer Kompetenzlehre*, Duncker&Humblot, Berlin, 1983
- STETTNER, R.:** "Kollusives Zusammenwirken von Bund und Ländern beim Ganztagsstudienprogramm", ZG, 4, 2003
- STOCK, M.:** "Konkurrierende Gesetzgebung, postmodern: Aufweichung durch "Abweichung"?", ZG, 3, 2006
- STRAUB, P.:** "Der Entwurf des EU-Verfassungsvertrags aus Sicht der deutschen Länder und ihrer Parlamente", ZG, 4, 2003

BIBLIOGRAFÍA

STÜNKER, J.: “Zur Entwicklung der Neufassung von Artikel 72 Absatz 2 GG (Erforderlichkeitsklausel) und Artikel 72 Absatz 3 (Abweichungsrechte)“, en Holtschneider, Rainer / Schön, Walter (Ed.), *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007

STURM, R.: *Föderalismus in Deutschland*, Leske + Budrich, Opladen, 2001

STURM, R.: “Zur Reform des Bundesrates - Lehren eines internationalen Vergleiches der Zweiten Kammern“, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 29-30, 2003

SUÁREZ CORUJO, B.: *La protección social en el Estado de las Autonomías* (Un examen de los artículos 149.1.17.^a y 148.1.20^a ante los procesos de reforma estatutaria), Prólogo de Luis Enrique de la Villa Gil, Iustel, Madrid, 2006

SZCZEKALLA, P.: “Das Recht der Wirtschaft im föderalen Bundesstaat“, en Ipsen, Jörn / Stürer, Bernhard (Ed.), *Europa im Wandel – Festschrift für Hans-Werner Rengeling zum 70. Geburtstag am 25. Februar 2008*, Carl Heymanns Verlag, Köln-München, 2008

TEJERIZO LÓPEZ, J. M. (dir.): *La financiación territorial en los Estados descentralizados: Un estudio comparado*, Estudios jurídicos, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009

THAYSEN, U.: “Der deutsche Föderalismus zwischen zwei Konventen - Zur Reform des deutschen Bundesstaates um die Jahrtausendwende“, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 29-30, 2003

TIEMANN, B.: “Die Grundsatzgesetzgebung im System der verfassungsrechtlichen Gesetzgebungskompetenzen“, *DÖV*, 1974

TIEMANN, B.: “Die neuen Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91.a, b GG) im System des Grundgesetzes“, *DÖV*, 1970

TILLMANN, A. / KREIENBROCK, I.: “Regionale Steuerautonomie“, en Holtschneider, Rainer / Schön, Walter (Ed.), *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007

TRUTE, H-H.: “Verwaltungskompetenzen nach der Föderalismusreform – zwischen Entflechtung und Verflechtung“, en Hufen, Friedhelm (Ed.), *Verfassungen – Zwischen Recht und Politik*, Festschrift zum 70. Geburtstag für Hans Peter Schneider, Nomos, Baden-Baden, 2008

TRUTE, H.: “Die Neuregelung des Art. 84 Abs. 1“, en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007

TRUTE, H.: “Verwaltungskompetenzen und Art. 33 Abs. 5“, en Starck, Christian (Ed.), *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007

BIBLIOGRAFÍA

- UHLE, A.:** “Art. 72 GG [Konkurrierende Gesetzgebung]”, en Kluth, Winfried [Ed.], *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007
- UNRUH, P.:** “Zur Zulässigkeit des bundesgesetzlichen Durchgriffs auf die Kommunen - am Beispiel des Grundsicherungsgesetzes”, ZG, 3, 2004
- VERNET I LLOBET, J.:** *El sistema federal austriaco* (Prólogo de Heinz Schäffer), Escola d'Administració Pública de Catalunya, Marcial Pons, Madrid, 1997
- VIVER I PIN-SUNYER, C.:** *Materias competenciales y Tribunal Constitucional: la delimitación de los ámbitos materiales de las competencias en la jurisprudencia constitucional*, Ariel, Barcelona, 1989
- VOGEL, B. / HRBEK, R. / FISCHER, T. (Ed.):** *Halbzeitbilanz - Die Arbeitsergebnisse der deutschen Bundesstaatskommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im europäischen Vergleich*, Schriftenreihe des Europäischen Zentrum für Föderalismus-Forschung, Tomo 23, Nomos, Baden-Baden, 2006
- VOGEL, J. J.:** “El régimen federal de la Ley Fundamental” (Capítulo XII), en Benda / Maihofer / Vogel / Hesse / Heyde... (Eds.), *Manual de Derecho Constitucional* (Edición, *Prolegomena* y Traducción de A. López Pina), IVAP, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- VOGEL, J. J.:** “El régimen federal de la Ley Fundamental”, en: Benda / Maihofer / Vogel / Hesse / Heyde..., *Manual de Derecho Constitucional*, (Edición, *Prolegomena* y Traducción de A. López Pina), IVAP, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 625
- VOLKMANN, U.:** “Wozu Bundesstaat?”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 04.12.2004
- VV.AA.:** *Ante el futuro del Senado*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1996
- WACHENDORFER-SCHMIDT, U.:** *Politikverflechtung im vereinigten Deutschland*, Wtdt. Verlag, Wiesbaden, 2003
- WAGNER, C. / RECHENBACH, D.:** “Konnexitätsprinzip ins Grundgesetz!”, ZRP, 9, 2003
- WALDHOFF, C. / DIETERICH, P.:** “Die Föderalismusreform II – Instrument zur Bewältigung der staatlichen Finanzkrise oder verfassungsrechtliches Placebo?”, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2, 2009
- WALTER, R. / MAYER, H.:** *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlungen, Wien, 9.^a ed., 2000
- WATTS, R. L.:** *Sistemas federales comparados*, traducción e introducción de Esther Seijas Villadangos, Marcial Pons, Madrid, 2006
- WEBER, W.:** *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, Duncker&Humblot, Berlin, 3.^a ed. 1970
- WEBER, W.:** *Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz*, Göttingen, 1949

BIBLIOGRAFÍA

WEHLING, H. G.: *Die deutschen Länder* (Geschichte, Politik, Wirtschaft), Leske + Budrich, Opladen, 2.^a ed. revisada, 2002

WIEDERIN, E.: *Bundesrecht und Landesrecht* (Zugleich ein Beitrag zu Strukturproblemen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich und in Deutschland), Springer-Verlag, Wien-New York, 1995

WIELAND, J.: "Die Reform der bundesstaatlichen Finanzverfassung: historische Voraussetzungen und aktueller Handlungsbedarf", en Hesse, Joachim Jens (ed.): *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE)*, 2, 2008

WILMS, H.: "Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?", *ZRP*, 5, 2004

WILMS, H.: *Staatsrecht I* (Staatsorganisationsrecht unter Berücksichtigung der Föderalismusreform), Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2007

WITTRECK, F.: "Nachrangklauseln und "normative Selbstbescheidung" der Landesverfassung: Konsequenz oder Umgehung des Art. 31 GG?", *DVBl.*, 20, 2000

WYDUCKEL, D.: "La soberanía en la historia de la dogmática alemana", *Fundamentos - Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 1/1998 (*Soberanía y Constitución*)

WOLFF, H. A.: "Der zweite Schritt zur Föderalisierung des Beamtenrechts: Der Entwurf zum Beamtenstatusgesetz", *DöV*, 12, 2007

ZILLER, G. / OSCHATZ, G.-B.: *Der Bundesrat*, Droste, Düsseldorf, 10^a ed., 1998

ZINN, G. A.: "Der Bund und die Länder", *AöR*, 36, 1949

ZIPPELIUS, R.: *Allgemeine Staatslehre* (Politikwissenschaft), C. H. Beck, München, 13.^a ed., 1999

ZYPRIES, B.: "Die Föderalismusreform", en Hufen, Friedhelm (Ed.), *Verfassungen – Zwischen Recht und Politik*, Festschrift zum 70. Geburtstag für Hans Peter Schneider, Nomos, Baden-Baden, 2008

ANEXO

ZUSAMMENFASSUNG

Vorrangiges Ziel dieser Arbeit ist eine ausführliche und kritische Darstellung der Änderungen, welche das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland 2006 und 2009 erfahren hat. Mit diesen Verfassungsänderungen sollte zunächst das Kompetenzverteilungssystem nach Möglichkeit geklärt werden, in erster Linie in Fragen der Gesetzgebung. Dabei lag der Schwerpunkt darauf, dass es gerade das Kompetenzprinzip ist, welche die Beziehungen (*zwischen Bund und Ländern*) klärt und etwaige Kompetenzstreitigkeiten zwischen dem Bundesrecht und dem Länderrecht löst. Hierzu werden die verschiedenen Arten der föderalen Gesetzgebung (ausschließliche Gesetzgebung, konkurrierende Gesetzgebung, Rahmenvorschriften und Grundsatzgesetzgebung) untersucht, welche bis zur Reform von 2006 unter dem Vorzeichen der Ausschließlichkeit standen, was in logischer Betrachtung eine doppelte Zuständigkeit verneint. Dieser Grundsatz des deutschen Föderalismus wurde 2006 mit der Einführung einer Abweichungsgesetzgebung der Länder gebrochen.

Zum anderen bezweckten die genannten Verfassungsänderungen auch eine Neudefinition der institutionellen Stellung des Bundesrats, dessen unweigerliche Beteiligung am Gesetzgebungsverfahren auf die Zustimmung zu solchen Bundesgesetzen eingeschränkt wurde, die einen rein föderalen Inhalt haben bzw. welche die Interessen der Länder ganz und gar betreffen. Damit sollte einer missbräuchlichen Praxis ein Riegel vorgeschoben werden, welche dieses Verfassungsorgan als Instrument in den Dienst der Interessen einer oder mehrerer Parteien stellte, welche in einem bestimmten Land eine Mehrheit hatten, aber über keine Mehrheit auf Bundesebene verfügten und auf diesem Wege versuchten, Opposition gegen die regierungsbildende Mehrheit im Bundestag zu machen. Dies wog in Anbetracht der beträchtlich gestiegenen Eingriffsmöglichkeiten besonders schwer.

Des gleichen wird weiterhin, für den föderalen Aufbau Deutschlands wesentlichen Aspekten besondere Aufmerksamkeit geschenkt, wie etwa der Mitwirkung der Bundesländer an der europäischen Rechtssetzung (aufsteigende Phase) oder auch der Bestimmung ihrer Zuständigkeiten im Falle einer Nichterfüllung des EU-Rechts (absteigende Phase).

Daneben scheint es im Rahmen dieses Umbruchs im deutschen Föderalismus, welcher von einem Beteiligungsmodell zu einem eher konkurrierenden Ansatz strebt, auch geboten, die sogenannten Gemeinschaftsaufgaben –und zwar sowohl die verbindlichen oder eigentlichen wie auch die freiwilligen Gemeinschaftsaufgaben– sowie die Beziehungen des Bundes und der Länder zu den Kommunen und Gemeindeverbänden unter dem Blickwinkel einer Stärkung der Garantien örtlicher Autonomie neu zu überdenken.

Zuletzt wird auch das weitgefächerte Feld der Finanzbeziehungen zwischen Bund und Ländern, das sich im Zuge der Föderalismusreform von 2009 geändert hat, einer näheren Betrachtung unterzogen. Denn es lässt sich nicht von der Hand weisen, dass jedem Eingriff in die Kompetenzordnung auf legislativer wie exekutiver Ebene eine nicht minder tiefgreifende Rollenumverteilung in den Finanzbeziehungen zwischen den wesentlichen politischen Akteuren der Bundesrepublik – nämlich dem Bund und den Ländern– einherzugehen hat.

Dieses ganze Mosaik aus einer Vielzahl von Bestandteilen gewinnt an Form und Schärfe und ergibt ein Bild, das in seiner Besonderheit (im Positiven wie im Negativen) andere Staatsgebilde inspirieren mag, wie das der Autonomen Gemeinschaften Spaniens, dessen Rückgrat in hoheitlicher Hinsicht auch aus einem föderalen Grundgedanken in unterschiedlichster Ausprägung hervorgegangen ist. Eben deshalb bedarf es einer ausgiebigen Kenntnis des Modells, das gegebenenfalls als Leitbild

herangezogen werden soll, um die Risiken abzuwägen, welche eine Übernahme fremder Institutionen und ihre Etablierung inmitten der eigenen Rechtsordnung bedingt, zumal diese ihre eigentliche Bedeutung nur in den Beziehungen zu den übrigen Institutionen entfalten. Tatsächlich sind Vorbilder stets mit Skepsis zu betrachten. Denn man muss sich im Klaren sein, dass das, was woanders (in einer fremden Rechtsordnung) funktioniert, nicht notwendiger Weise bei einem selbst (in der eigenen Rechtsordnung) zum gleichen Ergebnis führen muss.

SCHLUSSFOLGERUNGEN

I.- Vom kooperativen Föderalismus zum Wettbewerbsföderalismus

Die deutsche Rechtsordnung wies bereits im Grundgesetz zentralstaatliche Ansätze auf, welche später durch die Gesetzgebung des Bundes und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beträchtlich akzentuiert wurden. Um dieser Entwicklung zu begegnen, welche in gewisser Hinsicht einer Untergrabung der föderalen Merkmale des deutschen Staates gleichkam, die ja im Grundgesetz selbst nach § 79,III GG entschieden unter Schutz gestellt wurden, machte sich in den ersten Jahren des 21. Jahrhunderts eine von Bundestag und Bundesrat eingesetzte Föderalismuskommission zur Aufgabe, die kompetitiven Elemente des Modells gegenüber den kooperativeren Elemente zu stärken, in der Überzeugung, dass die Stellung der Länder als Gliedstaaten der Bundesrepublik dadurch gefestigt würde. Mit diesem Anspruch wurden nach langwierigen Vorbereitungen und erheblichen Debatten zwei richtungsweisende Verfassungsänderungen in den Jahren 2006 und 2009 verabschiedet. Auch wenn diese abschließend nicht die hohen Erwartungen erfüllen, mit denen man sie angekündigt hatte, haben sie immerhin in gewisser Hinsicht eine Wende in der Art und Weise herbeigeführt, in der die föderalen Beziehungen zwischen den Beteiligten des Gesamtstaates –nämlich Bund und Ländern– aus einer kompetenziellen und institutionellen ebenso wie einer finanziellen Perspektive aufgefasst werden.

Ein erster Zweifel kommt diesbezüglich durch die Frage auf, ob dieses Bestreben um eine Förderung der kompetitiven Züge zum Nachteil der kooperativen Merkmale im Lichte der durch die Wiedervereinigung, die europäische Integration auf überstaatlicher und internationaler Ebene bzw. Globalisierung angestoßenen Prozesse, in denen die Bundesrepublik Deutschland begriffen ist, nicht ein Paradox darstellt. Denn es handelt

sich zum einen um einen erneuerten Staat, der aus der „Verschmelzung“ beider deutschen Staaten nach dem Mauerfall in Berlin Ende der 1980er Jahre und zu Beginn der 90er Jahre des vergangenen Jahrhunderts hervorgegangen ist. Zudem zählt die Bundesrepublik zu den Gründungsstaaten und federführenden Mitgliedern der Europäischen Gemeinschaften (der heutigen Europäischen Union). Und schließlich ist der Staat zunehmend auf dem internationalen Parkett präsent, was hauptsächlich seiner entscheidenden Ausfuhrstärke zuzuschreiben ist, welche sich unweigerlich in einem wachsenden politischen Gewicht niederschlägt. Auf den ersten Blick sollte man daher meinen, dass diese Prozesse geradezu nach einem Ausbau der kooperativen Tugenden in den Entscheidungsprozessen verlangen –da die auf einen Nenner zu bringenden Akteure und Interessen sehr verschiedenlich sind oder sein können,– und nicht so sehr der kompetitiven Eigenschaften, welche den Akzent auf ausschließliche und hier als ausschließend zu verstehende Zuständigkeiten legen.

II.- Kooperation vs. Verteilung und Abgrenzung von Kompetenzen

Die im vorstehenden Punkt andeutungsweise enthaltene Schlussfolgerung bedarf aus einer abwägenden Betrachtung der Konkurrenz- und Kooperationsprinzipien einer Korrektur, denn die loyale Kooperation zwischen den verschiedenen Trägern der föderalen Beziehungen (Bund und Länder in der Bundesrepublik Deutschland selbst; europäische Institutionen und Mitgliedsstaaten im Rahmen der Europäischen Union sowie internationale Organisationen und Nationalstaaten auf dem Gebiet der auswärtigen Beziehungen) verlangt als Voraussetzung nach einer klaren Verteilung und Begrenzung der Zuständigkeiten unter ihnen allen. Käme es zu einer Debatte über die Zuständigkeit als solche, nämlich darüber, wer diese innehat oder wem ihre Ausübung in welchem Umfang

geziemt, ließe sich jene notwendige loyale Kooperation nur schwerlich bewirken.

Dies ist eine der Lehren, die wir aus den Erfahrungen Deutschlands ziehen können. Der deutsche Föderalismus wurde nach dem II. Weltkrieg in der Tat auf ein kooperatives Fundament gestellt, das zunächst weitgehend von den Besatzungsmächten auferlegt wurde und später eine überaus beachtliche Ausgestaltung erfuhr. Als Beispiel dessen seien die sogenannten Gemeinschaftsaufgaben genannt, welche in den 1960er Jahren eingeführt wurden. Was besonders an diesen kooperativen Bestrebungen auffällt, ist, dass sie mit anderen einhergingen, welche auf eine Ausweitung der Gesetzgebungsbefugnisse des Bundes hinausliefen und damit zu den zentralistischen Verschiebungen führten, auf welche eingangs bereits Bezug genommen wurde.

III.- Von der Politikverflechtung und organisierten Verantwortungslosigkeit zur Entdemokratisierung

In Fragen der Gesetzgebung, dem entscheidenden Gebiet, wenn es um politische Gewalt geht, hat in Deutschland offenkundig der Bund seit Verkündung des Grundgesetzes 1949 den Ton angegeben. Die Stellung des Bundes wurde im Zuge der Verfassungsänderungen, Bundesgesetzgebung und Rechtsprechung des Verfassungsgerichts weiter ausgebaut. Die Gegenleistung an die Länder für dieses Übergewicht des Bundes auf Ebene der Gesetzgebung war nicht unerheblich: Denn die Möglichkeiten einer Mitbestimmung der Länder erfuhr eine exponentielle Entwicklung durch ihre Beteiligung über den Bundesrat an den Zustimmungsgesetzen, welche vor der Föderalismusreform von 2006 praktisch an die sechzig Prozent aller Bundesgesetze ausmachten und unvermeidlich die Zustimmung dieses verfassungsrechtlichen Vertretungsorgans der Länder verlangten.

Diese Situation, welche von einem Teil der Rechtslehre als starke Politikverflechtung aufgefasst wurde, wich allmählich einem Phänomen, das gelegentlich als gravierende organisierte Verantwortungslosigkeit aufgefasst wurde. Gemeint ist damit, dass zumindest für einen Großteil der Bürger oftmals kaum möglich war, auszumachen, wer für was verantwortlich war. Von derlei Betrachtungen abgesehen, ging damit auch eine weitgehende Entdemokratisierung einher, indem die direkte Verknüpfung zweier struktureller Prinzipien in der Organisation der öffentlichen Gewalt von hoheitlich dezentralisierten Staaten offenbar wurde, was selbstverständlich auch für den Fall Deutschlands gilt: das Demokratie- und das Föderalismusprinzip.

IV.- Mehr Konkurrenz, weniger Mitbestimmung

In Anbetracht dieser schwerwiegenden Probleme beschlossen die führenden politischen Kräfte Deutschlands nur wenige Jahre nach Anbruch des neuen Jahrtausends, das föderale System Deutschlands einer tiefgreifenden Reform zu unterziehen. Zu den vorrangigen Zielen zählte zunächst eine am Subsidiaritätsprinzip ausgerichtete Neuordnung der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern, mit der die politischen Verantwortlichkeiten auf beiden Seiten sowohl hoheitlich (Bund und Länder) als auch institutionell (Bundestag und Bundesrat) geklärt werden sollten.

Diese neue Kompetenzverteilung, welche die Rückübertragung weitreichender Materien in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder vorsah, konnte nur dann ausgewogen sein, wenn gleichzeitig die Einflussmöglichkeiten des Bundesrates bei der Verabschiedung von Bundesgesetzen entsprechend verringert wurden. Dem Grunde nach bedeutete dies eine Beschneidung der Mitbestimmungsmöglichkeiten der

Länder und zugleich eine Klarstellung ihrer eigenen Zuständigkeiten sowie folglich auch derer des Bundes.

V.- Nicht die Hoheitsbefugnis, Verfassungsautonomie oder Hierarchie ist es, sondern die Zuständigkeit

Die Föderalismusdebatte in Deutschland dreht sich also zu einem guten Teil um den Gedanken der Zuständigkeit. Es ist das Kompetenzprinzip, welches die Beziehungen zwischen den von verschiedenen politischen Ebenen erlassenen Normen erklärt. Nicht mehr altgediente Begriffe wie Hoheitsbefugnis oder etwa Verfassungsautonomie sind es, welche uns die Anhaltspunkte für ein angemessenes Verständnis des deutschen Bundesstaates liefern. Den Schlüssel zum Verständnis der Beziehungen zwischen Bund und Ländern liefern uns nicht die Kategorien einer Über- oder Unterordnung, sondern die Regelung beider Maßstäbe nach den Vorschriften des Grundgesetzes. Es ist die Kompetenzverteilung –und eben nicht die Hierarchie– zwischen Bund und Ländern, welche uns erkennen lässt, in welcher Weise die föderalen Beziehungen innerhalb des deutschen Bundesstaates ausgestaltet werden, wonach der Bund im Rahmen seiner Verantwortlichkeiten Entscheidungen trifft, welche für die Länder verbindlich sind, ebenso wie diese im Bereich ihrer eigenen Kompetenzen Maßnahmen treffen, welche wiederum für den Bund bindend sind.

VI.- Ausschließliche Zuständigkeit ist nicht gleichzusetzen mit der vollständigen Regelung einer Materie

Die Ausführungen im vorigen Absatz setzen ein Verständnis der Kompetenz unter dem Vorzeichen der Ausschließlichkeit voraus. Der Bund verfügt über eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz in

denjenigen Bereichen, die ihm die Verfassung überträgt, ebenso wie in den Bereichen, die einzig und allein Ländersache sind, die Länder über ausschließliche Gesetzgebungskompetenz verfügen. Je nach Art der Gesetzgebung unterscheidet sich auch die Tragweite der Bundesgesetze und der Ländergesetze. Entsprechend kann der Bund umfassend als Gesetzgeber tätig werden, wenn er im Bereich der ausschließlichen oder konkurrierenden Gesetzgebung tätig wird. Die konkurrierende Gesetzgebung ist anders, als ihr Name vermuten lassen könnte, an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen gebunden und gestattet dem Bund ein ausgiebiges Gestaltungsrecht in der jeweiligen Materie. Handelt es sich dagegen um eine Rahmenvorschrift –vor ihrer Abschaffung 2006– oder Grundsatzgesetzgebung, kann der Bund lediglich die Grundsätze oder Grundzüge einer Materie regeln, wenn auch im ersten Fall (Rahmengesetz) in Ausnahmen auch eine umfassende Regelungsbefugnis bestand. Auch die Länder können umfassende Regelungen treffen, im Rahmen ihrer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz oder auch der konkurrierenden, soweit der Bund nicht bereits tätig geworden ist. Dagegen können sie auf dem Gebiet der (abgeschafften) Rahmen- und Grundsatzgesetzgebung nur ausgestaltend oder ergänzend an der Gesetzgebung mitwirken.

Es ist daher die in diesem Sinne, also nach Gesichtspunkten der Ausschließlichkeit, zu verstehende Kompetenzverteilung, welche es ermöglicht, dass sich die notwendige Kooperation zwischen Bund und Ländern adäquat entwickeln kann. Entgegen landläufiger Meinung stehen Kooperation und Konkurrenz, wie bereits angedeutet, nicht im Gegensatz zueinander. Ganz im Gegenteil: Eine reibungslose Kooperation verlangt als Voraussetzung eine eindeutige Kompetenzverteilung zwischen den zur Kooperation aufgeforderten Seiten. Anderenfalls würde die Auseinandersetzung um die Kompetenzen an sich eine angemessene Kooperation verhindern oder zumindest erheblich erschweren.

VII.- Einführung einer doppelten Zuständigkeit in der deutschen Verfassungsordnung

Der Gedanke einer ausschließlichen Zuständigkeit, wie er in zahlreichen Debatten um die deutsche Föderalismusreform angeklungen ist, scheint allerdings von den Verantwortlichen für die Änderung des Grundgesetzes nicht gebührend berücksichtigt worden zu sein. Wie zu sehen war, wurde anlässlich der Verfassungsreform von 2006 neben der Abschaffung der Rahmengesetzgebung (womit unzweifelhaft der Bereich einer kooperativen Gesetzgebung zwischen Bund und Ländern eingeschränkt werden sollte) eine neue Form der Gesetzgebung mit der Abweichungsgesetzgebung der Länder eingeführt. Diese mag man zwar noch sehr kategorisch unter Absatz 3 des Artikels fassen, der sich mit der Regelung der konkurrierenden Gesetzgebung befasst (Art. 72 GG), sie weist aber eigenständige Züge auf, welche sie als eigenständige Gesetzgebungskompetenz kennzeichnet. Nach diesem Artikel kann der Bund in bestimmten Materien von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch machen, soweit die Bedingungen unter Absatz 2 des Artikels 72 GG für die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes erfüllt werden. Ist ein Bundesgesetz verabschiedet, haben die Länder die Möglichkeit, davon abweichende Regelungen ohne irgendwelche weitere Voraussetzungen zu treffen. Darauf kann der Bund seinerseits eine neue abweichende Norm in den selben Materien erlassen, welche wiederum durch eine weitere Regelung eines Lands nach dem zeitlichen Kriterium des jeweils späteren Gesetzes (*lex posterior*) ersetzt werden darf, und so fort bis in alle Ewigkeit.

Unabhängig davon, dass diese neue Form der Gesetzgebung allein auf eine beschränkte Auswahl von Materien mit geringem Gewicht anwendbar ist, lässt sich nicht von der Hand weisen, dass sie als technische Norm viel zu wünschen übrig lässt, da sie zu guter Letzt beträchtliche Verwirrung unter den Bürgern darüber verursachen mag, wer nun für die

Regelung einer jeweiligen Materie zuständig ist. Ferner scheint eine abweichende Gesetzgebung unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesökonomie nicht die adäquateste Lösung zu sein, da sie eine unablässige normative Tätigkeit des Bundes und der Länder anfachen könnte, sollte eine der beiden Seiten in den unter Artikel 72,III GG aufgeführten Materien die eigene Regelung durchsetzen wollen. Ungeachtet dessen, ob solch ein Fall tatsächlich eintreten sollte, werden die Vorzüge eines solchen Verfahrens der Kompetenzverteilung durch gerade diese Tatsache diskreditiert.

Die eigentliche Relevanz einer solchen abweichenden Gesetzgebung der Länder tritt zutage, wenn man sich vergegenwärtigt, dass diese mit einem der Grundsätze des deutschen Föderalismus bricht: die Inexistenz doppelter Kompetenzen. Bis zur Verfassungsreform von 2006 war die deutsche Verfassungsordnung dadurch gekennzeichnet, dass sie eine vollständige Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern vorsah, welche folglich keinen Raum für Kompetenzlücken ließ. Eine vollständige und separate Verteilung von Kompetenzen im vorstehenden Sinn lässt nicht zu, dass ein und dieselbe Materie gleichzeitig und in gleichem Umfang von zwei unterschiedlichen Gesetzgebern, nämlich Bund und Ländern, reguliert wird. Mit dieser Maxime wird nun mit der Einführung einer abweichenden Gesetzgebungskompetenz der Länder gebrochen. Von nun an ist eine doppelte Zuständigkeit möglich. Ein etwaig daraus entstehender Konflikt lässt sich aber fortan nicht mehr durch die Anwendung des Kompetenzprinzips beilegen, wie es bislang in jedem Einzelfall möglich war. Denn der grundsätzliche Vorrang des Bundesrechts gegenüber dem Landesrecht, wie Art. 31 GG vorsieht, entbehrt einer praktischen Anwendung, da nunmehr auf die Kollisionsregel des späteren Gesetzes zurückgegriffen werden muss, welches in diesen Fällen das ältere Gesetz verdrängt, und zwar ungeachtet seiner Herkunft –von Bund oder Land– der jeweiligen Norm.

Damit wurde eine im eigentlichen Sinn konkurrierende Gesetzgebung (welche bis dahin nur dem Namen nach bestand) in die deutsche Verfassungsordnung mit der Föderalismusreform von 2006 eingeführt. Von den Problemen ihrer praktischen Anwendung abgesehen, kann sie nicht willkommen geheißen werden, stellt sie doch nach dem Standpunkt der Rechtslehre eine ausgemachte *aberratio iuris* dar, indem die Frage nach der Verantwortlichkeit verwässert wird, also genau das Gegenteil dessen, was eine Rechtsnorm bewirken sollte.

VIII.- Zuständigkeit vs. Hierarchie oder Vorrang

Der Grundsatz der Zuständigkeit, welcher eben die Beziehungen innerhalb eines dezentralisierten Staatsgebildes regelt, in dem die hoheitliche Gewalt der Gliedstaaten nicht dem Willen eines seiner Subjekte unterstellt ist, lässt sich aus gerade diesem Grund kaum mit dem Hierarchieprinzip bzw. dem normativen Vorrang einer Seite (für gewöhnlich das Bundesrecht) über die andere (die Gliedstaaten oder Länder) in Einklang bringen. Das Bezeichnende einer Hierarchie bzw. einer Vorrangstellung besteht darin, dass die Entscheidung über den Geltungsumfang der eigenen Zuständigkeit derjenigen Gebietseinheit anheim gestellt wird, deren Recht hierarchisch übergeordnet oder vorrangig ist. In letzter Konsequenz wäre dies, als würde man über den Verfassungsauftrag der Kompetenzverteilung zwischen allen Gebietseinheiten hinwegsehen, welche gerade als Bestandteile eines Bundesstaats durch die Verfassung in ihrer Gewalt einzuschränken sind.

Der prinzipielle Vorrang, der in Deutschland dem Bundesrecht gegenüber dem Landesrecht ausdrücklich in Artikel 31 GG ("Bundesrecht bricht Landesrecht"), eingeräumt wird, ermangelt einer praktischen Wirksamkeit in den Beziehungen unter den Rechtsnormen der verschiedenen Seiten des föderalen Staatsgebildes. Wie zu sehen war, werden nach der

deutschen Verfassungsordnung etwaige Normenkollisionen zwischen Bundesrecht und Länderrecht in einer Vorstufe zum vorrangigen Recht gelöst, nämlich im Wege der Zuständigkeit.

Die Arbeit des Verfassungsrichters beschränkt sich daher unweigerlich auf die Prüfung, welche der beiden Seiten ihre Gesetzgebungsbefugnis überschritten hat, um festzustellen, welche Norm die gültige ist. Diese Aufgabe kann mitunter eine hohe Komplexität erreichen angesichts der Schwierigkeit, einerseits die Grenzen zwischen verwandten Materien zu ziehen und andererseits die konkrete Reichweite einer Kompetenz abzustecken, da keine Möglichkeit einer umfassenden Regelung in der jeweiligen Materie besteht (wie im Falle der abgeschafften Rahmen- oder Grundsatzgesetzgebung). Trotz dieser Problematik müssen Normenkollisionen wohlgermerkt nach dem Zeitpunkt der Zuständigkeit gelöst werden, ohne dass der Grundsatz der Vorrangigkeit in irgendeiner Weise ins Spiel gebracht werden könnte.

Die Einführung einer abweichenden Ländergesetzgebung hat logischerweise diesen Grundsatz im deutschen Föderalismus gekippt, denn etwaige Konflikte zwischen Bundes- und Landesrecht in Materien, in denen ein Abweichungsrecht besteht, werden nun nach einem zeitlichen Kriterium gelöst, was faktisch dem Vorrang (in der Anwendung) der späteren gegenüber der älteren Norm gleichkommt.

IX.- Kompetenz vs. Konkurrenz

Auch das Verhältnis zwischen Kompetenz und Konkurrenz ist nicht frei von Konflikten. Wie wir haben feststellen können, war dem deutschen Föderalismus bis zur Verfassungsreform von 2006 der Gedanke einer doppelten Gesetzgebungskompetenz in dem Sinne fremd, dass zwei unterschiedliche Gesetzgeber, nämlich Bund und Länder, gleichzeitig für

die Regelung ein und derselben Materie in gleichem Umfang zuständig sind. Nicht einmal auf dem Gebiet der so genannten konkurrierenden Gesetzgebung bestand eine wirkliche Konkurrenz. Denn bei einem Eingriff des Bundes in Fragen, in denen er dazu aufgrund erfüllter Voraussetzungen berechtigt war, konnte er in einem Maße einschreiten, als hätte er eine ausschließliche Zuständigkeit. Der Bund vermochte also die Regelung einer Materie vollständig auszuschöpfen, ohne in der Folge den Ländern einen normativen Freiraum zu belassen. Im Gegenteil, blieb der Bund inaktiv, weil eine der Voraussetzungen nicht gegeben war oder weil er trotz erfüllter Voraussetzungen es vorzog, nicht zu intervenieren, dann waren die *Länder* in der Lage, selbst Materien in umfassender Weise zu regulieren, die dieser Gesetzgebung vorbehalten waren.

Ebenso wenig bestand eine wirkliche Konkurrenz auf Ebene der Rahmengesetzgebung und Grundsatzgesetzgebung, da sich die Zuständigkeit von Bund und Ländern von ihrem Umfang her unterschied, so sehr sie auch parallel zueinander zur vollständigen Regelung einer Materie tätig wurden.

Kompetenz und Konkurrenz waren also Konzepte, die im deutschen Föderalismus bis zur Änderung des Grundgesetzes von 2006 schwer miteinander auskamen. Nach der Verfassungsänderung jedoch, aufgrund der Einführung der sogenannten abweichenden Gesetzgebung der Länder, sollten sich die Verhältnisse merklich ändern, da von nun an –wie zu sehen war– sowohl die Länder als auch der Bund gleichzeitig zuständig sind, um ein und dieselbe Materie in identischem Umfang zu regeln, und normative Konflikte, die sich daraus ergeben mögen, nach dem Entscheidungskriterium der *lex posterior* geklärt werden.

X.- Von den rechtlichen Garantien zu den politischen Garantien des Föderalismus

Dieses Novum im deutschen Föderalismus mag man mit einem gerüttelt Maß an Skepsis zur Kenntnis nehmen, denn wie wir bereits ausgeführt haben, kann dadurch ein heilloses Durcheinander von Zuständigkeiten hervorgerufen werden, das selbst für das Demokratieprinzip Folgen haben könnte. In letzter Konsequenz bewegen sich ausschließliche Kompetenzen (ungeachtet ihres Umfangs) im Bereich der rechtlichen Garantien, da das jeweils einzuschlagende Verfahren zunächst zu bestimmen hat, wer im konkreten Fall die Zuständigkeit innehat. Dagegen entfaltet sich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz –selbst wenn etwaig entstehende Konflikte gleichfalls durch das Anlegen juristischer Maßstäbe gelöst werden (wie der Vorrang der jüngeren Regelung im Falle der abweichenden Gesetzgebung)– grundsätzlich auf dem Gebiet der politischen Garantien, da die Kontrolle über einen Eingriff (oder Nichteingriff) des Bundes oder der Länder stets von einer Ermessensentscheidung abhängt, sind doch beide Gesetzgeber jederzeit zuständig.

Dies bedingt einen einschneidenden Vorzeichenwechsel, der sich nur schwerlich in ein politisches Rechtssystem einordnen lässt, wie man es in Deutschland kennt, das bislang in der Verteilung und Begrenzung von Kompetenzen oder –was das gleiche ist– in der Verteilung der öffentlichen Gewalt zwischen den verschiedenen Bestandteilen des Bundesstaates, dem Bund und den Ländern, durch das Bemühen um juristische Präzision gekennzeichnet war, und zwar sowohl in normativen Fragen als auch in der Rechtsprechung

XI.- Einschränkung des Einflusses des Bundesrates aus Gründen der Effektivität und Demokratie

Von diesen Erwägungen zu Fragen der Kompetenz abgesehen, hat die Föderalismusreform durch die Verfassungsänderung von 2006 auch einige weitere Neuerungen mit sich gebracht, ebenso wie gleichzeitig Probleme und Tendenzen offenbar wurden, die sich im Laufe der Zeit verschärft haben und u.a. den harten Kern der Organisation öffentlicher Gewalt in Deutschland betreffen –und damit auch jedes weitere föderale Staatsgebilde, das zumindest teilweise auf einer dem deutschen Verfassungsstaat ähnlichen Grundlage aufbaut.

Deshalb ergab sich einer der zentralen Beweggründe, welche der Föderalismusreform Aufschwung gaben, aus der Notwendigkeit, den Einfluss des Bundesrates auf die Gesetzgebung, wie bereits dargelegt, einzugrenzen. Der deutsche Föderalismus war in seiner Entwicklung so weit gekommen, dass an die sechzig Prozent der Bundesgesetze unweigerlich der Zustimmung des Bundesrates bedurften. Dies versetzte das Verfassungsorgan, in dem die Landesregierungen vertreten sind, in eine privilegierte Stellung, was im Hinblick auf die Funktionsweise des Systems sowie aus der Perspektive des Demokratieprinzips bestimmte Konsequenzen hatte.

In ersterer Hinsicht zwang die notwendige Beteiligung des Bundesrates in der legislativen Praxis zu mühsamen und langwierigen Verhandlungen, welche schlimmstenfalls die Herbeiführung von Kompromissen vereitelten, so dass das betreffende Gesetz nicht beschlossen werden konnte. Oder, was nicht viel besser ist: Der herbeigeführte Kompromiss war schlichtweg ungenügend oder unvollständig, um eine befriedigende Lösung in der aufgeworfenen Frage zu liefern. Dies war besonders dann der Fall, wenn die Mehrheit des Bundestages, auf welche sich die Bundesregierung stützte, politisch anders gefärbt war als die Mehrheit im Bundesrat. In

solchen Fällen bestand stets, mal ein akutes, mal ein latentes Risiko, dass die Mehrheit ihre Macht nutzte, um Opposition zu machen, wobei das Parteiinteresse über das Interesse der Länder gestellt wurde, was, wie zu erwarten, zu schweren Verzerrungen im Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens führte.

Aus der Sicht des Demokratieprinzips lässt sich dagegen nicht übersehen, dass der Bundesrat aus Vertretern der Länderregierungen zusammengesetzt ist und damit eine weitaus geringere demokratische Legitimation innehat als der Bundestag, den die direkt von den Bürgern gewählten Volksvertreter bilden. Dass beide Verfassungsorgane bei der Beschließung der Mehrheit der Bundesgesetze auf eine gleiche Ebene gestellt werden, wie es bis zur Föderalismusreform von 2006 der Fall war, musste daher manchen Zweifel aus der Perspektive des Demokratieprinzips aufkommen lassen. Denn so sehr auch der Bundesrat konzeptionell keine zweite Kammer im strengen Sinn eines Parlaments darstellt, sondern ein Verfassungsorgan, in dem die Gliedstaaten vertreten sind, trifft gleichwohl zu, dass ihm eine überaus wichtige, ja oftmals entscheidende Rolle bei der Beschließung aller Bundesgesetze zukommt.

Dies war zwar einer der Hauptgründe für die Änderung des Grundgesetzes (eine klare Begrenzung der Bundesgesetze, die einer zwingenden Zustimmung des Bundesrates bedürfen), immerhin zielten eine Reihe der Beschlüsse unmissverständlich in diese Richtung. Allerdings dürfen andere nicht übersehen werden, die kurioserweise genau in entgegengesetzte Richtung zielen. Demnach bedürfen Bundesgesetze, welche die finanziellen Verpflichtungen der Länder erhöhen, nach der Föderalismusreform der notwendigen Zustimmung des Bundesrates zu ihrer Beschließung. Insgesamt scheint die Verfassungsreform zumindest in quantitativer Hinsicht eine beträchtliche Verringerung der Gesetze bewirkt zu haben, die eine notwendige Zustimmung des Bundesrates bedürfen.

XII.- Von der „Entparlamentarisierung“ zur „Re-Parlamentarisierung“ des öffentlichen Lebens

Diese Frage reiht sich indes in eine tiefer und weiter greifende Debatte ein, die mit der Krise des Parlamentarismus unserer Demokratien infolge der beherrschenden Stellung einhergeht, welche darin die politischen Parteien spielen, indem sie in den Gesetzgebungsorganen und letztlich in den Regierungen eine nahezu absolute Kontrollgewalt ausüben. Dies hat zu einer völligen Verschiebung der Rolle geführt, die theoretisch den jeweiligen Gewalten anvertraut wurden, so dass sich gegenwärtig kaum verneinen lässt, dass es die Regierungen sind, welche vermittels der politischen Parteien die Parlamente kontrollieren oder zumindest die Mehrheit in den jeweiligen Volksvertretungen.

Diese Krise des Parlamentarismus findet ihr Spiegelbild in den sich ausbreitenden Organen, welche entgegen ihrer geringfügigen Beteiligung gelegentlich mit Befugnissen walten, die denen der Plenarsitzung desselbigen Parlaments gleichen (wie im Fall des Vermittlungsausschusses). Was den Bundesrat betrifft, welcher zwar kein Gesetzgebungsorgan im eigentlichen Sinne ist, findet sich das deutlichste Beispiel dafür in der Europakammer wieder, welche in ihrer Zusammensetzung zahlenmäßig weitaus reduzierter ist als das Verfassungsorgan, von dem es abhängt, aber dessen ungeachtet in so transzendentalen Fragen wie im Europarecht Entscheidungen treffen kann, als handele es sich um den Bundesrat, und dies sogar auf brieflichem Wege.

Um Abhilfe in einer solchen Situation zu schaffen, die mit dem signifikanten Schlagwort der „Entparlamentarisierung“ übertitelt wurde, werden Stimmen in der deutschen Rechtslehre laut, die für eine

Gegenbewegung der „Re-Parlamentarisierung“ des öffentlichen Lebens eintreten, welche vorrangig in einer gestärkten Rolle des Bundestages als eigentlicher Volksvertretung Gestalt annehmen soll. Dies soll zu Lasten des Bundesrates geschehen, dessen Aufgabe verstärkt auf die Zustimmung in den Gesetzgebungsverfahren bei jenen Bundesgesetzen gerichtet sein soll, welche den Zuständigkeitsbereich der Länder unmittelbar und wesentlich betreffen.

Gleichzeitig wurde als Alternative eine Stärkung der Verfahren der direkten Demokratie vorgeschlagen –und dies nicht nur auf Bundesebene, sondern auch auf Länderebene, sowie Verbesserungen im Wahlrecht, welches eine engere Bindung zwischen den letzten Trägern der öffentlichen Gewalt und ihren Vertretern bewirken soll, um auf diese Weise die Möglichkeiten einer Verfälschung des Volkswillens infolge eines Übergewichts von Parteiinteressen zu mindern. Auch wurde die Notwendigkeit einer Verbesserung der demokratischen Abläufe in den politischen Parteien selbst deutlich, als erster Schritt im Bemühen um eine bessere Integration der Parteien im institutionellen und organisatorischen Geflecht des Staats. Denn die Parteien sind, wie wir gesehen haben, zunehmend die eigentlichen Hauptakteure der deutschen parlamentarischen Demokratie, und nicht die den Volkswillen bzw. die Regionalinteressen repräsentierenden Verfassungsorgane –Bundestag und Bundesrat,.

XIII.- Verteilung und Verflechtung von Verantwortlichkeiten im Europarecht

Auch was die Beteiligung der Länder bei der Setzung des Europarechts betrifft, hat die Verfassungsreform von 2006 manche Neuerung eingeführt. Insbesondere in der sogenannten „aufsteigenden Phase“ wurden die Einflussmöglichkeiten der Länder bei der

Entscheidungsfindung auf europäischer Ebene gleichzeitig eingegrenzt und in jenen Aspekten gestärkt, die in direkterem Zusammenhang mit ihrer „Kulturhoheit“ (Bildung, Kultur und Rundfunk) stehen. Von nun an ist der Bund verpflichtet, die Ausübung der Rechte, welche der Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedsstaat der Europäischen Union gebühren, einem vom Bundesrat bestellten Vertreter der Länder zu übertragen. Dies hat selbstredend in Abstimmung mit der Bundesregierung zu erfolgen, da der Bund schließlich gegenüber den europäischen Behörden für den gesamten Staat Rechenschaft ablegt.

Hinsichtlich der sogenannten „absteigenden Phase“ sieht die allgemeine Regel vor, dass die Last einer Nichterfüllung der überstaatlichen Verpflichtungen von derjenigen Seite zu tragen sind, welche die Nichterfüllung nach Maßgabe der internen Ordnung zur Kompetenzverteilung zu verantworten hat. Gleichwohl wird diese Grundregel für die Verantwortungsübernahme bei etwaigen Finanzkorrekturen der Europäischen Union durch den Solidaritätsgrundsatz für Bund und Länder im Falle eines Verstoßes durch ein Bundesland aufgefangen.

Ähnlich verfahren wird auch auf dem Gebiet der Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland in Fragen der Haushaltsdisziplin nach dem Stabilitäts- und Wachstumspakt von 1997. Im Falle einer Verletzung der Haushaltsdisziplin haftet der Bund zu 65 % der entstandenen Lasten und die Länder für die verbleibenden 35 % (mit einer Abstufung nach dem Verursachungsbeitrag der jeweiligen Länder). Es handelt sich damit um eine objektive Regel zur Bestimmung der Haftung, welche aber kaum zur Verwirklichung eines der Ziele für die Föderalismusreform beiträgt: nämlich einer präziseren Bestimmung der eigenen Verantwortlichkeiten von Bund und Ländern vor allem den Bürgern gegenüber. Die Einführung dieser Regelung war deshalb auch nicht frei von Kritik und Einwänden.

XIV.- Die Abkopplung von Einnahmen und Ausgaben bleibt weiterhin von der Finanzverfassung ausgeklammert, im Gegensatz zur Haushaltsdisziplin

Die dargelegten Reformen zu Kompetenzen und Institutionen würden zu kurz greifen, würde man ihnen nicht auch finanzielle Reformen zur Seite stellen, die ihnen zu mehr Geltung verhelfen. Daher folgte der Föderalismusreform von 2006 eine weitere Verfassungsänderung im Jahr 2009, mit der eine Neuordnung der Finanzbeziehungen zwischen Bund und Ländern bewerkstelligt werden sollte. Über Grundsatzklärungen hinaus ist die zweite Föderalismusreform eher bescheiden ausgefallen, ließ sie doch die wesentlichen Aspekte in den Finanzbeziehungen außen vor. Dies gilt im Besonderen für die Ordnung der Kompetenzen von Bund und Ländern in steuerlichen Belangen, in denen namentlich die Haushaltsautonomie und damit auch die Steuerautonomie von Bund und Ländern zum Ausdruck kommt.

Letztlich war es nicht möglich, den Grundsatz zu verwirklichen, welcher als Maßstab in Fragen dieser Art in einem dezentralisierten Staat dienen sollte: das Prinzip der Verknüpfung von Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Hand. Nur wenn jeder der Beteiligten in den föderalen Beziehungen für die in erster Linie über Steuern erzielten Einnahmen verantwortlich ist, besteht eine Gewähr dafür, dass eine Verantwortung für die Ausgaben übernommen wird

Dagegen kam man weiter in der Festschreibung der Haushaltsstabilität als verfassungsmäßigen Grundsatz, welcher als solcher im Text des Grundgesetzes seinen Niederschlag fand. Dies geschah allerdings in einer Weise, die nicht unbestritten blieb. So wurde in Frage gestellt, ob die Festsetzung der für den ordentlichen Gesetzgeber –also für Bund und

Länder- unüberbrückbaren Schuldengrenzen, welche eine Umsetzung von Politiken verhindern, die durch Anhebung staatlicher Ausgaben der Begegnung einer wirtschaftlichen Stagnation oder Rezession dienen, tatsächlich sinnvoll ist. Jedenfalls überschreitet die Maßnahme gegenwärtig den Anwendungsbereich eines Mitgliedsstaats der Europäischen Union und begibt sich zwangsweise auf das Gebiet der europäischen Rechtssetzung. Es darf allerdings nicht außer acht gelassen werden, dass sich gerade die deutsche Regierung besonders dafür verwendet hat, dass dies so geschieht.

XV.- Die Bundesrepublik Deutschland bleibt ein „föderaler Einheitsstaat“

Die in dieser Arbeit behandelten Verfassungsreformen und vor allem die Föderalismusreform von 2006 hat trotz ihrer Transzendenz und Tragweite keine wirkliche Änderung im Modell des deutschen Föderalismus bewirkt. Die Bundesrepublik Deutschland bleibt weiterhin ein „föderaler Einheitsstaat“, in dem die Fortschritte zur Klarstellung der Verteilung und Begrenzung verfassungsgemäßer Kompetenzen zwischen Bund und Ländern dazu beitragen, dass sich die für ein reibungsloses Zusammenspiel des gesamten Systems weiterhin unerlässliche Kooperation zwischen ihnen wirksamer und demokratischer gestaltet.

