www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica

ISSN:1698-4889

Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Nº 6, Julio - Diciembre de 2006

6

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Número 6, Julio - Diciembre de 2006

Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Europäisches Verfassungsrecht Zeitschrift
Rivista di Diritto Costituzionale Europeo
Revista de Direito Constitucional Europeu
European Constitutional Law Review

Revista de Derecho Constitucional Europeo

Revue du Droit Constitutionnel Européen
Revista de Dret Constitucional Europeu
Europako Konstituzio Zuzenbidearen Aldizkaria
Revista de Dereito Constitucional Europeo

Nº 6

Julio-Diciembre de 2006

La reforma del federalismo alemán

JUNTA DE ANDALUCIA

Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Consejo de Dirección
Joaquín Castillo Sempere, Julia Serrano Checa, María Ángeles López Pardo,
Francisco Balaguer Callejón, Gregorio Cámara Villar, José Antonio Montilla Martos

Director: Francisco Balaguer Callejón
Secretario: José Antonio Montilla Martos **Secretarios Adjuntos:** Miguel Azpitarte Sánchez,
Ricardo Martín Morales, Juan F. Sánchez Barrilao
Sección de Jurisprudencia: Gregorio Cámara Villar
Sección de Legislación: María Luisa Balaguer Callejón
Editores: Ángel Rodríguez, José María Porras Ramírez, José A. Marín Gámez, Baldomero Oliver León,
Enrique Guillén López, Concepción Pérez Villalobos, Ramón Orza Linares, María Dolores Martínez Cuevas,
Adoración Galera Victoria

Consejo Asesor
Presidente de Honor: Peter Häberle
Presidente: Carlos de Cabo Martín

Vocales:
Ricardo Alonso García, Miguel Ángel Aparicio Pérez, Xavier Arbós Marín, Rainer Arnold, José Asensi Sabater,
Mercé Barceló Serramalera, Javier Barnés Vázquez, Rafael Barranco Vela, Paola Bilancia, Roberto Blanco
Valdés, Carmen Calvo Poyato, Antonio Cantaro, Antonio Cervati, Manuel Contreras Casado, Javier Corcuera
Atienza, Pedro Cruz Villalón, José Francisco Chofre Sirvent, Ricardo Chueca Rodríguez, Antonio D´Atena,
Francesc de Carreras Serra, Francisco del Río Muñoz, Jaqueline Dutheil de la Rochère, Teresa Freixes
Sanjuán, Miguel Ángel García Herrera, Manuel Gerpe Landín, José Joaquim Gomes Canotilho, Yolanda
Gómez Sánchez, Tania Groppi, Christian Hillgruber, Javier Jiménez Campo, Markus Kotzur, Fulco Lanchester,
Diego J. Liñán Nogueras, Juan Fernando López Aguilar, Alberto López Basaguren, Antonio López Castillo,
Francisco López Menudo, Antonio López Pina, Jörg Luther, Gonzalo Maestro Buelga, Stelio Mangiameli, Miguel Martínez Cuadrado, Didier Maus, Lothar Michael, Lucía Millán Moro, Martin Morlok, Alessandro Pace,
Miguel Pasquau Liaño, Ingolf Pernice, Alessandro Pizzorusso, José Antonio Portero Molina, José Carlos
Remotti Carbonell, Paolo Ridola, Gil C. Rodríguez Iglesias, Giancarlo Rolla, Roberto Romboli, Carlos Ruiz
Miguel, Modesto Saavedra López, Remedio Sánchez Férriz, Sixto Sánchez Lorenzo, Antonio Torres del Moral,
Alejandro Valle Gálvez, Jaume Vernet i LLobet, Eduardo Vírgala Foruria, Gustavo Zagrebelsky

Edita
Instituto Andaluz de Administración Pública

AENOR ER Empresa Registrada ER-1420/2002

Gestión de Publicaciones en materias
de Administraciones Públicas

Dirección postal y electrónica:
Revista de Derecho Constitucional Europeo, Departamento de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho, Plz. de la Universidad s/n, 18001-Granada, redce@ugr.es
Telfs. 958243451, 958243455, 958246292

ISSN: 1698-4889 Depósito Legal: GR-1316-2004
Imprime: Lozano Impresores, S.L.L.

Suscripción anual (2 números): 30 € (IVA incluido)
Número suelto: 20 € (IVA incluido)
Pedidos y suscripciones: Instituto Andaluz de Administración Pública,
Servicio de Documentación y Publicaciones
C/ Ramón y Cajal, nº 35, 41071 - Sevilla
Telf. 955042400 Fax: 955042417
www: juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica
email: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es

SUMARIO

Revista de Derecho Constitucional Europeo

Número 6, Julio-Diciembre de 2006

ISSN: 1698-4889

PRESENTACIÓN

Francisco BALAGUER CALLEJÓN 5

ESTUDIOS

Lothar MICHAEL: El Estado federal experimental 11

Andrea DE PETRIS: La reforma del ordenamiento federal en Alemania: "Ende gut, alles gut" 31

Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ: Sentido y alcance de la reforma del federalismo alemán 65

Stefan OETER y Julia WOLFF: La posición del Bundesrat tras la reforma del federalismo 99

Rafael NARANJO DE LA CRUZ: La reforma del sistema de atribución de competencias en la Ley Fundamental 125

María Ángeles MARTÍN VIDA: La reforma del federalismo alemán. Cambios en el reparto material de competencias entre la Federación y los Länder 161

Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES: El federalismo alemán ante la integración europea 195

Cristina ELÍAS MÉNDEZ: La reforma de la Constitución financiera en Alemania: una reforma pendiente 223

ARTÍCULOS

Paola BILANCIA: Las nuevas fronteras de la protección multinivel de los derechos 255

Eduardo VÍRGALA FORURIA: Los actos no legislativos en la Constitución Europea 279

Eleonora CECCHERINI: La igualdad de sexos en la representación política: la experiencia italiana 325

PERFILES

José Luis MONEREO PÉREZ: Fascismo y crisis política de Europa: crítica del fascismo en Hermann Heller (Primera parte) 357

TEXTOS CLÁSICOS

Konrad HESSE: El Estado federal unitario 425

JURISPRUDENCIA

Markus KOTZUR: Libertad de conciencia frente al deber de obediencia a las órdenes recibidas en el ejército, o la guerra de Irak bajo el control de los tribunales contencioso-administrativos 459

LEGISLACIÓN

María Luisa BALAGUER CALLEJÓN: Crónica de legislación europea .. 477

PRESENTACIÓN

El número 6 de la *Revista de Derecho Constitucional Europeo* se publica en un momento de continuada crisis de la Unión Europea y del proyecto de reforzamiento de la integración política que supone el Tratado Constitucional. Una crisis de la que tenemos que ser conscientes todos los europeístas pero en la que muchos nos negamos a recrearnos. Por el contrario, la reivindicación de la propuesta federal para Europa debe seguir siendo una guía para fundamentar la convicción de que Europa tiene que dar un paso sustantivo hacia delante en el plano constitucional.

Con esa convicción dedicamos la parte monográfica de este número al análisis de la reforma del federalismo alemán. Una parte monográfica que no debería requerir justificación alguna en una revista de Derecho constitucional europeo. No obstante, pensamos que esa justificación es procedente en un doble orden de consideraciones. El primero de ellos, de carácter metodológico, referido al Derecho constitucional europeo como disciplina científica y académica. El segundo de ellos, de carácter sustantivo, referido al contenido de esa disciplina.

En el primer orden de consideraciones no podemos dejar de destacar que en un constitucionalismo multinivel, como el que hoy se está implantando en el ámbito europeo, todos los niveles constitucionales están relacionados dialécticamente entre sí. Desde esa perspectiva, no podemos considerar al Derecho constitucional europeo sólo como el, todavía en formación, Derecho constitucional de la Unión Europea. En sentido estricto esto es así, y por ese motivo esta revista está orientada básicamente a ese nivel de investigación y análisis. No obstante, en sentido amplio, por Derecho constitucional europeo debemos entender también los otros niveles constitucionales que interaccionan entre sí y con el Derecho constitucional de la Unión Europea. En los Estados miembros con estructura territorial descentralizada, junto al nivel constitucional estatal existe un nivel constitucional territorial (Länder, Regiones, Comunidades Autónomas) que puede contribuir también al desarrollo del Derecho constitucional estatal así como (indirectamente, de manera normal) del Derecho constitucional europeo.

Las recientes reformas territoriales en España son una buena muestra de esta interacción. En los nuevos Estatutos de Cataluña y de Andalucía se contienen más de cincuenta referencias a Europa y a la Unión Europea en cada uno de ellos (frente a ninguna en los Estatutos anteriores). Muchas de esas referencias están inspiradas en el Tratado Constitucional, evidenciando su capacidad de irradiación y su vigencia indirecta. Y es que la construcción del Derecho constitucional europeo es una tarea de todos y ningún nivel constitucional debe dejar de ser considerado relevante en esa tarea común.

Desde el punto de vista del contenido de esta nueva disciplina no podemos dejar de valorar la trascendencia que para la construcción federal de Europa tienen determinados modelos constitucionales que han servido de referente a muchos ordenamientos europeos. Somos conscientes de que la propia idea federal ha retrocedido mucho en el debate doctrinal y político europeo de los últimos años. Sin embargo, no podemos compartir el entusiasmo con el que en algunos círculos se pretende innovar mediante nuevas fórmulas políticas de integración superadoras de los instrumentos constitucionales conocidos. El resultado de esas experimentaciones lo único que ha evidenciado hasta ahora es un gran déficit de legitimidad democrática y una repercusión negativa sobre los derechos de la ciudadanía europea. Incorporar el federalismo a la Unión Europea y superar esquemas caducos que han cumplido con éxito su función histórica, pero que son manifiestamente incapaces para afrontar los actuales retos de Europa, es también una vocación específica de los constitucionalistas europeos.

Teniendo en cuenta las pautas anteriores, se comprenderá por qué hemos dedicado la parte monográfica de este número a la reciente reforma del federalismo en Alemania. A través de ocho estudios de constitucionalistas de Alemania (Lothar Michael, Stefan Oeter, Julia Wolff, María Ángeles Martín Vida), Italia (Andrea de Petris) y España (Ignacio Gutiérrez, Rafael Naranjo, Jorge Alguacil, Cristina Elías) se ofrecen perspectivas generales sobre esa reforma así como análisis específicos de sus distintas vertientes: institucionales, competenciales y financieras. También dedicamos al federalismo la sección de textos clásicos, con el trabajo del recientemente desaparecido Konrad Hesse, maestro de constitucionalistas europeos (Ver la dedicatoria de Peter Häberle en *ReDCE*, nº 3, Enero-Junio de 2005, páginas 293-297) sobre <<El Estado federal unitario>>, traducido por Miguel Azpitarte.

La sección de artículos contiene reflexiones de diversa naturaleza sobre los derechos fundamentales en un sistema de protección multinivel (Paola Bilancia), sobre los actos no legislativos en la Unión Europea (Eduardo

Vírgala) y sobre la paridad de género en la representación política (Eleonora Ceccherini). La sección de Perfiles incluye la primera parte de un trabajo muy denso y muy interesante de José Luis Monereo sobre Hermann Heller. La segunda parte se publicará en el número 7 de la *ReDCE*, con los correspondientes enlaces que permitan una lectura integrada en la versión electrónica. Por último, las secciones de legislación (María Luisa Balaguer) y de jurisprudencia (Markus Kotzur) completan este número desde distintas temáticas, que van desde la paridad de género a la objeción de conciencia.

Como siempre, la última parte de esta presentación está destinada a agradecer a las instituciones que patrocinan la *ReDCE* su contribución al éxito de este proyecto, que entra ya en su cuarto año de existencia. En especial, al Instituto Andaluz de Administración Pública que edita la revista. También, en el ámbito de Andalucía, al Grupo de Investigación <<Andalucía, la Unión Europea y el Estado Social>> y al Proyecto de Investigación de Excelencia <<Las reformas constitucionales y estatutarias en el marco de la Unión Europea>>. Igualmente, en el ámbito estatal, al Proyecto de Investigación <<El proceso de constitucionalización de la Unión Europea>>. Por último, en el europeo, a la Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo adscrita a la Universidad de Granada.

Francisco Balaguer Callejón

ESTUDIOS

EL ESTADO FEDERAL EXPERIMENTAL

Lothar Michael*
Traducido del alemán por Juan Luis Fuentes Osorio

SUMARIO

1.- Introducción: la necesidad de la teoría del Estado federal y de su transformación.
2.- Primera parte: explicación y crítica de las teorías del Estado federal.
3.- Segunda parte: evolución del Estado federal unitario al experimental.
4.- Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE LA TEORÍA DEL ESTADO FEDERAL Y DE SU TRANSFORMACIÓN

La reforma del Estado federal de 2006 no sólo plantea numerosas cuestiones sobre su constitucionalidad, también modifica las estructuras fundamentales del Estado federal: su configuración en la Ley Fundamental de 1949 se convirtió en un concepto específico cuando fue recogida por Konrad Hesse en el modelo del «Estado Federal unitario»[1]. Las modificaciones de la estructura federal realizadas hasta el momento han ampliado ese modelo unitario con elementos cooperativos (1969: arts. 91a y b GG) y lo han modificado con elementos de subsidiariedad (1994: arts. 72.2, 93.1.2a GG). Las modificaciones previstas en la reforma del Estado federal

* Catedrático de la Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

[1] K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, (1962); sobre la unitarización del Estado federal en el periodo Weimar vid. R. SMEND, "Verfassung und Verfassungsrecht", in Smend: *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3ª edición, 1994, p. 119 (269).

de 2006 (incluso teniendo en cuenta que únicamente afectan a la cuestión de modo parcial e incompleto, sobre todo en lo relativo a la financiación federal) no se pueden presentar como expresión de un «Estado federal unitario». Éstas, especialmente las «competencias de divergencia» (Abweichungskompetenzen) de los Länder (arts. 72.3 y 84.1.2 GG nueva redacción), tienen que ser más bien comprendidas como expresión de un «modelo de Estado federal experimental». En consecuencia, se puede describir al Estado federal alemán como un Estado federal predominantemente unitario con elementos cooperativos y subsidiarios y, desde ahora, también experimentales. La transformación del Estado federal unitario puro en el Estado federal experimental se describirá en la segunda parte.

Con frecuencia se ha reprochado a las teorías del Estado federal bien que no son útiles, bien que han enmarañado la dogmática constitucional sin estar, empero, suficientemente ancladas en el Derecho constitucional vigente[2]. Al respecto, tendríamos que hacernos la siguiente pregunta: ¿qué estudian y qué finalidad tienen las teorías del Estado federal?[3] Esta cuestión no ha recibido una respuesta uniforme en todas las teorías del Estado federal, hecho por el que deben ser objeto de explicación y crítica.

2. PRIMERA PARTE: EXPLICACIÓN Y CRÍTICA DE LAS TEORÍAS DEL ESTADO FEDERAL

2.1. Fines de las teorías del Estado federal y sus influencias

2.1.a) Descripción y conceptualización

El punto de partida de buena parte de las teorías del Estado federal es la descripción del fenómeno y su específica historicidad[4]. En el centro de estas teorías se encuentra siempre el concepto de «Estado federal»[5]. La función conceptual de la teoría del Estado federal se diferencia desde el principio de sus consecuencias (igualmente normativas)[6]. Estos conceptos,

---

[2] A. HANEBECK, *Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes*, 2004, pp. 37 y ss.

[3] F. SCHILLER, *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Universalgeschichte?* (Lección inagural, Jena 1789); M. MORLOK, *Wozu und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, 1988.

[4] B. GRZESZICK, *Vom Reich zur Bundesstaatsidee*, 1996, pp 21 y ss.

[5] B. GRZESZICK, op. cit., pp. 21 y ss.

[6] Vid. con claridad en ese sentido E. SARCEVIC, *Das Bundesstaatsprinzip*, 2000, pp. 54, 256

indiscutidos en el ámbito del Estado federal (como por ejemplo la nacionalidad o la soberanía), son eventualmente los flancos de argumentos dogmático-constitucionales[7]. La provocativa cuestión sobre si la impronta unitaria de Ley Fundamental especialmente se refiere a un Estado federal o, «encubriendo el abandono del federalismo», realmente a un «Estado unitario de facto»[8] [9], debería cesar con la reforma federal de 2006. La República Federal siempre ha sido un auténtico Estado federal. Esta afirmación queda confirmada por el hecho de que la reforma de 2006 sea un compromiso compensatorio entre Estado y Länder. La reforma, con sus elementos experimentales, es una reconfiguración y no una reintroducción del Estado federal.

2.1.b) Niveles de organización territorial en el derecho constitucional comparado

La teoría del Estado federal se utiliza para distinguir, por un lado, al regionalismo del federalismo; por otro, al Estado federal del Estado confederal. Esta separación conceptual abre perspectivas de comparación de los diferentes niveles entre sí, incluso planteando cuestiones sobre la transferencia parcial de elementos de la teoría del Estado federal al regionalismo o a la estructura de la Unión Europea. De este modo las teorías del Estado federal pueden tener consecuencias ambivalentes. Ello dependerá de si sus elementos deben tener específicamente vigencia y sólo en el Estado federal o si pueden ser trasladados a otros sistemas con varios niveles. Las teorías del Estado federal también aportan fundamentos para la comparación constitucional[10]. Esta comparación no sólo es valiosa entre los diferentes Estados federales sino también entre aquellos países que se encuentran a caballo entre el regionalismo y el federalismo, a saber, España e Italia. Se espera y desea que el paso de un Estado federal unitario a otro experimental encuentre atención también fuera de Alemania.

2.1.c) Propósitos de política constitucional

Algunas teorías del Estado federal, por ejemplo el federalismo de competencia, se vinculan a exigencias político (-constitucionales). Y es que los

---

[7] Ch. MÖLLERS, *Der Staat als Argument*, 1999.

[8] A. BLECKMANN, *Demokratieprinzip*, 1998, p. 173.

[9] G. PÜTTNER, "Vierzig Jahre Grundgesetz – vierzig Jahre Föderalismus", en K. W. NÖRR (ed.): *40 Jahre Bundesrepublik*, 1990, p. 71 (74 y s.).

[10] Vid. sobre una teoría mixta del Estado federal en el marco de la teoría constitucional: P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª edición, 1998, pp. 776 y ss.

límites entre el Derecho constitucional y la política constitucional pueden estar muy diluidos. Piénsese en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el art. 72.2 GG en su redacción de 1994, que influyó de forma decisiva en la disposición al compromiso de la Federación en la reforma de asunto federal. No obstante, las exigencias político-constitucionales se deben distinguir tanto de las cuestiones de dogmática constitucional como de las cuestiones sobre la reforma de la constitución. Así, las conclusiones del Tribunal Constitucional alemán sobre la reforma de 1994 tuvieron el carácter de un juicio de constitucionalidad: se fundaron en la competencia expresa del art. 93.1.2a GG. La teoría que aquí se expone, sobre el Estado federal experimental, no pretende ser una exigencia de superación del refuerzo (previsto y logrado con la reforma-federal de 2006) de las competencias de los Länder y la diversidad jurídica que ello tiene como consecuencia.

2.1.d) Cuestiones dogmáticas sobre los límites de una modificación constitucional

Un desafío especial para la teoría del Estado federal es el art. 79.3 GG, que sustrae a la modificación constitucional los «principios» del art. 20 GG y, con ello, igualmente el «Estado federal». Esta norma, como específico Derecho constitucional alemán, no es remisión global alguna a un principio del Estado federal supraestatal o predeterminado. Ahora bien, tampoco puede ser obtenida de la conformación concreta del principio del Estado federal en la Ley Fundamental, cuya modificación en verdad no excluye sino que sólo limita. Aquí, los conceptos, la legitimación, cuestiones de política constitucional y de constitucionalidad aparecen como en un espejo ustorio donde se concentran las teorías generales y especiales del Estado federal. El Derecho constitucional sólo puede cumplir su función protectora si pone a prueba su capacidad de adaptación. Ello vale igualmente para el principio del Estado federal para cuya conformación la misma «cláusula de eternidad» del art. 79 GG deja un espacio de juego. Precisamente, el principio del Estado federal refleja, en circunstancias ideales, el correspondiente Estado de integración[11] de la comunidad. Dicho Estado de integración está sujeto per se a un constante cambio. El último, sin embargo, fue dirigido por la fuerza normativa del Derecho constitucional (Konrad Hesse). De este modo Derecho constitucional e historicidad se interrelacionan recíprocamente.

[11] Sobre el efecto integrador del Estado federal vid. fundamentalmente SMEND, (nota 1), p. 119 (225, 268 y ss.).

2.1.e) La legitimidad del Estado constitucional

¿Se puede considerar que la cuestión relativa a la legitimación constitucional del federalismo es puramente académica sobre todo si se tiene en cuenta que la supresión del principio de Estado federal no es posible según el art. 79.3 GG? ¿Acaso una justificación, en cierto modo «defensiva», del Estado federal confirma únicamente un profundo escepticismo de la teoría del Derecho del Estado[12] frente al Estado federal? No, especialmente porque cuando se pondera el principio del Estado federal con otros principios constitucionales, semejantes motivos de legitimación y su concreta afectación pueden ser decisivos. Una perspectiva eventualmente «más positiva» del federalismo puede, como preconcepción, marcar la dogmática y la política constitucional. Así, quedarían a la vista frutos de la teoría de la legitimación del federalismo con la reforma del Estado federal de 2006, que busca renovar y reforzar el federalismo. Tres motivos de legitimación se sitúan en el primer plano. En primer lugar, el federalismo refuerza la libertad cultural en la medida en que se constitucionaliza la variedad regional. Además, en el ámbito estatal sirve para la protección de las minorías y crea requisitos de integración ciudadana ya que la formación de la mayoría cambia regionalmente. En segundo lugar, el federalismo sirve a la realización de la autodeterminación democrática en un sistema de diferentes niveles de ordenación territorial. Igualmente en este punto encaja la ventaja de la flexibilización de la concurrencia de ideas. En tercer lugar, a través de la descentralización el federalismo alcanza una división adicional, en este caso «vertical», de los poderes. Por consiguiente, no sólo significa un freno de la actividad estatal, lo que a veces se ha reprochado al Estado federal, sino que también posibilita, en el sentido de una adscripción funcional de los poderes, un reparto más efectivo (en cuanto descentralizado) de las competencias.

2.2. Teorías generales del Estado federal

Las teorías generales del Estado federal recogen fenómenos comunes a los Estados federales. Como elementos de esas teorías generales se señalan no sólo los necesarios criterios conceptuales, también aquellas categorías que, aunque se hallan en la base de cualquier Estado federal, luego en la conformación concreta se realizan en diversa medida o en diversa forma. Ello vale especialmente para las dimensiones culturales y

[12] Vid. HANEBECK, (nota 2), pp. 66 y s., 74 y s.

competitivas del federalismo. En ese sentido, las teorías generales del Estado federal son algo más que una simple aportación a la teoría general política y constitucional.

2.2.a) Teorías de la plurinacionalidad, de la soberanía o autonomía constitucional

El concepto de «Estado federal» está vinculado a una determinada cualidad de los dos niveles de un sistema multinivel. Si el nivel «inferior» no posee esta cualidad entonces hablamos de regionalismo. Si es el nivel superior, en cambio, el que carece de esta cualidad, se trata de una confederación de Estados. La discusión en torno a qué caracteriza conceptualmente al Estado federal está en los orígenes de la teoría política y constitucional. Ya desde el comienzo de la teoría alemana del Derecho político, con la constitucionalización de la nacionalidad soberana en el siglo XIX, produjo quebraderos de cabeza aclarar cómo dos niveles de un Estado federal podían ser ambos estatales y soberanos. Ahora se encuentran cada vez más opiniones (por cierto, en cierta medida de forma paralela a las cuestiones sobre la constitucionalización de los Estados miembros de la UE) que se desprenden de los conceptos de nacionalidad y de soberanía[13]. Con independencia de la cualidad de Derecho del Estado de los diferentes niveles se puede utilizar la teoría, igualmente discutida en Derecho administrativo[14], de la relación jurídica[15], la cual desde luego tiene una naturaleza predominantemente heurística[16]. Un pilar más relevante, quid de la cualidad de los ordenamientos federales, será la autonomía constitucional. Mientras que las regiones y los entes locales únicamente tienen una autonomía derivada (del mismo modo que la UE únicamente puede otorgar una Constitución por la vía del acuerdo entre los Estados miembros), en un Estado federal la Federación y los Länder tienen autonomía constitucional.

---

[13] U. SCHEUNER, DÖV 1962, pp. 641 y s.; S. KORIOTH, *Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern*, 1997, pp. 93 y s.; HANEBECK, (nota. 2), pp. 43 y ss.

[14] P. HÄBERLE, "Das Verwaltungsrechtsverhältnis", en P HÄBERLE: *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, pp. 248 y ss.; N. ACHTERBERG, *Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung. Grundlegung der Rechtsverhältnistheorie*, 1982; Th. FLEINER-GERSTER/T. ÖHLINGER /P. KRAUSE, "Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung", VVDStRL 45 (1987), pp. 152 y ss.; R. GRÖSCHNER, *Das Überwachungsrechtsverhältnis*, 1992, pp.142 y ss.; J. PIETZCKER, *Die Verwaltung* 30 (1997), pp. 281y ss.; Th. V. DANWITZ, pp. 339 y ss.

[15] H. BAUER, *Bundestreue*, 1992, pp. 269 y s.; 278 y ss.

[16] E. SCHMIDT-AßMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2ª edición, 2004, p. 302.

Éste se halla, por otro lado, limitado por el principio de homogeneidad, que, a su vez, tiene su simétrico en el Derecho de la UE. El refuerzo de las competencias de los Länder en el Estado federal experimental permitirá reforzar la importancia del Derecho constitucional de los Länder.

2.2.b) Teorías del Estado federal según su finalidad: federalismo cultural y de concurrencia

Los fines y causas de legitimación del Estado federal también pueden ser un punto de partida apropiado de las teorías del Estado federal. Me refiero, en concreto, a la diversidad cultural, por un lado, y a la concurrencia tanto económica como ideal, por otro lado. El Estado federal experimental reforzará precisamente la diversidad cultural y la concurrencia de los Länder. El refuerzo del federalismo cultural y de concurrencia[17] consiste en que proporciona argumentos que resuelven cuestiones jurídicas dudosas. Con ello se corre, empero, el peligro de que lo deseado político-constitucionalmente se superponga al derecho constitucional vigente en ese ámbito concreto, piénsese por ejemplo en el convenio financiero[18]. La historia alemana se encarga de probar que el federalismo cultural no sólo es un fenómeno condicionado históricamente, sino que por el contrario también es un ejemplo para la conformación de la realidad a través del Derecho y así un principio de la teoría general constitucional. El federalismo cultural puede preservar, e igualmente crear, la diversidad cultural. En verdad, la identidad cultural de los Länder ya no se puede comparar con la «marcada individualidad» de los Estados particulares de 1871[19]. En verdad, el carácter actual viene condicionado a veces por las circunstancias casuales del periodo de ocupación. No obstante, a partir de estas perturbaciones han crecido nuevas identidades culturales. Así, la ruptura de Prusia ha tenido un efecto positivo sobre la estructura del Estado federal. Incluso la historia del periodo de postguerra produce, como proceso cultural, productos nacionales, dentro de los que también se puede incluir (sobre todo si se ve como un esfumado cultural) la integración de los refugiados. Evidentemente, el federalismo cultural también está históricamente marcado: la nueva conforma-

---

[17] H. SCHATZ/ R. CHR. V. OOYEN/ S. WETHES, *Wettbewerbsföderalismus*, 2000; A. OTTNAD/ E. LINNARTZ, *Föderaler Wettbewerb*, 1997.

[18] Vid. la argumentación del recurrente en la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán: BVerfGE 101, 158, 198 (*Finanzausgleich* III); críticos H. P. BULL, DÖV 1999, p. 269 (273 y s.); J. P. SCHNEIDER, *Der Staat* 40 (2001), p. 272 (281 y ss.), (287 y ss.).

[19] Sobre una nivelación habla HESSE, (nota 1), p. 12.

ción de los cinco Länder de la antigua RDA, alcanzada en 1990, ha demostrado que la «libertad alemana es libertad federal» («deutsche Freiheit föderative Freiheit ist»)[20].

2.2.c) Teorías mixtas del Estado federal

Las teorías mixtas del Estado federal[21] exigen armonizar diversos enfoques. En vez de responder al conjunto de las concretas cuestiones dogmáticas desde una sola perspectiva, esta teoría ofrece una oportunidad al equilibrio, lo que en un Estado federal es muy difícil de alcanzar y mantener. En vez de reprocharle su discrecionalidad[22], sería mucho mejor continuar con el desarrollo de este planteamiento. A ello también podría contribuir la teoría jurídica, por ejemplo con la inserción de un «sistema flexible» de diferentes elementos. Dentro de ese contexto se podría discutir sobre los elementos concretos y su organización. Se puede decir lo mismo de otras teorías con enfoques más o menos mezclados (por ejemplo la de la existencia de dos centros de decisión cuya relación recíproca viene marcada por los principios de libertad, igualdad, solidaridad y por elementos cooperativos[23]), sobre las que siempre queda pendiente discutir sobre su corrección y posterior ampliación.

2.3. Visión general de las concretas teorías sobre el modelo alemán del Estado federal

El Estado federal como tipo constitucional está abierto a diversas configuraciones. A continuación presentaré las teorías que se han previsto específicamente para el modelo alemán.

2.3.a) El Estado federal unitario

La teoría alemana del Estado federal más pura es la del «Estado federal unitario» de Konrad Hesse. Se puede sintetizar de la siguiente forma: lo típico del Estado federal alemán es que los Länder tienen pocas competen-

---

[20] P. HÄBERLE, "Föderalismus und Regionalismus in den Mitgliedstaaten des Europarates", en P. HÄBERLE: *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999, p. 188 (191).

[21] P. HÄBERLE, "Diskussionsbeitrag", en VVDStRL 46 (1988), p. 149; ídem, AöR 124 (1999), p. 553.

[22] HANEBECK, (nota 2), p. 37; también crítico BAUER, (nota 15), p. 227; S. OETER, *Bundesstaatsrecht*, 1998, p. 9.

[23] KORIOTH, (nota 13), p. 97.

cias legislativas pero mucha influencia en la legislación federal. Ello responde a la seguridad jurídica y a la división de poderes. Ahora bien, no es totalmente acertado describir esta conformación característica como la sustitución de una competencia por un federalismo participativo[24] ya que también las suficientemente amplias competencias administrativas y jurisdiccionales de los Länder y la aportación de las experiencias de administración de los Länder sobre un Bundesrat ejecutivamente marcado pertenecen de manera esencial al modelo del Estado federal unitario. El punto débil de esta teoría se halla, primero, en que minusvalora el valor intrínseco de los Länder y de las oportunidades de diversidad. Segundo, se reprocha al Estado federal unitario el peligro de la interconexión o confusión política[25], ante lo cual ya no es posible una clara imputación de la responsabilidad política.

2.3.b) Variante del unitarismo: el Estado federal cooperativo

Allí donde se mantienen las competencias de los Länder tampoco es la diversidad la consecuencia necesaria. Y es que la cooperación «a un mismo nivel» es otra posibilidad, inmanente al modelo del Estado federal unitario, de la unificación del Derecho. El Estado federal cooperativo[26] no se presenta como alternativa al Estado federal unitario sino como una variante del mismo.

2.3.c) Corrección del unitarismo: refuerzo de la subsidiariedad

El refuerzo del principio de subsidiariedad a través de la nueva redacción del art. 72.2 GG (1994) es un elemento atribuible al modelo del Estado federal unitario. La idea de la subsidiariedad es la corrección cuantitativa de todas las evoluciones centralistas. El principio de subsidiariedad[27] rebaja de forma gradual y parcial el centralismo. Cuanto más unitario venga determinado un sistema multinivel más necesario será el uso de una cláusula de subsidiariedad.

---

[24] HANEBECK, (nota 2), p. 33.

[25] F. SCHARPF, *Politikverflechtung*, 1999.

[26] G. KISKER, *Kooperation im Bundesstaat*, 1971.

[27] Sobre la «historia de la evolución cultural» del principio vid. de forma detallada P. HÄBERLE, (nota 10), pp. 417 a 453.

2.3.d) Modificación del unitarismo: el Estado federal experimental como federalismo de concurrencia

Una autentica modificación cualitativa del unitarismo es la que, en cambio, producen los instrumentos de la reforma federal de 2006, en la medida en que rompen la primacía de validez del Derecho federal como se prevé en el art. 31 GG y otorgan a los Länder competencias concurrentes en un mismo ámbito. El Estado federal experimental se caracteriza por no escindir de tal modo las competencias que se encuentren en ámbitos excluyentes. Más bien se trata de crear competencias que concurren, que no se ejercen de modo cooperativo (como sucede a veces con la derogada legislación marco) sino en una auténtica y permanente «concurrencia» entre Federación y Länder. Así, no sólo se origina concurrencia entre los diferentes Länder sino también entre la Federación y los Länder. Este modo, que puede definirse como «federalismo de concurrencia», es experimental en tanto que cada normativa podrá ser cuestionada por cada respectivo nivel. Más allá de la transformación democrática de mayorías, el Estado federal experimental otorga un carácter específicamente transitorio a las normativas legales.

3. SEGUNDA PARTE: EVOLUCIÓN DEL ESTADO FEDERAL UNITARIO AL EXPERIMENTAL

3.1. La relación del Derecho federal con el de los Länder

3.1.a) El art. 31 GG como fundamento de la unidad jurídica

En cada sistema multinivel hay una tendencia a la unificación del Derecho en el nivel superior. La unificación del Derecho tiene jurídica y económicamente evidentes ventajas. Y es que no sólo pertenece a los motivos de la fundación de Estados federales o de confederaciones de Estados, sino que incluso determina su desarrollo. Evidentemente, la unificación del Derecho conoce sus límites a través de las competencias y eventualmente a través del principio de subsidiariedad; unificación y descentralización se encuentran en una permanente tensión[28]. El efecto jurídico de semejante unificación del Derecho depende de la relación entre el Derecho de cada nivel.

[28] Sobre la descentralización como principio vid. M. KOTZUR, *JöR* 50 (2002), p. 257 (259 y ss.); sobre la preservación de un espacio de configuración autónoma, vid. R. A. LORZ, "Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen", DVBl. 2006.

En lo que afecta a los niveles supraestatales es un problema muy complejo. La jurisprudencia sobre concurrencia entre el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal de Justicia de la UE en Luxemburgo, relativa a la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho comunitario, prueba esto de igual manera a como lo hace la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sobre la vinculación de los tribunales alemanes al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo. Mientras que el Derecho comunitario exige una aplicación preferente, los mecanismos de eficacia del Convenio Europeo de Derechos Humanos ya no pueden ser descritos con la categoría de la primacía, pues por un lado el Convenio sólo es válido como Derecho federal ordinario, pero por otro la Ley Fundamental y el Derecho ordinario han de ser interpretados en el sentido del Convenio[29].

Sin embargo, en el Estado federal unitario de la Ley Fundamental hay, según el art. 31 GG, una clara y estricta primacía del Derecho federal en relación con el de los Länder, lo que promete condiciones favorables para un Derecho unificado: «el Derecho federal se impone sobre el Derecho del Land» («Bundesrecht bricht Landesrecht»). Ello se encuentra en la tradición del Estado federal alemán[30]: desde su fundación en 1871 tenía principalmente como objetivo conseguir la unidad jurídica en materias tan importantes como, por ejemplo, el Derecho civil. Este resorte unitario que activa la unidad jurídica presenta excepciones en la reforma federal del 2006, de modo que en el futuro será posible un Derecho del Land distinto. La conocida imagen de la pirámide de las fuentes del Derecho (ya quebrada por el Derecho comunitario europeo y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque tuviera su justificación en el Estado federal unitario puro, fracasa en el ámbito del federalismo.

3.1. b) Derechos de intervención experimentales de los Länder en materias de ámbito federal

Los nuevos instrumentos, extraños al modelo del Estado federal unitario, son los derechos de intervención de los Länder en determinados ámbitos de la legislación federal. Se prevén en materias concretas donde rige

[29] BVerfGE 111, 307 – EGMR-Würdigung (Görgülü).

[30] Art. 2 *Reichsverfassung* 1871: «dentro del territorio federal el imperio (*Reich*) ejerce la potestad legislativa, (…) de modo que las leyes imperiales tienen primacía sobre las leyes del *Land*» Art. 13 WRV (*Weimarer Reichsverfassung*) 1919: «el derecho imperial se impone sobre el derecho del *Land*».

una legislación concurrente según indica la nueva redacción del art. 72.3 GG (por ejemplo, respecto a la caza, a la protección de la naturaleza, del suelo y las aguas, al acceso a los estudios superiores) y, sobre todo, en cuestiones de procedimiento y de organización administrativa, asuntos que con anterioridad eran objeto de regulación unitaria por la Federación con el acuerdo del Bundesrat (Senado) (art. 84.1 GG antigua redacción). Según el art. 72.2.3 o el 84.1.4 GG (a. r.) en lugar del art. 31 GG rige la primacía de la ley posterior. En consecuencia, en esos ámbitos se puede llegar a alcanzar una legislación «concurrente» en el pleno sentido de la palabra. Ello tiene ventajas y desventajas: la lentitud que genera el enfrentamiento en torno al Derecho unitario (hecho que debe ser aceptado) deja paso a una flexible diversidad de normativas. El conjunto recuerda al corte del nudo gordiano con la espada: las fuertes cuerdas que mantienen unido el Estado federal unitario serán anudadas de nuevo. Y es que se ha afectado a las premisas del Estado federal unitario: según Konrad Hesse[31] la «unidad e igualdad» del Derecho (su «amplia unificación objetiva») es una necesidad interna de la «evolución al Estado social de Derecho». Esta unidad se diluye, obviamente, sólo para determinadas materias, a favor de una nueva diversidad jurídica en el Estado federal alemán. Esta profunda reforma constitucional del sistema se logró mediante un compromiso político que afectó compensatoriamente también a otros elementos del Estado federal unitario.

3.2. La cooperación de los Länder en el nivel federal

En cada Estado federal hay que regular ciertas cuestiones a nivel federal que afectan a los Länder con tal intensidad que su colaboración se presenta necesaria. Incluso cuando las competencias legislativas, administrativas y judiciales se encuentran fuertemente separadas, permanecen las cuestiones constitucionales respecto a la configuración del Estado federal, las que afectan al estatus de sus niveles. En el Estado federal unitario la representación institucional de los Länder en el plano federal se sitúa en el centro del sistema. Además de eso, igualmente se plantea la cuestión (multinivel) de la representación de los Länder en cuestiones de la UE, lo que, según el art. 23 GG, se encuentra institucionalizado. No obstante, no se va a entrar en el análisis detallado de su comparativamente reducida modificación.

---

[31] HESSE, (nota 1), p. 13.

3.2. a) El modelo de Bundesrat como representación ejecutiva de los Länder

La cuestión relativa a la institucionalización de la representación de los Länder ha encontrado en Derecho comparado diversos modelos. Así, en la Cámara alta, se puede distinguir principalmente el modelo alemán (Bundesrat) del modelo americano (Senado). Lo característico de este último es que los senadores, como representantes electos del pueblo, son parte del legislativo. En cambio, el Bundesrat alemán está compuesto, según el art. 51.1.1 GG, por «miembros de los gobiernos de los Länder», es decir, representantes del ejecutivo, de modo que los votos de un Land únicamente pueden ser emitidos en bloque y sometidos a indicaciones del ejecutivo del Land. Este modelo tiene precedentes históricos en el periodo previo a la formación del Estado federal alemán. Me refiero al «Ständevertretung» (Estados Generales), el conocido «Reichtag» del Sacro Imperio Romano Germánico (no confundir con el posterior Parlamento igualmente denominado «Reichtag», 1871-1919). En el imperio («Kaiserreich») de 1871 se componía el Bundesrat «con los representantes de los miembros de la Federación» (art. 6 de la Constitución imperial – «Reichsverfassung» – de 1871). Como esa Federación era del monarca, dicho órgano servía de corrección monárquica, entre otras instituciones, al parlamento. Rudolf von Gneist[32] habla de un «contrapeso», que correspondía a «los intereses de los gobiernos concretos para la auto-conservación», y, en consecuencia, a «antiguos instintos básicos corporativos». Federalismo y feudalismo están históricamente relacionados en Alemania. El modelo del Bundesrat se trasladó a la constitución republicana de 1919 (art. 63.1 WRV: «los Länder serán representados en el Reichsrat por miembros de sus gobiernos») y fue recogida por la Ley Fundamental de 1949. En el modelo del Estado federal unitario el Bundesrat es algo más que una simple reliquia con sentido histórico. Konrad Hesse[33] busca la legitimidad del modelo en un «elemento específicamente administrativo en los Länder», esto es, en un aspecto funcional de la división de poderes: la «experiencia administrativa de los Länder» podría, a través del Bundesrat, «ser fructífera para la legislación federal». Si ello se corresponde en este momento con la realidad política resulta incierto. En todo caso, el modelo del Bundesrat influye de forma relevante en el sistema de gobierno parlamentario y, con ello, en las ordenaciones constitucionales de los Länder. La política federal se apoya así en el centro de la

[32] R. V. GNEIST, *Der Rechtsstaat*, 1872, pp. 179 y s.
[33] HESSE, (nota 1), pp. 25, 28 y s.

política gubernamental de los Länder. Que las elecciones a los Länder cada vez tienen más presente en un primer plano temas de la política federal no puede ser, desde este punto de vista, una tendencia equivocada sino la consecuencia de este sistema.

El modelo del Bundesrat no ha sido demasiado afectado por la reforma federal de 2006: aún se tendrá que aceptar la reducción de la función de veto del Bundesrat en beneficio de las competencias divergentes de los Länder. Con todo al Bundesrat le corresponde una nueva función en el ejemplo experimental de Estado federal y de competencias divergentes de los Länder. Precisamente porque los Länder son representados por sus gobiernos son paralelas las posibilidades de iniciativa para la legislación federal y los Länder. Los gobiernos de los Länder pueden así de forma paralela a su influencia sobre la legislación federal preparar alternativas de legislación propia, y viceversa. Igualmente hay que reseñar que el modelo encuentra cierta equivalencia, a nivel europeo, en el Consejo de Ministros, y, en consecuencia, en el proceso evolutivo del Estado constitucional será algo más que una simple referencia histórica en una nota a pie de página.

3.2. b) La ponderación del voto de los Länder concretos

La cuestión de la ponderación del voto de cada Land también diferencia el modelo alemán del americano. De acuerdo con lo indicado en la Constitución americana (1787) los Estados miembros poseen, con independencia de su tamaño, el mismo derecho de voto en el Senado (art. I Sección 3). Este modelo resalta la soberanía de los Estados. Se corresponde con el aspecto «confederal» del federalismo como acuerdo entre Estados iguales y, consecuentemente, se sustrae de la materia constitucional que puede ser objeto de modificación (art. V)[34]. A pesar del origen confederal del Imperio de 1871 el Bundesrat tiene otra tradición: la ponderación de los votos según el tamaño de los Estados miembros. Ello es un elemento unitario, en la medida en que se refiere a las proporciones del todo. Este principio pertenece al planteamiento del problema de la Constitución de 1871 destinada a confirmar la hegemonía de Prusia. El art. 61 WRV modificaba dicho sistema a través del cómputo del número de habitantes estableciendo un límite superior e inferior al número de votos. Este planteamiento fue igualmente recogido por el art. 51.2 GG, de tal manera que se otorga a los pequeños Länder por lo menos un peso equivalente a

[34] Vid. en cierta medida parecido: art. 78 *Reichsverfassung* 1871.

la mitad del que corresponde a los mayores. La aceptación de esta normativa y su funcionamiento está relacionado, evidentemente, con la fractura de Prusia en diferentes Länder. Quizá sea una ironía de la historia alemana que el funcionamiento del federalismo esté igualmente relacionado con la nueva división del Estado tras la guerra. El reparto de votos en el Bundesrat, del mismo modo que una nueva división de la Federación, ha sido excluido de la reforma federal de 2006. Precisamente el riesgo de los elementos experimentales del Estado federal únicamente se puede eliminar cuando la fuerza de integración del sistema federal y su aceptación tienen un efecto estabilizador. A ello tendrá todavía que contribuir la reforma, aún pendiente, de la financiación del Estado Federal. La actualidad de la cuestión de la ponderación del voto se proyecta en la discusión paralela sobre la fórmula de compromiso de la conocida doble mayoría en el proyecto de Constitución Europea (art. I-25 CE).

3.2.c) El derecho de veto de los Länder a nivel federal

El Estado federal unitario viene marcado por los amplios derechos de consulta de los Länder a nivel federal que están institucionalizados en el Bundesrat. La dimensión de esa colaboración se sitúa en el centro de la reforma federal del 2006.

Objeto de crítica son las numerosas posiciones de veto que, gracias a la Constitución, posee el Bundesrat en el procedimiento legislativo de la federación: la denominada ley de conformidad. La exigencia de una mayoría en ambas cámaras era la regla ordinaria en la Constitución de 1871. Sin embargo, en la Ley Fundamental de 1949 está prevista como excepción (art. 78.2a GG)[35]. A pesar de todo, en la práctica (y hasta la fecha) los casos en los que la Ley Fundamental prevé la conformidad han pasado de forma creciente a un primer plano. La oposición en el Bundestag dispone de una mayoría a través de un comportamiento electoral acíclico en el Bundesrat. El modelo del Estado federal unitario puede aclarar (y celebrar) este fenómeno como reflejo de la función de oposición de ese órgano. Incluso cuando en el gobierno federal no se construye ninguna «gran coalición», tal situación obliga a una política de consenso. Ello paralizó en años pasados grandes propuestas de reforma. La situación ha traído des-

[35] Art. 5: «la aprobación por acuerdo de la mayoría de ambas asambleas es necesario y suficiente para las leyes imperiales». También el proyecto de la Constitución de *Paulskirchen* de 1949 regula en § 100: «un acuerdo del *Reichstag* sólo puede entrar en vigencia cuando haya sido adoptado por mayoría de ambas cámaras».

crédito al principio del Estado federal: en conjunto recogido bajo el término de la «trampa del federalismo».

La Constitución no alcanza a realizar en este punto una función importante: la capacidad para hacer posible la política y clarificar las responsabilidades políticas. Informalización y depreciación del procedimiento previsto fueron las consecuencias[36]. Los debates en el Bundestag y Bundesrat suelen degenerar en foros de recriminación recíproca. Las decisiones recayeron, si acaso, en las comisiones mixtas, compuestas por representantes del Bundestag y el Bundesrat, que no se celebran públicamente.

Con la reforma del 2006 los Länder también han renunciado a una parte de sus derechos de conformidad. Especialmente la Federación también puede, según el art. 84.1.2 GG n.r., regular la organización y los procedimientos para la ejecución de las leyes federales, y ello sin activar el automatismo del deber de conformidad (según el art. 84.1 GG a.r.), en la práctica tan entorpecedor. En lugar de poder bloquear por mayorías semejantes normativas federales en el Bundesrat, en el futuro cada Land tendrá una competencia para elaborar un Derecho del Land distinto. En la medida en que haya una mayoría para ello también se podrá adoptar en el futuro una legislación federal distinta con el acuerdo del Bundesrat (según el art. 84.1.6 GG a.r.).

Aquí se rompe una de las evoluciones inmanentes al Estado federal unitario: ya durante la época Weimar vio Rudolf Smend que la participación de los Länder en el poder imperial era una compensación por el poder que éstos habían perdido. Mediante la reforma se invierte esta relación. Los Länder han renunciado al derecho de veto, para recibir (de vuelta) competencias[37].

3.3. Reparto y delimitación de competencias

3.3. a) Reparto de competencias

Según el modelo de la Ley Fundamental el punto esencial de las competencias de los Länder reside en el ámbito de la administración y del poder judicial, que se refieren, igualmente, a materias en las que la Federación tiene competencias legislativas. La administración federal se reser-

---

[36] M. MORLOK, "Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen", en *VVDStRL 62* (2003), p.40.

[37] SMEND, (nota 1), p. 119 (270).

va ámbitos de excepción. No obstante, lo esencial del Estado federal unitario es la unificación de la producción normativa. Así, la inicial confirmación de la «presunción de partida» a favor de la competencia de los Länder, formulada de forma genérica en el art. 30 GG, es desvirtuada después por la legislación a favor de la Federación (art. 70 GG).

La Federación, según el art. 74 GG, no posee en realidad una competencia exclusiva para las materias más importantes, sino sólo una competencia concurrente con los Länder. Según el art. 72.1 GG los Länder mantienen las competencias en esas materias en tanto en cuanto la Federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa. A eso se unen las llamadas competencias del Estado federal para dictar legislación marco (art. 75 GG a.r.), la mayoría de las cuales han sido derogadas. En el Estado federal experimental la presunción de partida a favor de los Länder para una parte de las competencias concurrentes según el artículo 72.3 GG n.r. tampoco es bloqueada después de su ejercicio por la Federación.

3.3. b) Subsidiariedad como corrección al ejercicio de competencias

Hace ya diez años el legislador constitucional intentó, por lo menos, ralentizar la unitarización de la legislación, así como el grado de erosión de la legislación de los Länder, mediante la cláusula de la subsidiariedad en su nueva formulación del art. 72.2 y 75.2 GG de 1994. Ello ha conducido a que recientemente[38] el Tribunal Constitucional alemán revisara[39] la necesidad de las normativas de ámbito federal y, en concreto, ha rechazado[40] en el 2004 la legislación marco sobre la escuela superior. Esta jurisprudencia ha reforzado de forma decisiva la posición negociadora de los Länder en la reforma federal, especialmente para suprimir las competencias marco y sustituirlas por competencias de los Länder.

El ámbito de aplicación de este principio de subsidiariedad, que hasta el momento afecta a la totalidad de la legislación de concurrencia y la

---

[38] BVerfGE 2, 213 (214): «la cuestión sobre si hay necesidad de una normativa federal (art. 72.2 GG a.r.) es una cuestión del prudente arbitrio de la legislación federal y por ello sustraído per se al análisis del Tribunal Constitucional».

[39] BVerfGE 106, 62 – *Altenpflege*: «a la vista del art. 72.2 GG no existe un ámbito de discrecionalidad legislativa libre de control del Tribunal Constitucional».

[40] BVerfGE 111, 226 (250) – *Juniorprofessur*: a través de la modificación del art. 75 II GG «podría limitarse una práctica constitucional hasta el momento demasiado generosa y se podría acentuar de nuevo con mayor intensidad el carácter cooperativo de las competencias de legislación marco».

legislación marco, desde ahora está limitado, según el art. 72.2 GG n.r., a determinadas materias. En lo demás la Federación puede hacer uso limitado de sus competencias concurrentes. Sin embargo, las competencias divergentes de los Länder, según el art. 72.3 GG n.r., tienen efecto parcial. Mientras que el principio de subsidiariedad como corrección todavía tiene cabida dentro del modelo del Estado federal unitario, las competencias divergentes de los Länder corresponden a los elementos experimentales del Estado federal.

Los artículos 72.3 y 125a GG creados en 1994 ya eran una forma de combinación del principio de subsidiariedad con los derechos de recuperación de los Länder. Conforme a ello podía admitirse por la legislación federal un derecho de intervención del legislador del Land cuando los requisitos de la subsidiariedad, según el art. 72.2 GG, no concurrieran. Semejantes instrumentos requieren una autolimitación en las instancias superiores y, consecuentemente, se han mantenido sin efecto. Hasta el presente han sido papel mojado, casi tanto como lo fue la cláusula de subsidiariedad opcional del § 66 de la Constitución de Paulskirche de 1849, que, como se sabe, no entró en absoluto en vigor («leyes imperiales son preferentes a las leyes de los Estados concretos en tanto que no se les haya otorgado validez subsidiaria»). También esos elementos experimentales sufren un refuerzo con el art. 93.2 GG, de modo que la legislación federal puede ser sustituida por una decisión del Tribunal Constitucional sobre una cuestión de subsidiariedad. Así, la jurisprudencia más actual del Tribunal Constitucional sobre el art. 72.2 GG recibe, incluso, una relevancia adicional.

4. CONCLUSIÓN

La reforma del Estado federal del 2006 podría permitir superar las debilidades de la conformación actual del Estado federal alemán. Ahora bien, la diversidad legislativa es más que nunca el precio compensatorio por la contención de las paralizantes posiciones de veto del Bundesrat. Quizá funcione igualmente en el Estado federal experimental un refuerzo del potencial innovador de una legislación concurrente en sentido competencial. La idea de una competencia, no sólo económica, sino desde el principio ideal y política recibe una mayor importancia, mientras que los elementos cooperativos disminuyen mediante la supresión de la legislación marco y las modificaciones restrictivas de las competencias comunes por los art. 91a y b GG nr. En lo relativo a los derechos de intervención de los Länder en el ámbito del derecho procesal administrativo no se trata tanto de unas diferencias culturalmente marcadas sino de proyectos piloto mo-

tivados políticamente. Precisamente el derecho procesal administrativo pertenece a aquellas materias en las que experimentos innovadores de desarrollo jurídico más amplio pueden ser de mayor utilidad. A la teoría constitucional le queda por reconocer que la teoría del Estado federal unitario desvalora el potencial de bloqueo de la colaboración del Bundesrat en la legislación federal y que ha idealizado los elementos cooperativos del Estado federal. Por ello, el modelo cooperativo-unitarista del Estado federal alemán será completado, y en parte sustituido, por elementos de un modelo de Estado federal experimental. No obstante, muchos elementos de la teoría del Estado federal unitario se mantienen vigentes y ganan incluso en importancia: en tanto que le sean reconocidas competencias exclusivas a los Länder valdrá para dichas competencias lo que hasta ahora les fue válido: no excluye recíprocas recepciones, acuerdos que finalmente conduzcan a una situación jurídica relativamente homogénea. El valor de estas competencias del Land reside en las oportunidades de la descentralización de las iniciativas[41].

El Estado federal experimental puede ser un riesgo. Sin embargo su importancia reside en que se recuperan funciones esenciales del Derecho constitucional: en concreto hace posible el proceso político, en lugar de bloquearlo, y lo regula, en lugar de huir hacia desafíos informales. Teoría y dogmática del Estado federal podrían contribuir al éxito de esta variante de su configuración.

RESUMEN

La reforma federal alemana de 2006 representa la introducción de elementos nuevos que vienen a superar la estructura federal cooperativo-unitaria (ya modificada anteriormente con elementos de subsidiariedad). Surge así un nuevo modelo de Estado Federal de concurrencia (de distribución de competencias entre Federación y Länder, y así se concentra en facilitar el proceso político, en lugar de bloquearlo), y experimental (reconoce la posibilidad de la diversidad legislativa en la Federación).

PALABRAS CLAVE: Federalismo, federalismo de concurrencia, regionalis-mo, estado federal unitario, estado federal cooperativo, estado federal experimental, competencias de divergencia, teoría del estado federal, legislación marco.

[41] HESSE, (nota 1), p. 21, apoyándose en H.-Ch. KRÜGER, *VVDStRL* 19, p. 158.

ABSTRACT

The German federal reform that has taken place in 2006 represents the introduction of new elements that contributes to surpass the federal structure cooperative-unitarian (previously modified through elements of subsidiariety). In this way, a new model of Federal State of concurrence arises (a new distribution of competitions between Federation and Länder aimed to facilitate the political process, instead of blocking it) and experimental (it recognizes the possibility of the diversity in the legislation within the Federation).

KEY WORDS: Federalism, concurrent federalism, regionalism, unitary federal state, cooperative federal state, experimental federal state, competitions of divergency, federal state theory, frame legislation.

LA REFORMA DEL ORDENAMIENTO FEDERAL EN ALEMANIA: «ENDE GUT, ALLES GUT»?

Andrea De Petris*
Traducido del italiano por Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez

SUMARIO

1.- Introducción.
2.- El misterio de la reforma fracasada.
3.- El largo camino de la reforma del federalismo en Alemania.
4.- Vida (larga) y obras (escasas) de la Comisión para el Federalismo.
5.- "Hasta el último apartado".
6.- ¿Delito premeditado?
7.- Caza al culpable.
8.- Condolencias precipitadas.
9.- "¡Golpe de Escena!".
10.- La "madre de todas las reformas".
11.- Los contenidos de la reforma.
12.- Conclusiones: metodologías de revisión constitucional sometidas a comparación.

1. INTRODUCCIÓN

La historia del reciente proceso de reforma del ordenamiento federal alemán es, en realidad, el resultado de dos fases distintas, muy diferentes la una de la otra por cuanto se refiere al tipo de iniciativa, al método operativo seleccionado y, sobre todo, a los resultados logrados. De hecho,

* Becario de Investigación LISS. Carli, Roma.

un primer intento vino caracterizado por la convocatoria de una Comisión Bicameral integrada por un notable número de representantes políticos y científicos, dedicándose la misma durante más de un año (entre 2003 y 2004) a una labor de compromiso –tan vasta como complicada– entre las diversas opciones propuestas que, a fin de cuentas, se vio obligada a anunciar el fracaso de la iniciativa. A dicho intento siguió otro momento de enfrentamiento entre las partes implicadas más circunscrito, cerrado y anónimo, pero quizás también por ello más efectivo, que fue capaz, en julio de 2006, de reconducir a buen puerto aquella que un autorizado semanal alemán definió como la "madre de todas las reformas"[1].

Tal hecho levanta inevitablemente una serie de preguntas: ¿por qué razones un procedimiento de revisión breve en términos temporales ha triunfado allí donde poco más de un año antes había fracasado inexorablemente un experimento análogo? ¿En qué modo esta distinción termina por reflejarse en los resultados de la modificación constitucional? ¿Cómo cambia el ordenamiento de la República Federal de Alemania ante dicha reforma? ¿Puede considerarse definitivamente concluida la revisión del federalismo alemán llegados a este punto, o bien el proceso de actualización está aún a la espera de ulteriores y arduos momentos de discusión?

Este trabajo intenta aportar una respuesta a todos estos interrogantes: tras una reconstrucción diacrónica de los dos procesos de modificación de la Ley Fundamental antes referidos, que incluye una irrenunciable reflexión comparativa entre aquéllos y los recientes intentos análogos de actualización de la Constitución italiana, se analizarán con detalle los resultados de las normas de revisión constitucional aprobadas por el Bundestag y el Bundesrat entre junio y julio de 2006, para concluir ofreciendo una visión sobre las perspectivas que la reforma abre para los destinos futuros de la Bundesrepublik.

2. EL MISTERIO DE LA REFORMA FRACASADA

Poco antes de la Navidad de 2004 las crónicas políticas alemanas estuvieron ocupadas durante algunos días por una cuestión particularmente oscura: tras más de un año de negociaciones entre las distintas instancias interesadas, a un paso de la conclusión positiva de los acuerdos y teniendo en perspectiva la próxima materialización de aquella profunda reforma del

[1] Cfr. *Wie Bund und Länder effektiver arbeiten wollen*, en www.spiegel.de (último acceso: 7/9/2006).

ordenamiento estatal de la Bundesrepublik, por tanto tiempo esperada[2] –hasta el punto de haberse llegado a calificar de "moribundo" al federalismo alemán–, capaz incluso de amenazar la existencia del sistema político de la RFA en su conjunto[3], los dos representantes de la "Comisión Bicameral para la Modernización del Ordenamiento Federal" anunciaban con aflicción su fracaso. Y, sin embargo, incluso hasta el día de antes, exponentes políticos de todos los signos, vaticinaban, de forma más o menos entusiasta, un cambio histórico para el futuro del federalismo alemán: la ya desde hace tiempo auspiciada racionalización del reparto de competencias entre Federación y Länder parecía cosa hecha. Es cierto que restaban puntos relevantes con respecto a los cuales las posiciones de mayoría y oposición eran aún bastante distantes, pero, sobre todo, reinaba un clima de confianza en cuanto a la posibilidad de atenuar las divergencias más marcadas y de conseguir aquel consenso global que habría abierto definitivamente la puerta a la reforma del ordenamiento federal alemán. Como es común en estos casos, apenas anunciada la noticia del fracaso, se desencadenaron las acusaciones recíprocas para atribuir al adversario la responsabilidad: un todos contra todos que enfrentó no sólo a representantes de los partidos de Gobierno y exponentes de la minoría federal de centro-derecha, sino también a instituciones centrales y territoriales, ocasionándose como resultado una grave complicación para la reconstrucción de los sucesos citados.

¿Qué ocurrió entre el 15 y el 17 de diciembre de 2004 en el ámbito de las negociaciones de la «Bundestaatskommision»? ¿Por qué razones –más allá de las rituales declaraciones oficiales de los interesados– fracasaron las negociaciones de forma tan repentina como inesperada? Y sobre todo: ¿quién es el culpable?

---

[2] Sobre la necesidad de una reorganización del ordenamiento federal alemán, v. por todos P.M., HUBER, *Deutschland in der Föderalismusfalle*, Müller, Heidelberg, 2003. En lengua italiana, v. J. WOELK, "Segnali di crisi nel federalismo tedesco a 50 anni dal Grundgesetz: verso un modello più competitivo?", *Le Regioni*, n. 2/1999, pp. 217 a 243. Para una reconstrucción histórica de las reiteradas tentativas de modificación del ordenamiento federal en Alemania v. V. HAUG, "Die Föederalismusreform, Zum Ringen von Bund und Ländern um die Macht im Staat", *Die öffentliche Verwaltung* (DÖV), 5/2004, p. 190 y ss.

[3] Cfr. U. THAYSEN, "Der deutsche Föderalismus zwischen zwei Konventen", *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 29-30/2003, pp. 14 a 23.

3. EL LARGO CAMINO DE LA REFORMA DEL FEDERALISMO EN ALEMANIA

La "Comisión Bicameral para la Modernización del Ordenamiento Federal"[4] fue creada por el Bundestag el 16 de octubre de 2003 y confirmada por el Bundesrat al día siguiente, con el encargo de definir antes de la conclusión de 2004 unas propuestas generales de reforma del ordenamiento federal alemán.

La misma representa la tentativa más reciente de aportar correcciones sustanciales al sistema federal de la Bundesrepublik[5], tras toda una serie de convenciones, asambleas, comisiones y comités (hasta un número total de 32 solamente en el período comprendido entre 1983 y 2003[6]), instituidos con fines varios y compuestos por grupos parlamentarios, representantes institucionales y grupos de expertos.

Los principales temas del orden del día en este debate que ya dura más de veinte años son, en sustancia, siempre los mismos. En primer lugar, la necesidad de racionalizar el reparto de las competencias legislativas entre Federación y Länder[7], para alcanzar con ello un nivel aceptable en la cantidad de leyes emanadas por el Bundestag necesitadas también de la aprobación por parte del Bundesrat, la segunda Cámara alemana representativa de los Länder[8]. De los datos proporcionados por la Oficina Federal de Estadística se deduce, de hecho, que el número de las normas legislativas aprobadas por el Parlamento federal entre 1972 y 2002 no ha descendido nunca por debajo del 52,2%, confirmándose en la legislatura 1998-2002

---

[4] La denominación original del órgano es "*Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundestaatlichen Ordnung*".

[5] Para una reconstrucción diacrónica de los intentos de reforma del federalismo alemán entre 1983 y 2003 cfr. U. THAYSEN, "Der deutsche Föderalismus…", op. cit.., en la nota 3. Con el fin de demostrar la necesidad urgente de una reorganización del ordenamiento federal del RFA, el ensayo computa 31 tentativas de convenciones y comisiones consultivas convocadas durante el período 1983-2003, especialmente bajo iniciativa de los parlamentos regionales alemanes, encaminadas a producir documentos programáticos en dicho sentido, que jamás fueron llevados a la práctica por parte de los sujetos institucionales competentes.

[6] El 3 de octubre de 2003, pocas semanas antes de la *Bundestaatskommission*, se fundó un organismo consultivo, destinado también a definir líneas-guía para la reforma del ordenamiento alemán, bajo la presidencia del ex Presidente de la República Federal Roman Herzog, cfr. a propósito el sitio web http://www.konvent-fuer-deutschland.de/aktuelles (último acceso: 4/9/2006)

[7] Cfr. arts. 70 ss. LF.

[8] Cfr. art.50 LF.

con un 54%[9]. Son muchos los juristas y comentaristas políticos que han detectado en este estado de cosas un desequilibrio en las relaciones de fuerza entre Bundestag y Bundesrat, con ventaja para la segunda Cámara y, en última instancia, para las fuerzas políticas que eventualmente disponen de la mayoría de votos dentro de aquélla, con la consecuencia de que el federalismo ya no se materializa en una confrontación entre Federación y Länder, sino más bien en sólidos bloqueos obstruccionistas que responden exclusivamente a los intereses de partido presentes en el sector (especialmente en momentos de frecuentes consultas electorales regionales y locales, cosa que, de hecho, en la Bundesrepublik –compuesta tras la reunificación por 16 Länder– resulta, a día de hoy, la regla general)[10]. La perspectiva de una desnaturalización irreversible del «Bundestaatsordnung» a favor de la "estatalización" de los Länder se hace cada vez más real, tal y como ha demostrado, por ejemplo, una reciente controversia en torno al derecho de voto de los representantes de los Ejecutivos regionales en la segunda Cámara[11], cuya resolución ha requerido incluso un pronunciamiento del Tribunal Constitucional federal que, en cualquier caso, no ha aclarado de forma definitiva la cuestión, dejando varios aspectos sin resolver[12].

Por un lado, por tanto, se alzan, desde hace tiempo, voces preocupadas de quienes identifican en el actual reparto de competencias legislativas entre Bund y Länder tan sólo una ocasión para que los Länder, a través de los votos del Bundesrat, bloqueen todo procedimiento normativo de alcance federal que no concuerde con los intereses de los partidos que ostenten en aquel momento la mayoría de los votos en la segunda Cámara alemana, independientemente de qué fuerzas políticas sean titulares de la responsabilidad de gobierno en el ámbito federal[13]. Por otro lado, hay quien concibe

---

[9] *Statistisches Bundesamt*, cit. en: A. VOLLMER, U. THAYSEN, "Befreit das deutsche Parlament!", *Die Zeit*, nr. 12/2002, p. 8.

[10] Ibidem.

[11] Para una visión amplia de los dictámenes académicos relacionados con el caso en cuestión, relativo a la aprobación de la Ley Federal sobre la inmigración, cfr. H. MEYER (Hrsg.), *Abstimmungskonflikt im Bundesrat im Spiegel der Staatsrechtslehre*, Nomos, Baden Baden, 2003. Para una reconstrucción en lengua italiana consiéntase la remisión a A. DE PETRIS, "*Bundesrat*: istruzioni per l'uso. Il ruolo della Seconda Camera in un ordinamento federale", *NOMOS*, 1/2002, p. 53 a 65.

[12] Cfr. BVerfG 2 BvF 1/02 del 18/12/2004.

[13] Cfr., entre otros, G. LEHMBRUCH, *Parteienwettbewerb im Bundesstaat – Regelsysteme und Spannungslagen im Institutionsgefüge der Bundesrepublik Deutschland*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 2003; R. WASSERMANN, "Droht Gesetzgebungsstillstand? – Zur Vetomacht des Bundesrates", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, p. 331 y s.; y, por último, R. JOHNE, "*Bundesrat* und parlamentarische Demokratie. Die Länderkammer zwischen

incluso un deber institucional de las formaciones políticas a escala regional el hacer valer las razones del electorado de referencia también en las deliberaciones del Bundesrat, temiendo una diferenciación tan sólo ficticia, en realidad inexistente, entre los intereses de los Länder y los de los aparatos de los partidos bajo la dirección de sus Ejecutivos[14].

Un segundo punto fundamental del largo debate sobre las reformas institucionales se refiere a la necesidad de desenredar la espesa trama de interrelaciones existentes en el ámbito de las relaciones centro/periferia respecto de las competencias normativas conjuntas y la de las responsabilidades financieras ligadas a las mismas. En pocas palabras, se trata de racionalizar la disciplina de los "cometidos comunes" con respecto a los cuales el dictado constitucional de la «Bundesrepublik» prevé una participa-

---

Entscheidungshemmnis und notwendigen Korrektiv in der Gesetzgebung", *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 50-51/2004, pp. 10 a 17. Este último considera que la responsabilidad del sustancial "derecho de veto" obtenido de este modo a favor del *Bundesrat* no debe atribuirse a la responsabilidad de los partidos políticos que eventualmente estén en posesión de la mayoría en la *Länderkammer*, sino que más bien las citadas tendencias al obstruccionismo decisional son inmanentes al actual reparto de poderes previsto por el sistema federal alemán. Aunque así fuese, sin embargo, la urgencia de un replanteamiento de todo el ordenamiento en el sentido de una racionalización de las relaciones entre las fuerzas políticas y los sujetos institucionales interesados no decaería en ningún caso, sino que se haría aún más apremiante. De acuerdo con este punto se manifiesta A. BENZ, según el cual cuando se ponen al orden del día propuestas de reforma de la estructura federal alemana, los conflictos entre *Bund* y *Länder* se deforman a través de su transposición a un plano circunscrito a la dinámica de los partidos, cfr. A. BENZ, "Reformpromotoren oder Reformblockierer? Die Rolle der Parteien im Bundestaat", *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 29-30/2003, pp. 32-38 (34). En lengua italiana, con relación al papel del *Bundesrat* en Alemania, v. V. GOETZ, "Qualche osservazione sul Bundesrat", *Quaderni Costituzionali*, 2/2001, pp. 325-330 (traducido por M. Mistò y C. Fusaro), y F. PALERMO & J. WOELK, "Il Bundesrat tedesco tra continuità e ipotesi di riforma. Riflessioni a margine di un dibattito attuale", *Le Regioni*, 6/1999, pp. 1097 a 1122.

[14] Cfr. S. LEUNIG, "*Länder*- versus Parteiinteressen im Bundesrat. Realer Dualismus oder fiktive Differenzierung?", *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 50-51/2004, pp. 33 a 38. De opinión absolutamente contraria es Hans Meyer, que recuerda cómo, en los artículos relativos a la materia en cuestión (50 y 51), la Ley Fundamental habla al respecto siempre y solamente de representación *de los Länder*, y nunca de partidos, deduciendo de ello una diferencia sustancial irreconciliable –so pena de la desnaturalización del ordenamiento federal alemán– entre las dos instancias representativas, cfr. H. MEYER, "Abstimmungsstreit im Bundesrat. Ist das Grundgesetz unklar oder sind die Gedanken darüber? ", Ib., *Abstimmungskonflikt*, op. cit..en nota 11, pp. 146 a 202, espec.pp. 149 y ss. Para consultar una posición en cierta medida intermedia sobre esta cuestión v. J. SCHMIDT, "Strukturelle Alternativen der Ausgestaltung des Bundesrates", *Die öffentliche Verwaltung*, n. 9/2006, pp. 379 a 385, en virtud de la cual se juzga posible, y también probablemente útil, reorganizar el papel de la segunda Cámara con respecto al resto del ordenamiento de la *Bundesrepublik*, pero excluye que ello pueda bastar por sí solo para resolver los complejos problemas del federalismo alemán.

ción de la Federación en la ejecución de determinadas competencias de los Länder cuando dichas tareas sean de relevancia colectiva y el concurso del Bund resulte necesario para la mejora de las condiciones de vida[15], de forma que se refuercen las potencialidades organizativas de las autonomías territoriales en vez de bloquear su creatividad en la ejecución de determinadas competencias. Para ello, una colaboración entre Bund y Länder no siempre parece quedar justificada, prestando atención al mismo tiempo para que dicho "federalismo concurrencial" no se traduzca en una desproporción en la disponibilidad de recursos económicos entre los distintos entes subestatales, salvaguardando el sistema equidistributivo de transferencias financieras de los Länder más prósperos hacia aquéllos deficitarios en el plano económico[16].

El tercer argumento sometido ya desde hace tiempo a discusión en este ámbito es aquel relativo al denominado "artículo sobre Europa" de la Ley Fundamental, conseguido por los Länder en 1992 como contrapartida por la adhesión de Alemania al Tratado de Maastricht. La norma citada prevé, entre otras cosas, que en los casos en los que las competencias legislativas afectadas por el ámbito de la intervención de la Unión Europea, así como la organización administrativa o el procedimiento administrativo, correspondan principalmente a los Länder, el dictamen del Bundesrat resulta determinante en la formación de la voluntad del Estado federal, sin que se vea afectada la responsabilidad de este último para el Estado en su conjunto. Además, cuando queden afectadas principalmente las competencias legislativas exclusivas de los Länder, el ejercicio de los poderes correspondientes a la República Federal alemana en cuanto Estado miembro de la Unión Europea debe ser transferido del Estado federal a un representante de los Länder nombrado por el Bundesrat. En este caso, el ejercicio de los poderes citados tiene lugar con la participación y consenso del Gobierno federal, manteniéndose al mismo tiempo la responsabilidad del Estado fe-

---

[15] Cfr. art. 91a LF.

[16] También el denominado "federalismo cooperativo", que a pesar de cuanto se ha dicho continúa dominando la Constitución económica alemana, está demostrando evidentes señales de crisis que terminan por reflejarse también en el más amplio problema de la limitación y reparto de las competencias entre ordenamiento central y niveles subestatales. En esta línea, por ejemplo, v. U. MARGEDANT, "Die Föderalismusdiskussion in Deutschland", *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 29-30/2003, pp. 6 a 13. Queda por discutir si del remedio allí propuesto de adoptar un refuerzo de las competencias de los Länder y de un "federalismo competitivo" más explícito resulta la solución ideal al problema, sobre todo considerando las divergencias estructurales que aún subsisten en Alemania, en particular –pero no únicamente– entre las regiones del Este y del Oeste. Para un análisis del tema v. G. KISKER, *Kooperation im Bundestaat*, Mohr, Tübingen 1971.

deral para el Estado en su conjunto[17]. De la combinación de estas dos normas se deriva como consecuencia un auténtico derecho de codecisión de los Länder alemanes en relación a la orientación del voto de Alemania en las deliberaciones de las instituciones comunitarias. La dificultad de alcanzar una posición unitaria entre la Federación, de un lado, y los representantes de los 16 Länder del otro, es tan elevada que en Bruselas la expresión «German Vote» ha entrado ya en la jerga comunitaria como sinónimo de abstención[18], y cuáles sean las repercusiones que ello puede tener en el papel de la República Federal en una Unión Europea con 25 Estados miembros no resulta muy difícil de imaginar.

A estas tres cuestiones principales se han añadido, con el transcurso del tiempo, proyectos de modificación del «status quo» más específicos y sectoriales. Ello no quita para reconocer que los primeros asuntos anotados en la agenda de las reformas habían sido fijados desde tiempo atrás, y que, en ese sentido, también la Comisión para el Federalismo se había impuesto desde el principio alcanzar unas líneas-guía comunes sobre las cuales elaborar unas propuestas de modificación ampliamente compartidas y, por tanto, con razonables probabilidades de traducirse normativamente en la práctica por los órganos institucionales competentes.

4. VIDA (LARGA) Y OBRAS (ESCASAS) DE LA COMISIÓN PARA EL FEDERALISMO

Como se ha dicho, por tanto, la Comisión para el Federalismo fue creada por las dos cámaras del Parlamento alemán a través de dos deliberaciones distintas asumidas con fechas de 16 y 17 de octubre de 2003. Del análisis de las disposiciones en la materia, resulta claramente que nos hallábamos ante una comisión bicameral ampliada dotada de funciones consultivas, con el cometido explícito de definir unas propuestas de reforma encaminadas a materializar una "modernización del ordenamiento del Estado federal".

Se podía hablar con toda razón de una Comisión "ampliada", pues en ella figuraban diversas categorías de componentes, cada una en representación de un ámbito específico de la articulada realidad política alemana:

---

[17] Cfr. art. 23 V-VI LF.

[18] En este sentido, v. las afirmaciones de D. GRIMM en A. DE PETRIS, "Cronaca di un fallimento annunciato? La difficile via alla riforma del federalismo in Germania. Entrevista con el Prof. Dr. Dieter Grimm", *federalismi.it* del 18/11/2004.

además de los dos Presidentes de la Comisión, Franz Müntefering (SPD) y Edmund Stoiber (Jefe del Ejecutivo bávaro y representante del grupo parlamentario federal CDU/CSU), de los otros representantes de los grupos parlamentarios del Bundestag[19], de los componentes del Bundesrat llamados a actuar en nombre de los 16 Länder alemanes, de los representantes del Gobierno federal y de los Landtage o parlamentos regionales, se registraba, de hecho, por vez primera, en un organismo de este género la presencia de un portavoz de la federación de los entes locales, el Prof. Dr. Hans-Günter Henneke. A esta larga lista de representantes institucionales se añadía después un nutrido equipo de expertos en la materia[20], en la mayoría de los casos docentes universitarios de materias constitucionales o iuspublicistas, enviados para hacer propuestas concretas de reforma sobre cuya base pudiesen después discutir los miembros "políticos" de la Comisión, utilizando las líneas-guía surgidas del debate como base para el debate parlamentario que probablemente habría seguido a la fase de actividad del organismo consultivo.

Como se aprecia, por tanto, los aspectos más innovadores de la «Bundestaatskommission» consistían en la voluntad de implicar no sólo a los distintos ámbitos políticos y administrativos del panorama institucional alemán, sino también a los representantes de la comunidad científica, que proporcionarían la contribución principal para la asamblea en términos de instrumentos teóricos y jurídicos, de forma que el debate político tendría una sólida base de discusión.

La Comisión, compuesta, con todo ello, por más de cien elementos, todos con derecho a intervenir en el curso de las sesiones, decidió actuar creando dentro de sí misma dos subgrupos de trabajo, cada uno dirigido por cuatro coordinadores: el primero estaba dedicado al tema "competencias legislativas y derechos de participación de los Länder en el procedimiento legislativo"; el segundo se refería a los "aspectos financieros" del aparato federal del Estado. Como «modus operandi» general, el órgano estableció que, por norma, las sesiones de los dos subgrupos, a las cuales todos los componentes de la Comisión tenían libre acceso, se celebrarían –salvo excepciones– a puerta cerrada, dejando a cada miembro la facultad

[19] De los cinco partidos actualmente representados en el *Bundestag* (SPD, CDU/CSU, GRÜNEN, FDP, PDS), sólo éste último, que cuenta con dos diputados en el Parlamento Federal, no tenía delegados en la Comisión.

[20] Para consultar un elenco completo de los académicos llamados a formar parte de la Comisión, v. A. DE PETRIS, "Il federalismo tedesco alla prova della riforma", *federalismi.it*, 5/2/2004, n. 1.

de decidir libremente en cuál de los dos concentrar su propia actividad. En último lugar, para dar la mayor visibilidad posible a las actividades del órgano consultivo, se dedicó al mismo una sección específica del sitio de internet del Bundesrat[21], en la que se recogían todas las informaciones relativas a la historia, finalidad y composición de la Comisión, así como todo documento producido por sus componentes como material de discusión y los variados informes taquigrafiados que periódicamente ponían por escrito el debate generado en cada una de las sesiones convocadas.

Con la primera reunión del órgano, convocada en Berlín el 7 de noviembre, se declaraban oficialmente inaugurados los trabajos; a ésta seguirían otros diez encuentros, en el curso de los cuales las crónicas políticas registraban alternativamente momentos de amplia convergencia entre las partes implicadas y situaciones de dificultad en las negociaciones: así, por ejemplo, a una declaración general de intenciones del 21/22 de enero de 2004 de volver a realizar "el máximo federalismo posible y el mínimo centralismo necesario", seguían momentos como el del 6 de mayo de 2004, en el que los Länder se declaraban dispuestos a aceptar una reducción de la mitad del número de leyes necesitadas de la aprobación del Bundesrat, a cambio de mayores competencias en materia de política universitaria y de gestión del empleo público. El 11 de noviembre de 2004, de todos modos, los dos representantes de la Comisión, Müntefering y Stoiber, presentaban por primera vez un documento que contenía los puntos cardinales de la reforma en curso, definiéndolo todavía como un "borrador de discusión" a causa de las diversas cuestiones que aún quedaban abiertas.

El debate dentro y fuera de la Comisión, entre reuniones institucionales y encuentros informales entre las diferentes categorías de sujetos implicados, proseguía por tanto febrilmente, a la vista de la conclusión de los trabajos, prevista para mediados de diciembre, cuando el organismo debería hacer públicos los resultados de catorce meses de actividad. A diferencia de los episodios que la habían precedido y a pesar de los clásicos comentarios pesimistas, la «Bundesstaatskommission» parecía al fin capaz de deshacer el mito de la "inmovilidad institucional" de la República Federal: el alumbramiento de la "madre de todas las reformas"[22] parecía entonces cercana.

Efectivamente, el 23 de diciembre de 2004, Müntefering y Stoiber presentaban a la prensa un documento de veintidós páginas que contenía los

---

[21] Cfr. www.*Bundesrat*.de.

[22] En este sentido, E. STOIBER, cit. en M. GEIS, "Niemand will wirklich verzichten", *Die Zeit*, nº 52 del 16/12/2004, p. 6.

detalles de las propuestas elaboradas sobre la base de los trabajos de la Comisión respecto a los cuáles las fuerzas políticas habían alcanzado un compromiso.

En primer lugar, se había alcanzado un acuerdo con respecto a la descentralización de las competencias entre Bund y Länder, hasta el punto de que el número de leyes federales necesitadas del voto favorable del Bundesrat tras la aprobación del Bundestag habría descendido del actual 60% al 35-40% del total, a cambio de una transferencia de competencias legislativas exclusivas de la Federación a las autonomías regionales. De ello se derivaba una nueva organización en el reparto de las potestades legislativas exclusivas de Bund y Länder, de forma que al primero correspondería una competencia plena en las siguientes materias: disciplina de armas y explosivos; actas de notoriedad y documentos de identidad; producción y explotación de la energía atómica; "defensa frente al traslado al extranjero del patrimonio cultural alemán".

Como contrapartida, los Länder recibirían la potestad legislativa exclusiva en los siguientes ámbitos: politicas de vivienda; derecho de reunión; políticas penitenciarias; políticas sobre el notariado; disciplina de los horarios de apertura y cierre de las actividades comerciales; regulación de las actividades de restauración; locales de juego; ferias, exposiciones y mercados; gestión de fondos agrícolas y arrendamientos; reagrupación parcelaria; deporte y tiempo libre; reglamentación general de la prensa.

El acuerdo contenía además innovaciones importantes en el plano económico, dirigidas a lograr una reducción sustancial de los casos de coparticipación financiera de Estado central y entes locales. Por tanto, según esta lógica, los Länder habrían recibido una competencia financiera exclusiva en materia de impuestos sobre las compras inmobiliarias, de financiación de los transportes municipales y de fomento de la edificación residencial, debiendo al mismo tiempo proveer y costear la construcción de nuevos institutos universitarios. Como compensación por tales transferencias, la Federación les habría cedido hasta 2010 una contribución anual para la financiación de dichas actividades, proporcional a la cuota de participación financiera hasta entonces garantizada para las mismas actividades. Finalizado este período de transición se debería verificar si la contribución estatal habría seguido siendo necesaria o no. A esto se añadía un intercambio de expectativas fiscales: los Länder habrían percibido a partir de entonces los ingresos derivados de los seguros automovilísticos y el Bund los provenientes de la tasa de circulación prevista para automóviles, motocicletas y otros medios de transporte.

Por último, el acuerdo establecía una importante novedad en relación con el pacto de estabilidad de la Unión Europea. Éste se habría insertado en la Ley Fundamental y las obligaciones derivadas del mismo habrían vinculado conjuntamente tanto al Bund como a los Länder, según cuanto se estableciese detalladamente en una futura ley federal a aprobar también con el indispensable voto favorable del Bundesrat, y que según las propuestas de la Comisión, debería haber regulado el porcentaje de coparticipación en la financiación de las eventuales sanciones a las que Alemania hubiera tenido que responder en caso de violación del pacto de estabilidad, estableciendo un 65% a cargo de la Federación y un 35% a cargo de los entes regionales. Además, la cuota de sanciones correspondiente a los Länder debería haber sido efectivamente satisfecha en un 65% del total por aquellos Länder cuyas finanzas regionales estuviesen gravadas por un déficit particularmente elevado[23].

A pesar de la amplitud de las materias sobre las cuales se había alcanzado un consenso de máximos, quedaban todavía fuera del acuerdo cinco sectores clave para la organización del ordenamiento federal, en relación con las cuales las partes implicadas aún no habían alcanzado un compromiso: política universitaria, regulación-marco del medio ambiente, competencias de la Oficina Federal Anticrimen, cooperación de los Länder sobre cuestiones y responsabilidades relativas a la Unión Europea.

Como puede apreciarse, por tanto, catorce meses de trabajo habían permitido crear una base sobre la que había sido posible la convergencia de los intereses de los sujetos implicados, pero había sectores sobre los cuales, a pocos días de la conclusión oficial de su actividad, la «Bundestaatskommission» no era capaz de garantizar una conclusión positiva del debate. Quedó bien pronto claro incluso para los más optimistas que, al margen de lo ya alcanzado, las últimas horas de las negociaciones eran decisivas para el resultado de todo el proyecto de reforma.

5. “HASTA EL ÚLTIMO APARTADO”

La semana previa a la última reunión de la Comisión, fijada para el 17 de diciembre de 2004, se abría con la presentación del documento de acuerdo adoptado por sus integrantes. A decir verdad, aún subsistían discrepancias entre las partes implicadas con respecto a algunos de los as-

[23] Sobre todo cfr. “Die Eckpunkte der Reform”, *Spiegel Online*, www.spiegel.de/politik, 13/12/2004 (último acceso: 4/9/2006).

pectos comprendidos en el mismo: el Presidente del Ejecutivo de Baden-Württemberg Erwin Teufel (CDU), por ejemplo, observaba con respecto a la propuesta relativa al pacto de estabilidad que, a su juicio, cada Land debería de poder participar en la financiación de las eventuales sanciones a cargo de Alemania sólo en la medida en que su propio presupuesto fuese efectivamente responsable del déficit de las cuentas públicas alemanas. Sobre este punto resultaba mucho más complaciente el Jefe de Gobierno de Berlín, Klaus Wowereit (SPD), para el cual parecía "comprensible" que las haciendas regionales se vieran implicadas en el pago de eventuales sanciones derivadas del incumplimiento del pacto de estabilidad, dado que los Länder también pueden ser responsables del incumplimiento alemán; el representante socialdemócrata juzgaba en todo caso satisfactoria la racionalización acordada de las competencias legislativas, en cuanto, hasta aquel momento, los Länder habían ejercido indebidamente un derecho de codecisión en materias ajenas a sus competencias efectivas.

Sin embargo, los nudos aún por deshacer, aquéllos en los que el barco de las reformas corría el riesgo de encallarse irremediablemente y que parecían colocar totalmente fuera de juego las proclamas optimistas de los dos presidentes de la Comisión, eran otros. Así:

– Respecto a las formas de representación de Alemania en la UE, no estaba claro si este cometido sería atribuido exclusivamente a la Federación o si se conservaría alguna forma de coparticipación de los Länder y del Bundesrat.

– Respecto a las políticas de medio ambiente, parecía alejarse cada vez más la reorganización del sector auspiciada por los representantes de la Federación y, en particular, por los verdes, orientada a que los Länder obtuviesen unas competencias parciales y que el Bund pudiese emanar una suerte de "Código Civil del Medio ambiente";

– Respecto a la "Legislación marco"[24], estaban avivándose las divergencias entre la oposición, con la secretaria federal de la CDU, Angela Merkel, con toda probabilidad candidata a desafiar al Canciller Schröder en las elecciones inicialmente previstas para septiembre de 2006[25], concentrada en pedir su total eliminación, y el Gobierno federal, expresamente contrario a dicha hipótesis. Merkel fundamentaba su oposición a la figura en las críticas manifestadas al respecto por algunos Länder, según los cuales la

[24] Cfr. Art. 75 LF.

[25] Sobre lo inesperado y repentino de la situación al respecto en la primavera de 2005, v. *infra*, par. 8.

«Rahmengesetzgebung» consentía al Bund intervenir en materias que en realidad pertenecen a la competencia exclusiva de los entes regionales, como la disciplina de las políticas universitarias[26] (el ejemplo, como se verá en breve, no se ha elegido por casualidad). En concreto, los Länder se declaraban en principio abiertos a mantener la "cláusula de necesidad" del art. 72 II LF, pero pedían que fuese definitivamente excluida su aplicación para algunos de sus ámbitos competenciales;

– Respecto a las funciones de la Oficina Federal Anticrimen («Bundeskriminalamt – BKA»), la polémica enfrentaba al Ministro del Interior federal, Otto Schily (SPD), y a algunos de sus homólogos regionales, estando a la cabeza el responsable de la cartera de interior bávara, Günther Beckstein (CSU), por la vía de la reivindicación de una mayor centralización de los poderes en manos del Gobierno para una más eficaz lucha contra el terrorismo. Por iniciativa de los Länder se había presentado «in extremis» una propuesta en virtud de la cual se imputaba al BKA la responsabilidad en los supuestos de intervención contra el terrorismo "en los que subsista un peligro que rebase las fronteras regionales, o no resulte identificable una competencia precisa de las autoridades de policía de un concreto Land, o sea reclamada por las máximas autoridades de policía de un Land".

Tal y como se aprecia, no eran asuntos secundarios para la organización de las relaciones políticas entre centro y periferia y, mientras pasaban las horas y la cita fatídica del 17 de diciembre se acercaba, los llamamientos a la prudencia iban creciendo. Los tonos optimistas dejaban su lugar a declaraciones oscilantes entre la seria preocupación y la amenaza más o menos velada: el "rompecabezas alemán", tal y como se definía el intento de reforma planteado por la Comisión[27], se hallaba ante muchos enigmas de difícil solución. A pesar de ello, la apuesta en juego consistía nada más

---

[26] Los *Länder* en cuestión citaban en defensa de su tesis la reciente controversia surgida entre el Gobierno federal y algunos entes regionales con respecto al intento del primero de introducir en los ateneos a través de ley federal las denominadas "*Juniorprofessuren*", puestos universitarios a tiempo determinado para doctores desprovistos de Habilitación: la cuestión había terminado en el Tribunal Constitucional federal, que la había resuelto a favor de los *Länder* recurrentes, estableciendo que la regulación de la educación universitaria se comprende entre las materias de competencia exclusiva de los entes regionales; se negaba así la corrección de la interpretación de la "cláusula de necesidad" del art. 72 II LF esgrimida en la ocasión por el Gobierno federal, según la cual en el caso en cuestión se habrían cumplido las condiciones para que el *Bund* estuviese legitimado para emanar una disciplina legislativa propia, debiendo el mismo "asegurar en el territorio federal condiciones de vida análogas o […] preservar la unidad jurídica o económica en el interés del Estado en su conjunto", cfr. BVerfG 2 BvF 2/02 del 27/7/2004.

[27] H. PRANTL, "Das deutsche Puzzle", *Sueddeutsche.de*, 13/12/2004.

y nada menos que en la capacidad del sistema político alemán de saber proceder de forma autónoma a la reparación de sus propias deficiencias.

Algunos comenzaban a presagiar una crispación de los frentes, al no estar dispuestos a ceder alguna de las competencias y potestades conquistadas hasta el momento, así como a idear maniobras obstruccionistas de diversas procedencias, cuyos objetivos quedaban aún por esclarecer, con Müntefering y Stoiber obcecados en salvar un proyecto que muchos de entre sus propios compañeros de partido estaban contribuyendo a hundir[28]. Otros observaban que una potestad absoluta de los Länder en determinadas materias no significaba necesariamente una mejora funcional del sistema federal en su conjunto. En defensa de dicha tesis se aportaba el ejemplo de las políticas penitenciarias incluidas por la propuesta de la Comisión entre las competencias exclusivas regionales; una medida que de aplicarse, probablemente habría amenazado la unidad jurídica misma de la «Bundesrepublik», y que podía justificar la crítica del ex Juez constitucional y miembro de la Comisión Dieter Grimm, según el cual "en la reforma para el federalismo se habla mucho de Bund por una parte, y de Länder por otra, pero muy poco de Bund y Länder en su conjunto»"[29].

El 16 de diciembre, tras siete horas de negociaciones, Edmund Stoiber anunciaba un acercamiento de los representantes de los Länder en muchos de los puntos de la reforma aún en discusión: en el ámbito de las políticas universitarias los portavoces regionales se declaraban dispuestos a ceder con respecto a la reivindicación de una potestad exclusiva en la materia, reconociendo al Bund una competencia en materia de admisión de planes de estudio y modalidad de los exámenes finales, mientras la planificación de la oferta formativa y las decisiones relativas a las tasas universitarias serían de ahora en adelante prerrogativa absoluta de los Länder. Sobre el pacto de estabilidad se confirmaba el reparto de cargas para el pago de las eventuales sanciones conectadas al mismo en términos del 65% a cargo del Bund y del 35% de las haciendas regionales; a la Oficina Federal Anticriminalidad se le reconocía una preeminencia en materia de lucha contra el terrorismo a cambio de una mayor influencia de los Länder en la protección contra las catástrofes.

La Presidenta del Ejecutivo de Schleswig-Holstein, Heide Simonis (SPD), saludaba positivamente el avance, mostrándose satisfecha por la supera-

---

[28] Se manifiesta de este modo explícitamente M. GEIS, "Niemand will wirklich verzichten", op. cit.. en nota 22.

[29] Cit. en H. PRANTL, "Das deutsche Puzzle", op. cit.. nota 27.

ción de muchos de los desencuentros que habían obstaculizado el camino de la reforma en los últimos días, y confiando en que aún era posible una conclusión positiva. Mientras, su colega de Turingia, Dieter Althaus (CDU), erigiéndose también en portavoz de los otros cuatro Länder del Este, anunciaba su propia renuncia a la inclusión en la Ley Fundamental de la segunda edición del Pacto de Solidaridad, con el cual se ha previsto la financiación del desarrollo de infraestructuras de la antigua Alemania del Este hasta 2019, considerando garantía suficiente una ley federal aprobada con este propósito. En este punto, la reforma parecía realmente cosa hecha, pero se habían hecho las cuentas sin el posadero, o mejor dicho, sin el "cocinero".

6. ¿DELITO PREMEDITADO?

En semejante clima de optimismo generalizado, parecían injustificadas las advertencias de Jutta Limbach (SPD), ex Presidente del Tribunal Constitucional federal, quien deducía de lo exiguo de las medias acordadas, un probable fracaso de la reforma aparentemente cercana a una conclusión positiva en la fase consultiva, preconizando en tal caso la necesidad de reabrir una instancia de debate sobre los mismos temas tras las elecciones políticas de 2006.

Limbach estuvo, pues, entre los pocos que no se sorprendieron cuando, en la tarde del 17 de diciembre de 2004, en la conclusión de la última sesión de la «Bundestaatskommission», los dos presidentes, Müntefering y Stoiber, anunciaban formalmente su fracaso. Como motivación oficial de la ausencia de éxito se adujo la imposibilidad de alcanzar un compromiso en relación con las políticas universitarias: la reclamación de los Länder de recibir una competencia exclusiva sobre la materia, excluyendo de forma prácticamente definitiva al Bund de cualquier influencia al respecto, no había dejado márgenes de mediación a las partes, hasta el punto de comprometer también todo cuanto ya se había acordado hasta aquel momento.

Obviamente, las distintas versiones sobre la reconstrucción de las últimas horas precedentes a la decisión oficial y, sobre todo, las razones que habían conducido a tal situación, comenzaron inmediatamente a inundar los medios de información. Según Müntefering, tras haber pasado juntos cordialmente la tarde precedente, Stoiber y él se habrían encontrado una vez más para poner a punto los detalles de la sesión del día siguiente alrededor de la media noche. En aquella ocasión el Presidente del Ejecutivo Bávaro había planteado de nuevo el problema de las políticas universitarias, sobre las cuales el Bund debería de haber conservado tan sólo competencias mínimas según las intenciones, si no de todos los Länder, al menos de

todos aquellos guiados por CDU o CSU y algunos de los controlados por el SPD. Frente a esa posición, Müntefering habría propuesto sacar la cuestión universitaria de la reforma, reenviando ese debate a una sesión específica de la Comisión para el mes de enero y concluyendo al mismo tiempo la fase consultiva con la aprobación de cuanto se había acordado sobre los demás temas, pero Stoiber se habría opuesto a esta propuesta. Los Presidentes de los Länder controlados por CDU no habrían aceptado un reenvío de la controversia sobre las competencias en materia de formación universitaria sin una decisión definitiva, planteando de hecho un ultimátum: sin la aprobación de la propuesta en materia de universidades, nada se aprobaría. Müntefering declaraba, pues, haber informado la mañana del 17 de diciembre al Canciller Schröder del inesperado cariz negativo que habían tomado los acontecimientos y, llegados a ese punto, los márgenes para una recomposición de la negociación eran ya demasiado estrechos[30].

Se abría, pues, la caza al culpable, con las acusaciones de rigor entre los dos frentes –articulados no simple y solamente según el signo de partido, sino de forma más amplia y transversal, implicando también el variado reparto Bund/Länder– dirigidas a atribuir al adversario la responsabilidad última del fracaso. Edmund Stoiber se lamentaba por el resultado negativo de un proceso de reforma tan largo y complicado, pero al mismo tiempo subrayaba la responsabilidad socialdemócrata en el fracaso, seguido por sus colegas de la CDU, Dieter Althaus y Peter Müller, jefes de los ejecutivos de Turingia y Sarre respectivamente. En la SPD, Heide Simonis rebatía subrayando su propia decepción por la testarudez e irracionalidad demostrada en la ocasión por los Länder regidos por los partidos de la Unión, mientras el portavoz del Gobierno, Bela Anda, observaba que los escasos resultados obtenidos por el sistema de educación alemán en un reciente estudio internacional hacía irrenunciable el reconocimiento de un papel coordinador de la Federación en el sector[31].

Simultáneamente, muchos de los protagonistas y de los ilustres representantes institucionales auspiciaban una recuperación de las negociaciones tras la pausa navideña, insistiendo en que un fracaso definitivo habría representado una derrota para todas las partes implicadas. Pero ¿es en verdad así?

---

[30] El caso se reconstruye en P. GRASSMANN, "Das langsame Sterben. Kamingespräche, Fraktionssitzungen, Geheimtreffen – und am Ende bleiben Schuldzuweisungen", *Süddeutsche Zeitung*, 18-19/12/2004, p. 5.

[31] Cfr. "Eine große Chance leichtfertig vertan", *Süddeutsche Zeitung*, 18-19/12/2004, p. 1.

7. CAZA AL CULPABLE

La opinión generalizada es que tras catorce meses de encuentros en los que intervinieron más de 100 representantes institucionales y expertos, una amplia, compleja y sufrida propuesta de reforma del federalismo alemán, capaz de simplificar la organización del ordenamiento estatal y que, en caso de haber sido aprobada, podría haberse "escrito el comentario sobre un posavasos de cerveza"[32], fracasa por la incapacidad de los sujetos implicados de hallar un punto de encuentro en materia de políticas universitarias.

Frente a esta idea, resulta más que legítimo preguntarse si efectivamente todo aquello que se había acordado hasta el momento de la ruptura, en sectores como la racionalización de la decisión entre competencias legislativas-marco, exclusivas y concurrentes, la cuota de leyes sobre las que debía mantenerse necesariamente la aprobación del Bundesrat, la financiación conjunta Bund/Länder de las sanciones por violación del pacto de estabilidad, la aceptación de una preeminencia de los órganos de seguridad federales sobre los aparatos de policía de los Länder en la lucha contra el terrorismo internacional, resultaba insignificante ante la posibilidad de arrojar todo al cubo de basura en caso de una falta de acuerdo sobre las universidades.

¿Es, en verdad, el de la formación académica un sector tan sentido por los responsables de los Ejecutivos regionales –o mejor, por algunos de ellos, curiosamente caracterizados por la misma orientación política– como para comprometer por ello todo el trabajo cumplido hasta aquel momento, o, tras la motivación oficial del fracaso, se esconde algo más?

En realidad, las crónicas políticas de los "días calientes" de la negociación recogían una fuerte tensión dentro de la CDU: en concreto, algunos presidentes de los Länder de signo cristiano-demócrata, como Erwin Teufel (Baden-Württemberg), Georg Milbradt (Sajonia) y, sobre todo Roland Koch (Hessen), habrían acusado a Stoiber de haberse mostrado demasiado condescendiente con los rivales socialdemócratas en relación a muchas de las propuestas de reforma colocadas sobre el tapete[33]; a esto ha de añadirse que su colega Eckhardt Rehberg, presidente de la CDU de Mecklenburgo-Pomerania, declaraba cándidamente su estupor al enterarse de que la ra-

---

[32] Así se manifestó el secretario de la CDU Friederich Merz, cit. en H. PRANTL, "Tiefgefrorene Reformen", *Süddeutsche Zeitung*, 18-19/12/2004, p. 5.

[33] Cfr. "Eine große Chance leichtfertig vertan", *Süddeutsche Zeitung*, op. cit.. en nota 31.

zón del fracaso de la Comisión fuese buscada en el desencuentro sobre las políticas universitarias, en cuanto no se había detectado previamente desacuerdo alguno entre los responsables de los trabajos. Parecía ya cierto que la Federación sólo habría conservado la competencia legislativa en lo relativo a la admisibilidad de los planes de estudio y a la disciplina de los exámenes finales, mientras todo el resto habría pasado definitivamente a los Länder[34]. ¿Dónde se hallaba, por tanto, la razón de la disputa?

¿Podría tratarse de una cuestión de principio? Stoiber, una vez más, a pocas horas de la noticia de la debacle, declaraba que la educación (en el sentido amplio de la palabra) "es dominio de los Länder", sobre la cual aquéllos tendrían la competencia y potestad legislativa exclusivas, y que sin una regulación clara del sector "no habría podido subsistir jamás el equilibrio entre Federación y autonomías regionales"[35].

En verdad, del texto de la Ley Fundamental resultan normas muy variadas que contradicen esta afirmación: se lee, de hecho, que "el sistema escolar en su conjunto queda sometido a la supervisión del Estado"[36] (sin distinciones entre autoridades federales y regionales), que "el Estado federal tiene el derecho, en las condiciones establecidas por el art. 72[37], de elaborar disposiciones "marco" para la legislación de los Länder [entre otras cosas, con respecto a] los principios generales de la enseñanza superior"[38], que "el Estado federal participa en la ejecución de los cometidos de los Länder, cuando dichos cometidos sean de relevancia colectiva y el concurso del Estado federal resulte necesario para la mejora de las condiciones de vida [entre otros en el sector de la] ampliación y construcción de institutos superiores de enseñanza, comprendidas las clínicas universitarias"[39], y, por último, que "el Estado federal y los Länder pueden cooperar, sobre la base de acuerdos, en la planificación de la educación y en la promoción de organismos y proyectos de investigación científica de relevancia suprarregional"[40]. Por tanto, tal y como se aprecia, hay asideros bastantes

---

[34] Cfr. "Nach Streit um Bildungspolitik: Föderalismus-Reform gescheitert", en *www.faz.net*, 17/12/2004.

[35] Ibidem.

[36] Art. 7 I LF.

[37] Se trata de la citada "cláusula de necesidad", según la cual el Estado federal tiene el poder de legislar en el ámbito de la legislación concurrente allí donde una disciplina legislativa federal resulte necesaria para asegurar en el territorio federal condiciones de vida análogas o [...] para preservar la unidad jurídica o económica en el interés del Estado en su conjunto.

[38] Art. 75 I 1a LF.

[39] Art. 91a I 1 LF.

[40] Art. 91b LF.

para contradecir el punto de vista de Stoiber con respecto a la presunta exclusividad de las potestades de los Länder en materia de educación, ya sea ésta superior o no.

Además, no ha de olvidarse que por parte del Gobierno se había mantenido hasta el final la propuesta de reenviar el debate sobre la difícil cuestión de las competencias universitarias, precisamente para evitar comprometer el resto de las propuestas sobre las cuales, por el contrario, se había alcanzado un consenso de máximos: Si los representantes de la Unión hubiesen estado verdaderamente interesados en salvaguardar los resultados logrados por la Comisión, nada le habría impedido seguir el camino sugerido por Müntefering, aplazando la discusión del tema en concreto a un segundo momento, teniendo a su disposición la "espada de Damocles" del auténtico debate parlamentario sobre las reformas. No haber escogido esta vía, sino la de obtener el efecto diametralmente opuesto precisamente en nombre de la autonomía regional en materia de educación superior suscita, pues, la sospecha sobre la hipótesis de que las razones reales que estaban en la base de dicho comportamiento fuesen otras, y que la batalla librada por el control de los centros educativos habría representado solamente el «casus belli» ocasional para alcanzar el objetivo de evitar que las propuestas de la «Bundestaatskommission» gozasen de unas posibilidades reales de traducirse en efectivas medidas de reforma del ordenamiento federal[41]. Pero, ¿quién podía tener interés en boicotear la actuación de la Comisión?

De entre todos los protagonistas políticos del presente caso, un representante político podría responder a este perfil: Roland Koch (CDU), Presidente del Ejecutivo de Hessen[42]. Recordemos que fue precisamente él quien, junto con algunos de sus colegas de la Unión, criticó la excesiva condescendencia de Stoiber hacia el SPD; a ello se añade que, tanto en el plano político general como dentro del partido, el verdadero fundamento de la importancia de Koch y de los «Ministerpräsidenten» como él, trae causa precisamente del actual reparto de las competencias legislativas entre Bund y Länder. El hecho de que más de la mitad de las leyes federales tengan momentáneamente necesidad del visto bueno del Bundesrat para poder ser aprobadas, pone, de hecho, a disposición de los titulares de los votos dis-

---

[41] También se manifestaba escéptico sobre el hecho de que la falta de acuerdo en materia de política universitaria haya representado la auténtica razón del fracaso de la Comisión D. GRIMM, *Die gescheiterte Reform*, (manuscrito).

[42] H. PRANTL, "Konsens + Konsens + Konsens + Dissens = Dissens. Warum die Neu-Organisation der Bundesrepublik vorerst gescheitert ist, aber nicht scheitern darf", *Süddeutsche Zeitung*, 18-19/12/2004, p. 4.

ponibles en la segunda Cámara alemana –es decir, de los Gobiernos regionales y, en concreto, de sus Presidentes– un poder que va mucho más allá de las facultades de organización institucional que se les reconocen. Es precisamente a través de las posiciones adoptadas durante el curso de los debates que preceden a las declaraciones de voto de la Cámara de los Länder, mucho más que en su condición de responsables de la administración de los Länder a los que pertenecen, cómo Koch y sus colegas pueden esperar, en relación con los actuales desequilibrios institucionales, la conquista de un espacio político propio y un protagonismo significativo también a desempeñar a escala federal. Resulta fácilmente intuible, pues, que una reforma que cuenta entre sus objetivos declarados, a través de una racionalización del reparto de las competencias entre centro y periferia, con la reducción del radio de influencia del Bundesrat sobre la potestad legislativa federal, representa para aquéllos un serio peligro de redimensionamiento de su papel político, condenándoles en caso de éxito a quedar comprendidos, quizás definitivamente, al ámbito de su "recinto regional", del cual, hasta ahora, habían tenido la oportunidad de "salirse", jugando sus propias cartas en el más atractivo tablero de la política federal.

Por tanto, el hecho de que la «Bundestaatskommission» hubiera concluido su largo trabajo sin resultados, no representaba un suceso negativo para el conjunto del panorama político alemán.

8. CONDOLENCIAS PRECIPITADAS

A pesar del desilusionante resultado del largo «iter» seguido por la reforma, ha de subrayarse que desde el 17 de diciembre de 2004 en adelante y en los meses siguientes se han ido levantando, cada con más frecuencia, voces provenientes de todas las partes políticas y en representación de todos los ámbitos institucionales, para que cuanto de positivo se había alcanzado en las sesiones de la Comisión no se perdiera irremediablemente.

El Presidente Federal, Horst Köhler, por ejemplo, no ha desaprovechado la ocasión para destacar la necesidad de recuperar cuanto antes las negociaciones, si es posible, sacando adelante cuanto ya se había acordado en los meses anteriores y buscando al mismo tiempo alcanzar un compromiso con respecto a los puntos más críticos y controvertidos o, como alternativa, nombrar una nueva asamblea consultiva que reactivara desde el inicio el debate sobre la cuestión. Por cierto, en las semanas inmediatamente siguientes a la notificación del fracaso por parte de Stoiber y Müntefering la mayor parte de los políticos y de los implicados en los trabajos compartía

la sensación de que Alemania había perdido una gran oportunidad para adecuar su propia estructura federal a las necesidades de la política actual. Durante varios meses, las crónicas políticas alemanas registraron «debates» más o menos acalorados contra el presunto estancamiento del ordenamiento institucional de la «Bundesrepublik», hasta que, impredeciblemente, la situación cambió completamente en pocas semanas y la que parecía una cuestión definitivamente cerrada volvió a reabrirse repentinamente.

9. "¡GOLPE DE ESCENA!"

A mediados de 2005, cuando el panorama político comenzaba a preparar lentamente las estrategias electorales ante la cercanía del voto popular para la renovación del Parlamento federal, prevista para septiembre de 2006, en un movimiento sorpresa, después de la dura derrota de su propio partido en las elecciones regionales en Renania-Westfalia, el entonces Canciller socialdemócrata Gerhard Schröder decidió acelerar los plazos y, siguiendo un procedimiento tan controvertido como para requerir un pronunciamiento del Tribunal Constitucional federal, solicitó al Presidente Federal Köhler la disolución anticipada del Bundestag, adelantando de este modo un año la consulta electoral[43]. El resultado electoral del 18 de septiembre de 2005 –al que se añade la "cola" de las elecciones celebradas en el distrito electoral de Dresde 1 el 2 de octubre– produjo una situación política de difícil solución, resuelta tan sólo algunas semanas después con la creación de la segunda Gran Coalición entre CDU/CSU y SPD tras la experiencia de 1966/69[44]. La alianza de gobierno entre los dos mayores partidos alemanes implicaba, entre otras cosas, la ruptura de muchos de los motivos que habían llevado a la no aprobación del proyecto de reforma del sistema federal pocos meses antes, el cual, de hecho, era ahora recuperado y colocado entre los objetivos principales del próximo Ejecutivo. A pesar de que el panorama político del nuevo Bundestag no dejase lugar a sorpresas, considerando la aplastante mayoría de la que disponía la coalición de gobierno, se decidió modificar el «modus operandi» precedentemente seguido por la Comisión Bicameral: las últimas sesiones de negociación sobre los

[43] Sobre las controversias constitucionales del asunto v. S. APEL, C. KÖRBER & T. WIHL, "The Decision of the German Federal Constitutional Court of 25 August 2005 Regarding the Dissolution of National Parliament", *German Law Journal*, Vol. 6, Nr. 9, pp. 1233 a 1254.

[44] Sobre el resultado del voto y las valoraciones de los equilibrios resultantes de las urnas alemanas, consiéntasenos reenviar a: A. DE PETRIS, "Germania anno 2005: semplice ingovernabilità o 'Neuer Anfang'?", en *www.federalismi.it*, 22/9/2005 (último acceso: 11/7/2006).

detalles de la reforma se mantuvieron rigurosamente a puerta cerrada, con el claro intento de impedir intervenciones obstruccionistas por parte de «lobbies» y corrientes de partido hostiles al proyecto. Por otra parte, tras una primera vuelta de consultas sobre el proyecto por parte de las distintas comisiones del Bundestag, la Comisión para las reformas constitucionales, que ha conducido todo el «iter» de aprobación, mantuvo conjuntamente con la Comisión para las Cuestiones Internas del Bundesrat sobre los contenidos de la reforma la más larga sesión (¡siete días completos de trabajo!) de la historia de la RFA, abierta al público y retransmitida en directo por televisión[45]. Todo fue recogido después en un documento-resumen de los resultados alcanzados por el grupo de trabajo de la Coalición en materia de reforma del federalismo, cuya versión final lleva la fecha del 7 de noviembre de 2005, resultando a todos los efectos parte integrante del acuerdo de coalición estipulado entre CDU, CSU y SPD el 18 de noviembre[46].

10. LA "MADRE DE TODAS LAS REFORMAS"

La reforma persigue el ambicioso proyecto de racionalizar el ordenamiento federal en su conjunto, abandonando por vez primera la política de adecuaciones puntuales practicada en las legislaturas precedentes, debida probablemente a la conciencia de no contar tanto en el Bundestag como en el Bundesrat con las amplias mayorías indispensables para la aprobación de revisiones estructurales del ordenamiento alemán[47]. A ello sigue que, como ya se ha indicado, la "madre de todas las reformas" termina por modificar de forma incisiva la Ley Fundamental. Por la amplitud del alcance normativo provocado por la modificación en cuestión, en muchos de los comentarios realizados en un primer momento se recurrió a tonos enfáticos –cuando no explícitamente retóricos– para describir su alcance: valga por todas la observación del Presidente del Bundestag, Norbert Lammert (CDU),

---

[45] Cfr. H. MEYER, "Der Bund-Länder-Kompromiss über die Reform des deutschen Föderalismus", relación presentada al Instituto de Estudios sobre sistemas regionales federales y autonomías «Massimo Severo Giannini», 14/6/2006, p. 5 (se agradece encarecidamente al Prof. Dr. Hans Meyer por haber puesto a disposición del autor una versión escrita de la relación).

[46] Cfr. *Koalitionsvertrag*, pp. 145 a 191, pero también en el Preámbulo, p. 12, y Título V ("Handlungsfähigkeit des Staates verbessern"), espec. pp. 93 a 94, accesible en el sitio www.Bundesrat.de (último acceso: 24/8/2006)

[47] Para una descripción en italiano de los contenidos de la reforma del federalismo alemán v. también A. GRAGNANI, "Il nuovo progetto di riforma del federalismo tedesco", en *www.issirfa.cnr.it* (último acceso: 11/7/2006).

quien, a la conclusión de las fases de votación de la Cámara por él presidida apuntó cómo "desde la promulgación de la Ley Fundamental en 1949, ésta es una norma que, tanto por el número como por la importancia de las modificaciones en relación a la misma, representa la mayor alteración del ordenamiento constitucional de la República Federal alemana"[48].

Pese a las reacciones de entusiasmo por la aprobación del proyecto, no ha resultado fácil, de todas formas, alcanzar un acuerdo sobre las cuestiones más debatidas de la reforma. En este sentido, resulta emblemático, por ejemplo, el episodio de las negociaciones relativas a la revisión del art. 48 de la Ley Fundamental, mediante el cual la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal ha decidido reconocer al Bundesrat un sustancial derecho de veto sobre buena parte de la legislación federal en cuya aplicación quedan también implicados de alguna forma los Länder[49]. A cambio de la reestructuración llevada a cabo en este ámbito con respecto al papel de la segunda Cámara y, en consecuencia, de los entes regionales que la misma representa, los Presidentes de los Ejecutivos de los Länder han buscado una compensación en materia económica, obteniendo el derecho a emitir un dictamen vinculante sobre las leyes federales que obligan a los entes regionales a distribuir prestaciones financieras frente a terceros, un poder extremadamente importante en sectores estratégicos de la hacienda pública, como el social y asistencial[50]. De todas maneras, desde este punto de vista, el resultado que la reforma se había prefijado parece haberse alcanzado: una vez que sea aplicado el nuevo sistema de reparto de las competencias legislativas, debería verse reducida la cantidad de leyes federales sujetas a aprobación del Bundesrat, que debería pasar del actual 60% a cerca del 35-40%: según un estudio aportado por el Bundestag, si se hubiese aplicado a la actividad legislativa de la XIV (1998-2002) y XV Legislatura (2002-2005), la reforma habría producido una reducción de la cantidad de leyes sometidas a aprobación del Bundesrat del 54,8 al 25,8 y del 50,6 al 24,0%[51] respectivamente.

---

[48] V. "Parlament stimmt Föderalismusreform zu", en *www.spiegel.de*, 30/7/20006.

[49] Sobre la complejidad del papel del Bundesrat en el ordenamiento federal alemán v. C. HILLGRUBER, "German Federalism – An Outdated Relict?", *German Law Journal*, Vol. 6, nº 10, pp. 1271 a 1282.

[50] Cfr. H. MEYER, "Der *Bund-Länder*-Kompromiss", op. cit.., pp. 7 y 8.

[51] Cfr. H. GEORGICI & S. BORHANIAN, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform. Wie hätte sich der Anteil der Zustimmungsgesetze verändert, wenn die vorgeschlagene Reform schon 1998 in Kraft gewesen wäre?*, Deutscher *Bundestag*, Wissenschaftliche Dienste, Berlin, 2006, cit. en J. WOELK, "La riforma del sistema federale tedesco: riuscito il primo atto", en *www.federalismi.it*, n. 16 (último acceso: 24/8/2006).

En todo caso, la reforma recibió finalmente el voto favorable de la mayoría del Bundestag y del Bundesrat en dos jornadas distintas: el 30 de junio de 2006, 428 Diputados de la Cámara de representación nacional aprobaron la medida, superando de este modo el límite de los dos tercios de los componentes del Bundestag (410 sobre 614) constitucionalmente prevista para la ocasión, frente a 162 votos contrarios –entre los cuales, los de 15 representantes socialdemócratas– y tres abstenciones[52]. Sin embargo, resultaba en alguna medida más complicada la situación en el Bundesrat, donde pese a que la Gran Coalición entre CDU/CSU y SPD permitiese excluir sorpresas de última hora, los reparos de algunos Gobiernos regionales con respecto al conjunto de la reforma podían dar pie a mayorías más estrechas. En concreto, el portavoz del Ejecutivo de Mecklenburgo-Pomerania, presidido por una alianza entre socialdemócratas y PDS, partido que reúne a los nostálgicos del régimen comunista de la DDR, había anunciado su voto contrario al proyecto de revisión constitucional, no compartiendo el nuevo reparto de competencias en materia de medio ambiente y educación; también entre los Ejecutivos conservadores se detectaron voces disidentes, sobre todo entre los representantes de Schleswig-Holstein –presidido por una reedición a escala subestatal de la «Gran Coalición» entre CDU y SPD, bajo la Presidencia del cristiano-demócrata Peter Harry Carstensen–, quienes, en el momento de deliberar, optaron por abstenerse[53]. En cualquier caso, todo esto no impidió que el 7 de julio de 2006 la reforma obtuviese el sí de 62 componentes del Bundesrat, superando también en este caso el quórum de 46 votos favorables de los 69 necesarios para completar el «iter» parlamentario.

Verificada su conformidad constitucional en el plano procesal, el Presidente procedió a firmar y promulgar la reforma. Con ello, sin embargo, no se había concluido el proceso de actualización del federalismo alemán: de hecho, precisamente la reorganización de las relaciones económico-financieras entre Bund y Länder debería constituir el objeto de una segunda etapa de revisión constitucional, cuya aprobación estaría prevista para antes de la conclusión de 2009, año en el que la actual «Gran Coalición», siempre y cuando agote la legislatura, termina su experiencia de gobierno[54].

---

[52] Cfr. informe de la 44.a sesión del XVI *Bundestag*, 30/6/2006, disponible en el sitio www.*Bundestag*.de.

[53] V. *Bundesrat verabschiedet Föderalismusreform*, en el sitio www.spiegel.de, 7/7/2006.

[54] J. WOELK, "La riforma del sistema federale tedesco", op. cit.., p. 5.

11. LOS CONTENIDOS DE LA REFORMA

Desde el punto de vista de su contenido normativo, el proyecto de reforma preparado y presentado por el Gobierno federal –que ha supuesto en total la modificación de cerca de cuarenta disposiciones constitucionales[55]– tienen sus principales referencias normativas en:

– un proyecto de ley de reforma constitucional, presentado con texto idéntico en el Bundestag, conjuntamente por los grupos parlamentarios de CDU/CSU y SPD[56], y en el Bundesrat a iniciativa de los Länder de Baviera, Berlín, Bremen y Renania-Westfalia[57];

– un proyecto de ley de acompañamiento de la reforma, que explica las disposiciones legislativas ordinarias afectadas, presentado también mediante un texto idéntico en el Bundestag por los grupos parlamentarios de CDU/CSU y SPD[58], y en el Bundesrat a iniciativa de los Länder de Baviera, Berlín, Bremen y Renania-Westfalia[59].

En el plano de los contenidos, éstas son las principales novedades de la modificación constitucional:

a) Competencias de los Länder

Todo Land decidirá autónomamente en el futuro con respecto a los horarios de cierre de establecimientos y actividades comerciales, aunque resulta probable que los Parlamentos regionales procedan a disciplinar más detalladamente la materia al respecto. La gestión de locales de restauración, prensa, caza, exposiciones feriales, contaminación acústica provocada por deportes y actividades de ocio, así como la reordenación catastral quedarán comprendidas también entre las potestades de los Länder. Por el

---

[55] En concreto, se han visto afectados por el texto de la modificación los arts. 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c y 143c de la Ley Fundamental alemana.

[56] BTag Drucksache 16/813, accesible en el sitio del *Bundestag* en la dirección http://dip.*Bundestag*.de/btd/16/008/1600813.pdf (último acceso: 11/7/2006).

[57] BRat Drucksache 178/06, accesible en el sitio del *Bundesrat* en la dirección http://www.*Bundesrat*.de/cln_051/nn_8344/SharedDocs/Drucksachen/2006/0101-200/178-06,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/178-06.pdf (último acceso: 11/7/2006).

[58] BTag Drucksache 16/814, accesible en el sitio del *Bundestag* en la dirección http://dip.*Bundestag*.de/btd/16/008/1600814.pdf (último acceso: 11/7/2006).

[59] BRat Drucksache 179/06, accesible en el sitio del *Bundesrat* en la dirección http://www.*Bundesrat*.de/cln_051/nn_8344/SharedDocs/Drucksachen/2006/0101-200/179-06,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/179-06.pdf (último acceso: 11/7/2006).

contrario, pasan a las materias de competencia exclusiva de la Federación los servicios de registro civil y la expedición de los documentos de identidad, la energía atómica, la regulación de las aguas y de los explosivos, la asistencia a las víctimas de guerra, los servicios notariales y la tutela del patrimonio cultural alemán. Ha de señalarse, además, la abolición de la «Rahmengesetzgebung», la competencia legislativa-marco reconocida a la Federación por el art. 75 LF.

b) Régimen de los funcionarios públicos

La remuneración de los funcionarios y dependientes de la Administración Pública se convierte en competencia exclusiva de los Länder. Por tanto, todo Land habrá de establecer autónomamente en el futuro la entidad de los sueldos de su propio personal público. Se ha suscitado ya el temor de que semejante medida pueda terminar por colocar a los Länder más ricos en condición de acaparar los funcionarios y dependientes más capacitados ofreciendo mejores condiciones retributivas en perjuicio de las estructuras administrativas de los Länder más pobres.

c) Universidades

En materia de universidades, los Jefes de Gobierno de los Länder y los partidos de la Unión han aceptado a última hora una propuesta socialdemócrata que había auspiciado una más amplia capacidad de intervención de la Federación en el sector[60]. El Presidente del Ejecutivo bávaro, Edmund Stoiber, y el jefe de la SPD, Kurt Beck, alcanzaron un acuerdo para una reformulación del art. 91b de la Ley Fundamental. En relación con esta modificación, la prohibición de cooperación entre Federación y Länder en la materia resulta, por tanto, mitigada, consintiéndoles financiar conjuntamente "proyectos científicos y de investigación en las universidades", siempre y cuando todos los Länder den su aprobación. Ha de subrayarse cómo el concepto de "ciencia" se ha extendido también en este ámbito a la enseñanza académica, con un posible apoyo financiero del Bund no sólo para los proyectos de investigación, sino también para los docentes universita-

[60] Es oportuno recordar cómo entre las motivaciones oficiales del fracaso de la Comisión Bicameral creada en 2003 fue aducida precisamente la voluntad de algunos *Länder* –o mejor, de algunos Jefes de Ejecutivos regionales– de incluir entre las competencias exclusivas de los *Länder* la gestión de las políticas universitarias, cfr. A. DE PETRIS, "L'«antiriforma» del federalismo tedesco: un giallo istituzionale", op. cit.

rios. En este caso, sin embargo, se hace necesaria la aprobación unánime del Bundesrat, con la consiguiente posibilidad para cada Land de imponer su propio veto en la materia. Más allá de este concreto ejemplo, sin embargo, las políticas universitarias son atribuidas casi exclusivamente a los Länder: la ley-marco federal sobre las universidades es abolida, y la competencia sobre la construcción de inmuebles universitarios también se transfiere a los entes regionales.

d) Educación

También en materia de educación escolar algunos miembros de la SPD habrían preferido una capacidad de intervención de la Federación: a diferencia del sector universitario, se elimina cualquier competencia del Bund en materia escolar.

e) Derecho de reunión

La disciplina precedente preveía en materia de derecho de reunión una deliberación del Bundestag con la necesaria autorización del Bundesrat; de ahora en adelante corresponde exclusivamente al Land concretamente afectado por la reunión en cuestión el poder de autorizarla o no.

f) Ciudades

Con el fin de evitar que las haciendas de las administraciones de las ciudades se vean sobrecargadas por encima de sus capacidades, a partir de ahora, la Federación ya no podrá emanar leyes que transfieran más competencias a ciudades y municipios, elevando de esta forma sus costes.

g) Ejecución de las normas penales

La competencia legislativa en materia de ejecución de normas penales corresponde a partir de ahora exclusivamente a los Länder. Cada Land decidirá autónomamente cómo gestionar y qué dotaciones tendrán las prisiones. Esta norma ha sido objeto de grandes polémicas durante mucho tiempo, en cuanto muchos críticos temían que, por ejemplo, por razones económicas, los Länder pudiesen eliminar estándares unitarios en la materia.

h) Servicios asistenciales

Hasta ahora era la Federación la que decretaba los estándares a los que debían atenerse los centros sanitarios y de asistencia alemanas. En un

futuro serán los Länder los que decidirán, entre otras cosas, la entidad del personal a emplear en las estructuras asistenciales y de hospitalización para ancianos. También en este ámbito se han elevado voces críticas por parte de quienes temen que, por razones de ahorro, algunos Länder puedan reducir la calidad y la cantidad de prestaciones en el sector, reclamando que se fijen unos estándares nacionales vinculantes para todos los entes subestatales.

i) Berlín

El estatus de capital federal para Berlín es definitivamente establecido por la nueva versión del art. 22 de la Ley Fundamental, cuyo apartado I establece en concreto que "la representación del Estado unitario en la capital es cometido de la Federación". A esto debería añadirse una ley federal encaminada a asegurar el mantenimiento en vigor de la "ley sobre Bonn y Berlín" emanada en 1994, según la cual una parte de los Ministerios federales se mantienen en la ex-capital situada a orillas del Rin.

j) Medio ambiente

La nueva regulación de la materia resulta poco clara: durante mucho tiempo los políticos expertos en el sector han estado enfrentados con respecto al reparto de las competencias en medio ambiente, para después llegar a un acuerdo sobre una disciplina más bien compleja. En relación con la misma, la Federación tiene tan sólo tres años de tiempo, tal y como se estableció en el Acuerdo de Coalición entre las fuerzas de gobierno, para preparar un Código del Medio ambiente («Umweltgesetzbuch» – UGB). A los Länder se les reserva, en todo caso, la posibilidad de apartarse de la disciplina federal en sectores específicos como, por ejemplo, en la protección del patrimonio natural. Los críticos de la norma temen que, a pesar de los objetivos perseguidos por el código federal, la unidad del sector pudiese quedar seriamente comprometida por las disciplinas emanadas por cada Länder[61].

[61] Para un análisis sobre los distintos aspectos de la reforma en materia medioambiental v. el conjunto de trabajos publicados en el nº. 7-8/2006 de la *Zeitschrift für Umweltrecht*, en particular los siguientes: M. KLOEPFER, "Föderalismusreform und Umweltgesetzgebungskompetenzen" (pp. 338 a 340); H. W. LOUIS, "Die Gesetzgebungszuständigkeit für Naturschutz und Landschaftspflege nach dem Gesetzentwurf zur Föderalismusreform" (pp. 340 a 344); A. GINZKY & J. RECHENBERG, "Die Gewässerschutz in der Föderalismusreform" (pp. 344 a 350); H. WENDENBURG, "Die Abfallwirtschaft in der Föderalismusreform" (pp. 351 a 353).

k) Europa

Los derechos de los Länder en Bruselas experimentan una limitación. La nueva versión del art. 23 LF establece que, dentro de la Unión Europea, los mismos podrán enviar en un futuro a un delegado propio –nombrado por el Bundesrat– en condición de representante de la Federación y solamente para las negociaciones que afecten a la formación escolar, la cultura y la regulación de la radiotelevisión. En las materias restantes, el Gobierno federal alemán podrá tratar de forma exclusiva e independiente sobre las posiciones de los distintos entes regionales.

l) Criterios de Maastricht

El Ministro de Hacienda, Peer Steinbrück (SPD), está firmemente decidido a incorporarse a los parámetros económicos de Maastricht con el presupuesto federal de 2007. Siempre y cuando esto no sucediese, se aplicará el denominado "Pacto de estabilidad nacional", actualmente incluido en la Ley Fundamental. Este establece que los Länder corresponsables del endeudamiento también deben participar en las sanciones aplicadas en consecuencia por las autoridades comunitarias, a razón del 35% de su monto, mientras el 65% restante queda a cargo de los fondos federales. El 35% de la sanción correspondiente a los Länder se reparte como sigue: el 35% se divide equitativamente entre todos los entes regionales, mientras el 65% restante debe ser aportado por los Länder que sean efectivamente responsables de los gastos que han causado el endeudamiento[62].

m) Reparto de competencias financieras entre Federación y Länder

Las relaciones financieras entre Federación y Länder serán reguladas en una segunda fase del proceso de reforma del ordenamiento federal. La Canciller Angela Merkel y los Jefes de los Ejecutivos regionales han acordado recientemente una "lista abierta" de temas a tratar, a la cual se hará referencia tras la pausa estival de las actividades políticas. Entre estos se encuentran: un sistema de pre-alarma para evitar emergencias presupuestarias, unos criterios para la medición consentida del endeudamiento de los Länder y de los instrumentos normativos para la ejecución de dichos crite-

[62] Para una reconstrucción en lengua italiana de la relación entre el ordenamiento federal, disciplina del trabajo y previsión social v. T. BLANKE, "Federalismo/devolution e diritto del lavoro: l'esperienza tedesca", *Lavoro e diritto*, 3/2001, pp. 509 a 525 (traducido por M. Borzaga).

rios. Como se ha dicho, a pesar de todo, la factibilidad de estas modificaciones ulteriores dependerá en mucho de la capacidad de resistencia de la actual Coalición durante todo el período de la legislatura.

n) Fusión de Länder

Recientemente se han elevado muchas voces a favor de una unificación de los Länder más pequeños y pobres. Frente a reacciones contrapuestas de los responsables de los ejecutivos regionales, es probable que el argumento vuelva a estar en boga en el momento en que se ponga en marcha la segunda parte de la reforma[63].

12. CONCLUSIONES: METODOLOGÍAS DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL SOMETIDAS A COMPARACIÓN

La introducción al proyecto de ley de revisión constitucional presentado en el Bundestag por CDU/CSU y SPD especifica que el objetivo final perseguido es conseguir una racionalización de las competencias entre Federación y Länder, obteniendo, de este modo, un reforzamiento efectivo de su autonomía: la intención última es que dicha reorganización pueda producir efectos positivos en el presupuesto público. En concreto, la introducción precisa que "la mejora de las capacidades de reforma del Estado mediante una ampliación del espacio de intervención de los distintos niveles legislativos y administrativos crea las condiciones para una utilización más eficiente de los recursos estatales, un desarrollo económico más dinámico y la consolidación de las finanzas públicas"[64].

Naturalmente, es aún pronto para expresar valoraciones fundadas sobre el resultado efectivo de las medidas de reforma apenas aprobadas en el ordenamiento alemán: para el alcance de algunas de sus líneas-guía, la nueva organización del federalismo de la «Bundesrepublik» podrá producir efectos concretos sólo cuando la misma entre plenamente en vigor, cosa que, por otra parte, dependerá en buena medida de las normas legislativas de ejecución que serán emanadas tanto por la Federación como por los Länder en los distintos ámbitos de competencia. A pesar de ello, al final de

---

[63] En relación con el tema v. en lengua italiana K. SCHUBERT, & J. WAGNER, "Federalismo e riordino territoriale. La fallita fusione di Berlino e Brandeburgo ovvero le particolarità del federalismo tedesco", *Quaderni Costituzionali*, 1/1998, pp. 51 a 71 (traducido por A. Pasinato).

[64] BTag Drucksache 16/813, letra D, op. cit..

este breve «excursus» quizás sea posible realizar dos breves observaciones conclusivas, una procesal y otra sustantiva.

En primer lugar, la gestación de la reforma muestra que, al menos en Alemania, la necesidad de que las modificaciones de las normas fundamentales del ordenamiento estatal sean preparadas buscando el más amplio consenso entre las fuerzas políticas es algo aceptado por todos, desde la conciencia de que –más allá de las exigencias procedimentales impuestas por las disposiciones constitucionales en la materia– del respeto a dichas condiciones dependerá la aceptación de las mismas reformas por la sociedad.

En segundo lugar, por último, la reforma introduce en clasificación binaria entre federalismo competitivo y federalismo cooperativo (o solidario)[65] un «tertium» inédito: un federalismo que quizás podría definirse como "racionalizado", es decir, enfocado a alcanzar objetivos de eficiencia y funcionalidad en la gestión de la cosa pública prescindiendo de orientaciones políticas peculiares, sino más bien dirigido preferentemente hacia la tutela del interés colectivo, incluso a costa de sacrificar un principio cardinal del ordenamiento federal como es el de la uniformidad, referido de forma especial a la homogeneidad de las condiciones materiales de vida a garantizar en todo el territorio de la «Bundesrepublik»[66]. También respecto a esto, sólo el tiempo podrá decir si estamos ante un nuevo «genus» de las formas de gobierno federal o si se trata de la enésima tentativa de un mero «restyling» institucional.

Por otra parte, resulta evidente que el eventual éxito de medidas de alcance tan delicado depende también en gran parte de variables cuyo funcionamiento resulta momentáneamente de una valoración compleja. En concreto, la conformación que asumirán en los próximos 12-24 meses tanto el panorama político y el de los partidos (en el Bund y en los Länder) como

---

[65] Para una reconstrucción diacrónica de la clasificación del federalismo alemán, en concreto con respecto a sus implicaciones económico financieras, v. A. B. GUNLICKS, "German Federalism and Recent Reform Efforts", *German Law Journal*, Vol. 6, nº 10, pp. 1283 a 1295. Para un sintético *excursus* en lengua italiana sobre el análisis comparativo de los diversos modelos de federalismo en Alemania, en lo referente a los aspectos fiscales, v. J. WIELAND, "Problemi del federalismo fiscale", *Le Regioni*, 2/2000, pp. 389 a 403.

[66] Cfr. Art. 72 II LF. Bastante cauto en cuanto a las interrelaciones entre la reforma del sistema federal y la tutela de estándares mínimos relativos a las prestaciones del Estado social D. SCHEFOLD, "Sulla problematica della riforma del federalismo in Germania" (traducido por L. Ronchetti), disponible en el sitio del Instituto de Estudios sobre los sistemas regionales federales y autonomías «Massimo Severo Giannini» www.issirfa.cnr.it (último acceso: 4/9/2006).

la organización de las alianzas de gobierno a escala subestatal –también destinado este último a reflejarse directamente en las orientaciones de voto del Bundesrat– condicionará inevitablemente no sólo la entrada en vigor de la reforma aprobada, sino también la actuación del Ejecutivo federal: sobre todo si formaciones políticas actualmente en la oposición consiguiesen resultados particularmente positivos en las próximas elecciones para la renovación de los parlamentos regionales, obligando de este modo a CDU y SPD, artífices del actual oleada reformista precisamente en virtud de su momentánea alianza en la dirección del Gobierno federal, a cerrar acuerdos de signo distinto en los Ejecutivos de los Länder. Además de cambiar la composición y, por tanto, las orientaciones de voto del Bundesrat, una perspectiva semejante podría reavivar las divergencias y contraposiciones tradicionalmente existentes entre Länder de la Unión y socialdemócratas, hasta el momento aparcadas por razones de oportunidad. De qué manera podría reflejarse ello tanto sobre la resistencia del Ejecutivo liderado por la Canciller federal Angela Merkel, como sobre la plena ejecución de la reforma constitucional recién aprobada, constituye una cuestión a la que sólo las crónicas políticas alemanas de los años venideros podrán dar una respuesta.

RESUMEN

El presente artículo describe el recientemente activado proceso de reforma en el que se halla inmerso en la actualidad el ordenamiento federal alemán. En el desarrollo del mismo se efectúa un detallado seguimiento de la crónica política que ha acompañado al referido proceso, dando cuenta de los factores que en un primer momento determinaron su bloqueo y de los que, posteriormente, disolvieron el mismo. A la descripción del complicado juego de intereses entre Estado federal y los distintos Länder, así como entre las propias formaciones políticas representadas en el seno de los mismos, se añade un análisis resumido de los contenidos efectivos de la reforma finalmente pactados.

PALABRAS CLAVE: Federalismo, federalismo alemán, procesos de reforma del Estado federal, reforma constitucional

ABSTRACT

The present article describes the recently activated reform process in which the German federal legal system is immersed at the present time. In order to explain this

process the author makes a detailed review of the political chronicle which have accompanied it, referring all the factors that from first moment were decisive for its blockade and those which, later, helped to dissolve the process. With this aim, a description of the complicated game of interests between Federal State and their different Länder, as well as between the political groups represented inside them is made. To conclude, the article adds a summarized analysis of the effective contents of the reform that finally took place by means of an agreement among the Federal State and the Länder.

KEY WORDS: federalism, German federalism, reform processes of the Federal State, constitutional reform.

SENTIDO Y ALCANCE DE LA REFORMA DEL FEDERALISMO ALEMÁN*

Ignacio Gutiérrez Gutiérrez**

SUMARIO

1.- Principio federal y modelos federales

2.- Antecedentes, procedimiento y líneas generales de la reforma

3.- Tres hipótesis sobre las reformas constitucionales que afectan a la organización territorial del poder

4.- Balance y epílogo

---

* El presente trabajo está concebido como parte del proyecto I+D del Ministerio de Educación "La reforma de los Estatutos de Autonomía en el marco del proceso de constitucionalización de la Unión Europea" (SEJ2005-07735/JURI, 2005-2008), dirigido por Carlos de Cabo Martín. El estudio se cierra durante una estancia investigadora en el Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte de Frankfurt am Main, financiada por dicha entidad y dirigida por Michael Stolleis; enlaza con una publicación anterior, "La fallida reforma del federalismo alemán", *TRC* 16, p. 377 ss., parcialmente elaborada durante otra estancia en Alemania, aquella vez en la Universidad Humboldt de Berlín, dirigida por Dieter Grimm y amparada en una beca de la Fundación Alexander von Humboldt, así como con la ponencia "Tres hipótesis sobre las reformas constitucionales que afectan a la organización territorial del poder", defendida en el VIII Seminario Internacional del Instituto Iberoamericano de Estudios Constitucionales celebrado en la Universidad de Alicante en mayo de 2006 bajo el lema "La reforma constitucional". La documentación parlamentaria que maneja este trabajo, tanto de la *Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung* que funcionó durante los años 2003/2004 (*Föderalismuskommission*; las actas de sus sesiones públicas se paginaron correlativamente, y sus documentos de trabajo se identifican como *Kommissionsdrucksache*) como del procedimiento legislativo que culmina en la reforma de la Ley Fundamental, es accesible desde la página web que el Bundesrat dedica a la reforma del federalismo, en: http://www.bundesrat.de/ch_050/nn_6898/DE/foederalismus/foederalismus-node__nnn=true

** Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad Nacional de Educación a Distancia

1. PRINCIPIO FEDERAL Y MODELOS FEDERALES

La Ley Fundamental de Bonn ha sido reformada por quincuagésimo segunda vez en cincuenta y siete años de vigencia. Pero en este caso, y frente a lo ocurrido en otras muchas ocasiones, no se trataba de retocar un solo precepto o de regular un ámbito material bien delimitado. La reciente reforma afecta a veinticinco artículos de la Ley Fundamental; y, sin embargo, cuando se habla de la reforma más importante desde 1949 no se alude principalmente al aspecto cuantitativo, sino a la pretensión de proyectarla sobre el entendimiento del federalismo como principio constitucional. Se habla, en efecto, de pasar del vigente «federalismo cooperativo» a un nuevo «federalismo competitivo». El sentido y el alcance de tal intento, así como el grado de su efectiva realización, deben constituir el objeto de un trabajo concebido como introducción general a un número monográfico sobre la reforma, en el que los problemas particulares recibirán un tratamiento diferenciado.

Si se trata, pues, de valorar la eventual entrada del federalismo alemán en una nueva fase histórica, los antecedentes de la reforma habrían de rastrearse hasta llegar a los orígenes mismos de la estructura reformada, y habría que profundizar en sus fundamentos hasta dar con los rasgos básicos que identifican el principio federal y que permiten, al mismo tiempo, diferenciar sus concreciones en el tiempo conforme a modelos más o menos esquemáticos. Pero, naturalmente, no tiene sentido reconstruir aquí el largo proceso de formación del federalismo alemán[1], incorporado a la Ley Fundamental de Bonn como uno de los principios básicos que el art. 79.3 GG sustrae a la acción del legislador constituido incluso cuando éste, bajo ciertas condiciones procedimentales, dispone del poder de reformar el texto de la Ley Fundamental.

Es preciso comenzar aquí, sin embargo, poniendo de manifiesto que esa garantía constitucional de intangibilidad, sobre la que descansa la identidad de la Constitución alemana[2], no se extiende a una concreta concep-

---

[1] Una iluminadora síntesis, precisamente concebida para identificar las continuidades esenciales del modelo ante el actual proceso de reforma, en J. WIELAND, "Schriftliche Stellungnahme" (para las conclusiones) y "Deutschlands Zukunft als Bundesstaat", Anexos al *Stenografischer Bericht* de la sesión de los días 15 y 16 de mayo de 2006, conjunta de las Comisiones de Justicia del Bundestag y de Interior del Bundesrat, pp. 355 y s. y 362 y ss.

[2] Cfr. sólo P. KIRCHHOF, "Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten", en J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, 1. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 1987, pp. 775 y ss.

ción del régimen federal, que de este modo queda abierto a la acción de los poderes constituidos[3]. De hecho, la mayor parte de las reformas de la Ley Fundamental ha guardado relación con la regulación del federalismo; pues, como viene observando desde hace años Peter Lerche, "el sentido y la relatividad de la distinción entre aprobación y desarrollo de la Constitución se pueden observar muy bien" en las Constituciones federales, que "en cierta medida permiten en adelante la supervivencia de los poderes constituyentes originarios que les dieron vida. En tal sentido no están completamente constitucionalizados (...) Ello condiciona la especial flexibilidad y necesidad de renovación de las formas federativas que caracterizan al ordenamiento del Estado federal (...) La Constitución de cualquier Estado federal que merezca tal nombre depende siempre, hasta cierto punto, de la fuerza creadora originaria, siempre en constante renovación, que da lugar a la constitucionalización de la federación"[4].

Tampoco resulta necesario ahora detallar los desarrollos y las transformaciones del régimen federal trazado en 1949 por la Ley Fundamental de Bonn[5], porque no se trata de analizar cambios concretos, sino de valorar la posibilidad de reducirlos a una sucesión de modelos más o menos arquetípicos[6].

Inicialmente, la Ley Fundamental diferencia con relativa claridad las tareas y los recursos del Bund y de los Länder. La extensión de las competencias del Bund, por lo demás, quedaba sujeta a restricciones aparentemente severas; baste señalar, por ejemplo, la exigencia de justificar el

---

[3] Cfr. las limitadas prestaciones que del art. 79.3 GG extrae M. JESTAEDT, "Bundesstaat als Verfassungsprinzip", en J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 2004, pp. 821 ss., esp. 833 y ss.

[4] P. LERCHE "Europäische Staatlichkeit und die Identität des Grundgesetzes", en B. BENDER, R. BREUER, F. OSSENBÜHL, H. SENDLER, *Rechsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag*, München: Beck, 1993, pp. 143 y s.; la idea se remonta a su ponencia "Föderalismus als nationales und internationales Ordnungsprinzip", VVDStRL 21, 1964, pp. 66 ss.

[5] Cfr. por todos las referencias al Estado federal en H. HOFMANN, "Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis 1990", pp. 74 y ss., y H. BAUER, "Die Verfassungentwicklung des wiedervereinten Deutschland", pp. 105 y ss., ambos en J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 2003.

[6] Cfr. por ejemplo H. BAUER, "Bundesstaatstheorie und Grundgesetz", en A. BLANKENAGEL, I. PERNICE und H. SCHULZE-FIELITZ i.V.m. M. KOTZUR, L. MICHAEL, M. MORLOK und R. STETTNER (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag*, pp. 667 y ss.

ejercicio, concebido como subsidiario, de las llamadas «competencias concurrentes». Pero tal modelo inicial, en buena medida determinado por las reticencias de las potencias ocupantes ante la reconstrucción de un poderoso Estado en Alemania, resulta extraño a la tradición democrática alemana, para la que el federalismo ha estado siempre asociado al poder reaccionario de las monarquías territoriales, incluso a la memoria del feudalismo. Además, la reordenación territorial de los Länder, que la propia Ley Fundamental juzgaba provisional, les privaba de una tradición propia que justificara su posición determinante.

Con tan frágiles bases, el modelo de la Ley Fundamental se vio pronto superado por una práctica que, ya en 1962, Konrad Hesse redujo a un afortunado concepto: el «Estado federal unitario»[7]. Recurriendo de nuevo al ejemplo anterior: el Tribunal Constitucional considera que las condiciones de ejercicio de las competencias concurrentes por parte del Bund no pueden ser objeto de control jurisdiccional, su presencia debe ser valorada discrecionalmente por el legislador. La consecuente concentración de competencias legislativas en la Federación, con importantes derechos de participación reservados a los gobiernos de los Länder representados en el Bundesrat, condujo así a un singular «federalismo de ejecución».

Las tendencias centralizadoras se refuerzan aún más con el «federalismo cooperativo», caracterizado por la utilización que el Bund hace de sus recursos financieros para potenciar, pero también para codeterminar, el ejercicio de competencias que siguen bajo el control de los Länder (cooperación vertical). Como instrumento de control de los Länder sobre tal desarrollo de la imbricación administrativa se incrementan las competencias del Bundesrat; también en la medida en que aumentan los casos en que ha de aplicarse el art. 84 GG, que desde un principio imponía su concurso para las leyes federales que afectaran al procedimiento o la organización administrativas, materias en principio de la competencia de los Länder. La reforma de la Ley Fundamental aprobada por la primera gran coalición en 1969, como resultado de un proceso de información y consultas abierto ya en 1964, formaliza esas formas de financiación mixta; reformas adicionales adoptadas en los años siguientes amplían las competencias legislativas de la Federación. Entretanto, los Länder tienden a ejercer las tareas que aún retienen en un régimen de cooperación horizontal, mediante acuerdos entre ellos o con la creación de órganos o instituciones comunes.

La experiencia, sin embargo, puso de manifiesto algunos riesgos del federalismo cooperativo, en el que las responsabilidades por la adopción de

---

[7] K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe: Müller, 1962.

decisiones públicas quedan finalmente difuminadas entre la Federación y los Länder, el Gobierno apoyado por el Bundestag y el Bundesrat, la mayoría y la oposición en los no raros periodos en los que ésta posee capacidad de bloqueo en esta segunda Cámara, los procesos públicos de decisión democrática y los compromisos secretos adoptados en la Comisión de Mediación entre ambas Cámaras. La reforma de 1994 recorta el fácil recurso de la Federación a la legislación concurrente y a la legislación marco, pero las nuevas garantías de la subsidiariedad federal se plantean al margen de los problemas de entrecruzamiento competencial propios del federalismo cooperativo[8]. Una alternativa a esta situación ofrece el modelo del «federalismo competitivo», que parece estar en los orígenes de la actual reforma.

2. ANTECEDENTES, PROCEDIMIENTO Y LÍNEAS GENERALES DE LA REFORMA

2.1. El propio proyecto de ley de reforma constitucional invoca como antecedentes sendas decisiones de la Conferencia de Presidentes de los Länder adoptadas hace ya ocho y cinco años, un acuerdo de diciembre de 2001 entre el Canciller y los Presidentes de Gobierno de los Länder, los dos grupos de trabajo que a lo largo de 2002 fijaron las posiciones respectivas y describieron los problemas fundamentales del federalismo, así como los contactos posteriores que, finalmente, condujeron a la creación por parte del Bundestag y el Bundesrat, mediante Resoluciones adoptadas respectivamente los días 16 y 17 de octubre del año 2003, de una Comisión conjunta cuyo objetivo era elevar propuestas a las cámaras legislativas orientadas a la modernización del régimen federal de la República Federal de Alemania[9]. Tales propuestas, que comprendían naturalmente la reforma de la Ley Fundamental, debían estar elaboradas dentro del año 2004; pero, como es sabido, el 17 de diciembre de ese año los presidentes de la Comisión, Edmund Stoiber y Franz Müntefering, protocolizaron la ausencia del consenso exigido.

Y no porque hubiera disenso en el diagnóstico de las dificultades del federalismo, en la apreciación de la necesidad de la reforma o incluso en

---

[8] Una síntesis de los problemas a los que se enfrentaba hasta ahora el régimen federal en Alemania puede verse en mi estudio "La fallida reforma del federalismo alemán", cit. en la primera nota.

[9] Sobre su composición, organización y trabajos, pero también sobre sus objetivos y resultados, cfr. de nuevo el estudio mencionado en la primera nota.

sus principios orientadores. El 13 de diciembre, los dos presidentes habían remitido a los comisionados un borrador de propuesta que comprendía transformaciones significativas del régimen federal, aunque dejaba algunos extremos abiertos. Múltiples instancias políticas, sociales y económicas propusieron, nada más conocerse el fracaso de la Comisión, la pronta reanudación de las negociaciones a partir de los acuerdos alcanzados. El desarrollo de la vida política alemana, abocada a unas inmediatas elecciones, impedía que tales iniciativas tuvieran eficacia formal. Pero lo cierto es que, incluso en tal contexto, los presidentes de la Comisión prosiguieron sus contactos.

El acuerdo de gran coalición rubricado por socialdemócratas (SPD) y democristianos (CDU y CSU) el 11 de Noviembre de 2005, casi dos meses después de que las elecciones del 18 de septiembre ofrecieran un resultado de muy compleja gestión política, incluía como anexo el texto elaborado por el correspondiente grupo de trabajo sobre la reforma del federalismo, cerrado el 7 de noviembre y explícitamente basado en los mencionados trabajos de Stoiber y Müntefering[10]. Después de este compromiso entre los dos grandes partidos del Bundestag era preciso que los Länder se incorporaran también al proceso; algo que ocurrió mediante un acuerdo adoptado conjuntamente entre sus Presidentes de Gobierno y la Canciller el 14 de diciembre de 2005. Las negociaciones entre Bund y Länder se cierran provisionalmente el 16 de febrero, de manera que se hace posible presentar el correspondiente proyecto de reforma conforme al calendario previsto, para que las modificaciones de la Ley Fundamental queden aprobadas antes del verano. El 7 de marzo de 2006 ejercen la iniciativa, respectivamente en el Bundesrat y en el Bundestag, los Länder de Berlín, Bremen, Baviera y Renania del Norte-Westfalia y los grupos parlamentarios que sustentan la gran coalición. Simultáneamente se tramita una Ley de acompañamiento de la reforma constitucional, que modifica diecisiete cuerpos legales ya existentes y supone la adopción de cuatro nuevas leyes.

No resulta sorprendente, pero sí significativo, que el procedimiento legislativo, formalmente iniciado sólo en este momento, sea extraordinariamente rápido, al menos teniendo en cuenta la amplitud y trascendencia de las materias abordadas[11]. Es cierto que, tras el exhaustivo asesoramiento

---

[10] Cfr. p. 93 del Acuerdo *Gemeisam für Deutschland — Mit Mut und Menschlichkeit*, pp. 144 y ss. para el mencionado anexo.

[11] Cfr. ya la advertencia de R. STEGNER, *Plenarprotokoll* de la 820 sesión del Bundesrat, 10 de marzo de 2006, p. 59, cuando se presenta la reforma ante la Cámara; inequívocamente dirá luego W. REINHART, p. 61, que "el día de hoy señala el final, no el principio de la

que recibió la Comisión sobre el Federalismo, las Comisiones de Justicia del Bundestag y de Interior del Bundesrat mantuvieron entre el 15 de mayo y el 2 de junio ocho audiencias públicas, celebradas en sesión conjunta y repartidas en siete jornadas de trabajo intensivo, en las que numerosísimos expertos expusieron informes sobre la reforma y respondieron a preguntas que les plantearon los parlamentarios; pero tampoco sorprende que estos juicios técnicos, ya decisivamente orientados por el concreto proyecto de reforma que se sometía a su valoración, recibieran escasa atención por parte de quienes en último extremo dirigían el procedimiento legislativo. Las decisiones políticas ya estaban tomadas de antemano, los leves retoques que se introdujeron a lo largo del procedimiento no pretendían mejoras técnicas, sino matizar los equilibrios políticos alcanzados. La Comisión de Justicia del Bundestag adopta finalmente una propuesta de reforma de la Ley Fundamental el 28 de Junio de 2006, que es aprobada por la Cámara dos días después, el 30, y por el Bundesrat el día 7 de julio. La entrada en vigor de la reforma se produce el 1 de septiembre, al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial[12], tras haber recibido la firma del Presidente de la República el día 28 de Agosto[13].

2.2 El acuerdo de 14 de diciembre de 2005, al que ya nos hemos referido, señala como fines de la reforma una más clara distribución de las competencias legislativas y la eliminación de la legislación marco, la reducción de las posibilidades de bloqueo de la legislación atribuidas al Bundesrat, la supresión de los supuestos de financiación mixta y la reforma de las denominadas «ayudas financieras», así como, finalmente, la reforma de la representación de Alemania en el Consejo de la Unión Europea y la determinación constitucional de la distribución interna de las responsabilidades financieras frente a Europa. Ello supone que se mantienen en lo esencial tanto el espíritu que anima la reforma desde sus inicios como los elementos centrales del equilibrio necesario para llevarla adelante.

En efecto, como ya se había planteado en el momento de constituir la Comisión conjunta de ambas Cámaras en 2003, para evitar que los Länder

---

discusión". Y véase también la viva discusión con la que se abre la sesión de 30 de junio del Bundestag, *Plenarprotokoll* pp. 4234 a 4238.

[12] *BGBl* 2006, Teil I, Nr. 41, pp. 2034 a 2038.

[13] Por lo que se refiere a la Ley de acompañamiento, publicada en día 11 de septiembre (*BGBl* 2006, Teil I, Nr. 42, pp. 2098 a 2107), el art. 22 diferencia entre artículos que entran en vigor al día siguiente de su publicación, artículos que entran en vigor el 1 de enero de 2007 y un artículo, referido a las tareas comunitarias, que quedará sin vigor el 31 de diciembre de 2019.

bloqueen la política de la Federación es preciso disminuir los supuestos en los que las leyes federales requieren la conformidad del Bundesrat. Pero los Länder exigen, en contrapartida, que se amplíen sus competencias legislativas, revirtiendo el proceso mediante el cual la atribución de competencias a la Federación se compensaba mediante el reforzamiento del Bundesrat. Y, en segundo lugar, desean que se establezcan garantías para que la legislación federal que en adelante pueda ser adoptada por la mayoría del Bundestag sin el concurso del Bundesrat no interfiera en sus competencias. Conforme al resumen que ya propuso Edmund Stoiber en aquel momento, se trata de reducir las competencias de los Gobiernos de los Länder en el Bundestag para incrementar las de los Parlamentos de cada Land[14]; o, en la formulación de Thomas de Maizière[15], de sustituir las garantías de procedimiento que corresponden al conjunto de los Länder, en forma de atribuciones del Bundesrat, por competencias materiales que cada Land ejercitará por separado[16]. Las modificaciones referidas a aspectos financieros y a la representación de Alemania en Europa también pretenden contribuir a deshacer el nudo competencial que se ha ido formando bajo el modelo del federalismo cooperativo.

Tales objetivos proyectan la reforma sobre una buena parte de las reglas, principios e instituciones que configuran el complejo régimen federal alemán, se concretan en muy diversas materias y suponen la incorporación de instrumentos novedosos; otros desaparecen, como la legislación marco[17]. La descripción detallada del contenido de la reforma es abordada en

---

[14] *Föderalismuskommision* p. 5; cfr. también p. 127, al presentar ante la Comisión la posición común sobre la reforma acordada por los Länder en la Conferencia de Presidentes celebrada el 6 de mayo de 2004 en Berlín. Y véase, desde esa perspectiva, "Die Reform des Föderalismus – Positionspapier der Fraktionsvorsitzenden der Landtage in der Föderalismuskommission", *Kommisssionsdrucksache* 0036, 14.04.2004.

[15] *Föderalismuskommision* p. 42.

[16] Cfr. no obstante la crítica al "principio de separación nítida de las competencias" de F.W. SCHARPF, "Thesenpapier", Anexo al *Stenografischer Bericht* de la sesión de los días 15 y 16 de mayo de 2006, conjunta de las Comisiones de Justicia del Bundestag y de Interior del Bundesrat, pp. 340 y s.

[17] En cuyo ámbito el Tribunal Constitucional había admitido normas de aplicación directa y regulaciones exhaustivas; la anterior revisión restrictiva de la Ley Fundamental incrementa las posibilidades de control jurisdiccional sobre el legislador federal, pero simultáneamente plantea múltiples problemas prácticos. Si en la Comisión sobre el Federalismo se mantuvo hasta el final esta modalidad normativa fue debido a las discrepancias acerca de la asignación de ciertas competencias, no porque la figura suscitara particulares adhesiones; cfr. por todos P. STEINBRÜCK, *Föderalismuskommision* p.11, o H. MEYER, p. 63. Reservas frente a la eventual desaparición de la legislación marco son expresadas, en cualquier caso, por N. RÖTTGEN, *Föderalismuskommision* p. 33, W. KRETSCHMANN, p. 40, así como por R. SCHOLZ,

otros artículos de esta misma revista[18], pero quizá merezca la pena llamar la atención aquí sobre algunos aspectos significativos.

Entre ellos se cuenta, desde luego, la inaplicación para algunas materias, en especial las procedentes de la anterior legislación marco, de la cláusula que somete la adopción de legislación federal en las competencias concurrentes a ciertos condicionamientos materiales, en particular la creación de unas condiciones de desarrollo vital equivalentes en todo el territorio federal o la garantía de la unidad jurídica y económica en interés del Estado en su conjunto. La reforma de 1994 había pretendido reforzar la eficacia de tales requisitos, cuya concurrencia, como ya hemos señalado, el Tribunal Constitucional no se consideraba hasta ese momento en condiciones de controlar. Y precisamente el tardío éxito de tal reforma, concretado a partir del año 2002 en varias resoluciones del Tribunal Constitucional, pone de manifiesto más problemas prácticos que ventajas efectivas para los Länder[19]. Ahora se restringe la aplicación de la cláusula. Para los supuestos en los que el ejercicio de la competencia federal sigue sometido a tales requisitos, pero éstos han dejado de concurrir, la reforma pretende evitar la petrificación de la legislación federal existente mediante una nueva

---

p. 69 y 74, y E. SCHMIDT-JORTZIG, p. 75. A. BENZ (p. 52) alude también a la eventual necesidad de establecer reglas de coordinación, principios comunes o estándares regulativos en materias que vayan a ser transferidas a los Länder. Las reservas siguen formulándose en el último proceso de reforma (cfr. por ejemplo G. FRANK, "Stellungnahme", Anexo al *Stenografischer Bericht* de la sesión de los días 15 y 16 de mayo de 2006, conjunta de las Comisiones de Justicia del Bundestag y de Interior del Bundesrat, pp. 202 y ss.).

[18] Cfr. también la panorámica general de M. A. MARTÍN VIDA, "La reforma del federalismo alemán. Una visión general", *TRC* 18, pp. 337 y ss. En Alemania se pueden consultar, como primeras aproximaciones, J. IPSEN, "Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Länder nach der Föderalismusnovelle", *Neue Juristische Wochenschrift* 39/2006, pp. 2801 ss., y especialmente U. HÄDE, "Zur Föderalismusreform in Deutschland", *Juristenzeitung* 19/2006, pp. 930 y ss.

[19] Cfr. H. MEYER, *Föderalismuskommision* pp. 62 y s., así como "Neujustierung der Gesetzgebungkompetenzen und Neuordnung der Zustimmungsrechte des Bundesrates bei der Rechtsetzung", *Kommissionsdrucksache* 0013, 16.01.2004, pp. 6 y ss., y *Kommissionsdrucksache* 0071 –*neu*- f, 31.08.2004, pp. 4 y ss. Con mayor desarrollo y un detallado análisis de la jurisprudencia, H. BACHMAIER, V. KRÖNING, J. STÜNKER (con el apoyo de H. MEYER), "Thesen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 72II, 75 GG –insbesondere Altenpflege und Junioprofessorenentscheidung", *Kommissionsdrucksache* 0077, 28.09.2004. La última de estas sentencias, que se publica cuando los trabajos de la Comisión ya están relativamente avanzados, da pie a que V. KRÖNING plantee a los expertos que la asesoran una serie de preguntas sobre la nueva ordenación de competencias y, en particular, sobre el art. 72.2 GG (*Kommissionsdrucksache* 0071 – neu, 18.08.2004); de las numerosas respuestas cabe tomar en consideración especialmente F. W. SCHARPF, 0071 –neu- a, 19.08.2004; A. BENZ, 0071 –*neu*- c, 25.08.2004, pp. 4 y s.; H. MEYER, 0071 –*neu*- f, p. 9, en respuesta a ambos; H.-P. SCHNEIDER, 0071 –*neu*- h, 27.09.2004, pp. 2 y ss.

competencia del Tribunal Constitucional, orientada a confirmar la disponibilidad de la materia para los Länder cuando el legislador federal haya rechazado el proyecto de ley dirigido a constatarla.

También merece la pena destacar el nuevo derecho de los Länder a apartarse de las leyes federales en algunas de las materias objeto de legislación concurrente, así como, por regla general, de la regulación sobre procedimiento y organización administrativos que se adopte en virtud del art. 84 GG. Esta solución, que ya fue apuntada en la Comisión sobre el federalismo[20], resultó entonces descartada por los problemas prácticos a que podía dar lugar[21]; sólo se recoge en aquel momento, y con cautelas, en el marco del mencionado art. 84. Ahora, la facultad es reconocida, dejando a salvo la excepción prevista en el art. 84 GG[22], en unos términos incondicionales que tampoco coinciden con los que en su momento propusieron los expertos[23]. El aplazamiento de la entrada en vigor de las leyes federa-

---

[20] Cfr. "Föderalismusreform – Positionspapier der Ministerpräsidenten", *Kommissionsdrucksache* 0045, 14.05.2004, p. 3, y sobre todo F. W. SCHARPF, *Föderalismuskommision* pp. 65 y s.; "Stellungnahme", *Kommissionsdrucksache* 0007, 10.12.2003, pp. 9 y s.; "Zur Neujustierung der Gesetzgebungskompetenzen", *Kommissionsdrucksache* 0014, 21.01.2004, pp. 4 y ss.; *Kommissionsdurcksache* 0071 –*neu*- a, 19.08.2004, pp. 2 y s.; "Anmerkungen zum 'asymetrischen und lernfähigen Föderalismus", *Kommissionsdrucksache* 0080, 04.10.2004; "Abweichungsrechte als realisierung des Subsidiaritätsprinzips", *Kommissionsdrucksache* 0087, 15.11.2004.

[21] Cfr. H. MEYER, "Neujustierung der Gesetzgebungkompetenzen und Neuordnung der Zustimmungsrechte des Bundesrates bei der Rechtsetzung", *Kommissionsdrucksache* 0013, 16.01.2004, pp. 19 y ss.; D. GRIMM, "Zugriffsrechte und Öffnungsklauseln bei der konkurrierenden Gesetzgebung", *Kommissionsdrucksache* 0018, 29.01.2004, apartado 6; F. KIRCHHOF, *Föderalismuskommision* pp. 59 y s. Sobre los eventuales problemas financieros cfr. H.-G. HENNEKE, *Föderalismuskommision,* p. 44.

[22] Cuando en la *Föderalismuskommission* fue planteada la necesidad de introducir tales excepciones en el art. 84 (cfr. J. STÜNKER, *Föderalismuskommission* p. 166, para el planteamiento general, y la defensa de D. GRIMM, p. 169; R. STEENBLOCK, p. 169 y s.; W. BOSBACH, p. 170; R. SCHOLZ, pp. 171 y s.; R. KÜNAST, pp. 173 y s.), objetaron W. GERHARDS, pp. 167 y 175 s., y Th. de MAIZIÈRE, p. 168, que la Federación dispone ya de suficientes facultades constitucionales para asegurar la ejecución leal de sus leyes; y añaden E. SCHIMIDT-JORTZIG, pp. 168 y s., J. WIELAND, pp. 172 y s., P. M. HUBER, p. 174, y N. RÖTTGEN, pp. 177 y s., que tal excepción bien podría acabar convirtiéndose en regla, de modo que la problemática situación a la que se ha llegado con el vigente art. 84 GG no se viera alterada en la práctica. Sobre la actual reforma nos remitimos, de nuevo, a los estudios recogidos en esta misma revista.

[23] Que por ejemplo proponían condicionar el derecho de los Länder a una autorización previa del Bundesrat, o someter su ejercicio al control posterior de dicho órgano constitucional; cfr. por todos F. W. SCHARPF, "Abweichungsrechte als Realisierung des Subsidiaritätsprinzips", *Kommissionsdrucksache* 0087, 15.11.2004. Reservas frente a la nueva regulación por parte de quienes en principio defienden la figura pueden verse, por ejemplo,

les, con el que la actual reforma pretende evitar que el principio cronológico, que sustituye en estos casos a la clásica prevalencia federal, impida a los Länder reaccionar a tiempo ante las innovaciones introducidas por el Bund, incrementa las complejidades jurídicas y debilita la posición política del Bundestag, sin que la ventaja obtenida por los Länder pueda considerarse significativa[24].

Algunas otras disposiciones podrían acabar teniendo un alcance dogmático insospechado, como la aparente opción por la teoría federal trimembre que incidentalmente, a través de la referencia al «Gesamtstaat», se desliza en el nuevo art. 22.1 GG[25], dedicado a consagrar a Berlín como capital de la República Federal e, implícitamente, a apoyar financieramente a un Land cuya trascendencia simbólica apenas es compatible con las dificultades económicas que padece[26]. Pero éste y otros problemas específicos, como ya hemos dicho, deben quedar aquí relegados en beneficio de una perspectiva más general, que articularemos a continuación en forma de hipótesis.

3. TRES HIPÓTESIS SOBRE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES QUE AFECTAN A LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL PODER

Para atribuir sentido a la reforma, más allá de la inmediata composición de intereses políticos que representa su adopción, partiremos de unas hipótesis generales que, a nuestro juicio, permiten reconstruir de manera inteligible los debates que han conducido a ella. Pretenden poner en relación a) las circunstancias históricas generales en las que se apela a la reforma constitucional de la organización territorial del poder, b) el alcance de tales reformas sobre la construcción dogmática del Derecho constitucional en el Estado social y c) las condiciones políticas en las que cabe llevar a buen fin tales proyectos.

---

en P. M. HUBER, "Stellungnahme", Anexo al *Stenografischer Bericht* de la sesión de los días 15 y 16 de mayo de 2006, conjunta de las Comisiones de Justicia del Bundestag y de Interior del Bundesrat, pp. 229 ss., y F. W. SCHARPF, "Thesenpapier", Anexo citado, pp. 341 y ss.

[24] Cfr. H. MEYER, "Stellungnahme", Anexo al *Stenografischer Bericht* de la sesión de los días 15 y 16 de mayo de 2006, conjunta de las Comisiones de Justicia del Bundestag y de Interior del Bundesrat, pp. 262 ss.; F. W. SCHARPF, "Thesenpapier", Anexo citado, p. 342, n. 8; Ch. MÖLLERS, *Stenografischer Bericht* de la misma sesión, pp. 12 y 31; U. HÄDE, cit. en la nota nº 18, pp. 932 y ss.

[25] Cfr. U. HÄDE, cit. en la nota nº 18, p. 938. Sobre el sentido que conserva la opción por las teorías trimembres o bimembres cfr. recientemente H. BAUER, cit. en la nota nº 6, pp. 662 y ss.

[26] Cfr. la reciente BVerfGE de 19 de Octubre de 2006, 2 BvF 3/09, que ciertamente no atiende a tales consideraciones.

3.1. La rearticulación de la distribución territorial del poder acredita su imprescindible consideración unitaria: federalismo competitivo y globalización.

La primera hipótesis que resulta acreditada por los debates alemanes es de muy simple formulación, incluso de una cierta evidencia: las (re)articulaciones territoriales que se están produciendo en algunos Estados resultan al menos hasta cierto punto determinadas por los procesos concurrentes de «globalización» y «europeización». La génesis y la orientación de las reformas pueden ser explicadas en parte, pues, atendiendo al sentido y alcance de su vinculación con la globalización y con la integración europea.

3.1. a) Las tareas que el Estado y sus instituciones asumen al integrarse en la Unión Europea postulan un reequilibrio de las competencias en el seno de los propios Estados miembros, así como la articulación interna de procedimientos y responsabilidades. Ello afecta, de modo particular, a la distribución territorial del poder, que implica ahora tres niveles: la Unión Europea, la Federación y los Länder. Los debates se plantean en torno a tres potenciales fuentes de conflicto: la incorporación del Derecho comunitario, que no siempre es fácil de acomodar al régimen de distribución de competencias entre Bund y Länder establecido por la Ley Fundamental, y que bien puede dar lugar a responsabilidad; la distribución entre el Bund y los Länder de las sanciones en las que pudiera incurrir Alemania por incumplimiento del célebre Pacto de Estabilidad y Crecimiento, en particular a causa de su recurrente déficit presupuestario; y, finalmente, la necesidad de que el Estado traslade a la Unión Europea una voluntad en cuya formación se haya tenido en cuenta la propia articulación territorial de la República Federal.

Ahora bien, al margen de los ajustes constitucionales derivados de estas cuestiones[27], también se invocan las tendencias del proceso de integración europea como orientación general para la reforma del federalismo; porque, a fin de cuentas, con la integración europea los Estados miembros habrían perdido su autonomía constitucional[28]. Los argumentos que se extraen

---

[27] Cfr., en este mismo número de la revista, el estudio de J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES.

[28] P. M. HUBER, "Stellungnahme", Anexo al *Stenografischer Bericht* de la sesión de los días 15 y 16 de mayo de 2006, conjunta de las Comisiones de Justicia del Bundestag y de Interior del Bundesrat, pp. 220 y s.

de aquí divergen. De un lado, se reconoce que los intereses colectivos de Alemania sólo tendrán acogida en el ámbito europeo si se presentan unificados, prescindiendo en la medida de lo posible de su articulación interna en competencias de los Länder; el Estado sería el punto de condensación inexcusable que permite trasvasar luego a Europa un flujo coherente de intereses y demandas comunes[29]. Pero también se sostiene que la única manera de permanecer en sintonía con el reforzamiento de las regiones en Europa (que, por ejemplo, se pretende adivinar en el texto de la finalmente «nonnata» Constitución europea) sería incrementar la descentralización interna; y se rechaza por ello que puedan derivarse de la integración europea restricciones al federalismo garantizado por la Ley Fundamental[30]. Llega a decir Erwin Teufel que "todo lo que debe ser regulado unitariamente, sólo puede ser regulado unitariamente de verdad, hoy en día, a escala europea, y así ocurre de hecho"[31]; aunque evidentemente no llega a proponer la desaparición del Estado como centro de poder legislativo, algo que hubiera sido particularmente significativo en un modelo que, como hemos visto, es considerado en buena medida un «federalismo de ejecución».

No resulta sencillo, en definitiva, trasponer directamente al seno de los Estados miembros las contradictorias tendencias presentes en la integración europea. Quizá porque ésta no sea «el» factor causal que da origen a las transformaciones de la organización territorial del poder en los Estados, sino sólo un elemento más en el seno de un proceso más amplio y complejo. La propia dinámica de la Unión, por ejemplo las reformas del régimen de atribución de competencias a la Unión Europea propuestas por el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, también necesita ser explicada en un contexto más amplio, como puede ser el de la globalización[32].

3.1. b) No procede exponer aquí el modo en que la globalización ha podido determinar el pretendido proceso constituyente europeo, ni siquiera

---

[29] Cfr. sólo "Position der Bundesregierung zu Art. 23 GG", *Kommissionsdrucksache* 0041, 04.05.2004, así como las detalladas intervenciones en la sexta sesión de la *Föderalismuskommission* de A. SCHWALL-DÜREN, pp. 129 ss.; B. ZYPRIES, pp 131 y s.; R. KÜNAST pp. 132 y ss. (pero también del diputado liberal E. BURGBACHER, pp 137 s.).

[30] Cfr. sólo, en la presentación de la reforma ante el Bundesrat, P. MÜLLER, Presidente del Sarre, *Plenarprotokoll* de la 820 sesión del Bundesrat, 10 de marzo de 2006, p. 52.

[31] *Föderalismuskommision* pp. 11 y s.; en sentido similar P. STEINBRÜCK, p. 43, así como F. W. SCHARPF, p. 74.

[32] Cfr. sólo Ch. WALTER, "Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion", *Deutsches Verwaltungsblatt* 115, 2000, pp 1 y ss.

la influencia mediata que por esta vía puede ejercer sobre el desarrollo constitucional de los Estados miembros. Es más fácil e instructivo comprobar su presencia inmediata en el debate sobre la reforma del federalismo alemán.

Las disfunciones del federalismo cooperativo, en efecto, persisten desde hace años; pero se hacen acuciantes ante las crecientes dificultades de la economía alemana (déficit presupuestario, tasa de desempleo, índice de crecimiento) en un contexto de cambios globales acelerados, que parecen imponer urgentes reformas económicas y sociales, imposibles sin embargo de tramitar conforme a los procesos decisorios consagrados en el vigente régimen federal[33]. Los instrumentos del federalismo cooperativo se corresponderían con épocas de prosperidad, en las que apenas ofrece dificultades financiar el desarrollo del Estado social: los puntos de roce de un costoso proceso decisorio pueden ser engrasados con recursos, el tiempo es un factor «négligeable». La aceleración de la historia y el cambio del ciclo económico, pero sobre todo las nuevas formas de competitividad internacional, impiden continuar atados a tales mecanismos de decisión. Por eso se dice que el federalismo está en crisis[34] o, quizá con mayor precisión, que un nuevo federalismo es necesario para superar las dificultades que padece Alemania: "El federalismo en sí mismo no es parte de la crisis que se aprecia en Alemania, sino una parte de su solución. Para ello, en cualquier caso, necesita reformarse y ser reforzado"[35].

La reforma del régimen federal no se concibe, pues, como un cambio de las estructuras constitucionales con significado autónomo, sino al servicio de otros proyectos. El hecho de que el acuerdo de coalición la incluya en un capítulo V dedicado a «mejorar la capacidad de acción del Estado», así como su vulgarizada identificación como la "«madre» de todas las reformas", en gráfica expresión del Presidente de Baviera Edmund Stoiber[36],

---

[33] Formulan tal relación en términos inequívocos A. BENZ, "Stellungnahme", *Kommissionsdrucksache* 0010, 10.12.2003, pp. 1 y ss.; P. M. HUBER, *Föderalismuskommision* p. 54.; F. W. SCHARPF, p. 64 (cfr. igualmente "Stellungnahme", *Kommissionsdrucksache* 0007, 10.12.2003, pp. 3 y s.; *Kommissionsducksache* 0071 –*neu*- i, 19.10.2004, pp. 2 y s.; "Gesetzgebungkompetenzen und Steuerkompetenzen", *Kommissionsdrucksach*e 0081, 12.10.2004).

[34] Cfr. por todos M. NETTESHEIM, "Wettbewerbsföderalismus und Grundgesetz", pp. 363 y ss. ("Die Krise des deutschen Föderalismus"), y R. SCHOLZ, «Zur Reform des bundesstaatlichen Systems", pp. 491 ss. ("Föderalismus in der Krise?"), ambos en M. BRENNER, P. M. HUBER, M. MÖSTL, *Der Staat des Grundgesetzes—Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

[35] P. STEINBRÜCK, *Föderalismuskommission* pp. 11 y s.

[36] Cfr. *Föderalismuskommision* pp. 164 y s.

ponen expresivamente de manifiesto la concepción instrumental de estas modificaciones de la Constitución. Una formulación menos pedestre de la misma idea corresponde a Peer Steinbrück, que cita a Goethe: «Das Was bedenke, mehr bedenke Wie»; y añade:

"El «qué», la sustancia, son las leyes materiales, especialmente las reformas que ocupan en estas semanas y estos meses la tarea legislativa del Bundestag y el Bundesrat. El «cómo» son nuestras instituciones federales, sus competencias y procedimientos (...) Naturalmente debemos reflexionar sobre la sustancia –así interpreto a Goethe—, pero con ello no debemos desatender el camino por el que podemos alcanzar el objetivo. Los retos y las aspiraciones que debe satisfacer el «cómo», el orden federal, han crecido continuamente en las últimas décadas (...) y se han ido modificando. El federalismo alemán, tal y como hoy se presenta a nuestros ojos, resulta demasiado condicionado, demasiado inflexible, demasiado lento y demasiado opaco. Temo que no se adecue a una Europa ampliada y constituida, y cada vez resulta menos apto para hacer frente a los retos de la intensa competencia que la economía globalizada impone a nuestras regiones"[37].

Tales dificultades, de un lado, impulsan la disolución de los vínculos cooperativos que coartan la innovación política; pero también se buscan en las nuevas circunstancias de la globalización criterios materiales para la asignación final de las competencias liberadas. Por ejemplo al abordar las competencias educativas, una materia a la que los Länder atribuyen una especial carga simbólica, la Federación rechaza inicialmente que la planificación y la calidad de la educación superior puedan quedar completamente sustraídas a su influencia, justo cuando la competitividad internacional de las economías estatales descansa crecientemente sobre la formación y la educación[38]. Sin embargo, lo cierto es que la dirección fundamental de los argumentos es distinta: son los Länder quienes reivindican la posibilidad de desarrollar políticas autónomas e innovadoras, más adaptadas a la competitividad de los mercados internacionales.

En efecto, la idea del «federalismo competitivo» está presente desde la primera sesión plenaria de la Comisión que comenzó a debatir en 2003 la posibilidad de una reforma constitucional; al abrir sus trabajos, el Presiden-

---

[37] *Föderalismuskommision* p. 11. En contrapartida pueden recogerse también unas palabras de la Ministro de Justicia en la misma sesión: "A la gente no le importa tanto, al menos por lo que yo aprecio, quién hace qué, sino que lo necesario sea hecho" (p. 20).

[38] Cfr. las múltiples intervenciones en la sesión del 8 de julio de 2004, *Föderalismuskommision* pp. 188 a 195.

te del Bundesrat propone como objetivo que los Länder puedan competir abiertamente por desarrollar mejores políticas[39]; y el reto es asumido incluso por Franz Müntefering, aunque bajo la reserva de la garantía de la solidaridad[40]. La noción retorna en la presentación de la reforma constitucional ante el Bundestag[41]; y Edmund Stoiber, en la sesión del Bundesrat que dos años y medio después culmina las reformas, insiste en las bondades del federalismo competitivo, pues "solidaridad y competencia no constituyen una contradicción, sino que son las dos caras de una misma medalla. La competencia proporciona el impulso decisivo para el rendimiento. Y solidario puede ser sólo quien es capaz de rendir"[42]. A fin de cuentas, afirma Edmund Stoiber, justo el federalismo ha contribuido, de manera particular, a la homogeneidad de las condiciones de desarrollo vital en todo el territorio más de lo que lo hubiera hecho un modelo centralizado: frente a la preponderancia por ejemplo de París o de Londres, el control recíproco de los dieciséis Länder y su tensión con el Bund han logrado evitar los privilegios territoriales[43].

El federalismo competitivo se entiende realizado, por ejemplo, mediante la nueva legislación concurrente, que permite a los Länder apartarse de la legislación federal[44]. Ésta última operaría así como modelo, y también como criterio en el contraste de calidad al que implícita o explícitamente habría de someterse la legislación de los Länder que se apartaran de él. En ese sentido habla Lothar Michael de un «Estado federal experimental», que "flexibiliza una competencia de ideas" y argumentos y que "dota a la regulación legal de un carácter provisional específico, que excede la simple posibilidad democrática de un cambio de mayorías"; en materias particularmente abiertas a la innovación experimental, como el procedimiento administrativo, tal modelo "puede ser muy útil para el ulterior desarrollo del Derecho"[45].

---

[39] D. ALTHAUS, *Föderalismuskommision* p.1.

[40] *Föderalismuskommision* pp. 4 y 49. Cfr. también P. STEINBRÜCK, p. 11 y s., N. RÖTTGEN, p. 32, o R. STEENBLOCK, p. 35.

[41] Cfr. sólo las intervenciones iniciales de V. KAUDER, sesión del 10 de marzo de 2006, *Plenarprotokoll* p. 1750, y de E. BURGBACHER, pp. 1753 y s., en diálogo también con K. SAGER; críticamente B. RAMELOW, pp. 1758 s., o R. KUNAST, p. 1761.

[42] *Plenarprotokoll* de la 824 sesión del Bundesrat, 7 de julio de 2006, p. 206; cfr. también, por ejemplo, H.-P. FRIEDRICH, sesión de 30 de junio del Bundestag, *Plenarprotokoll* p. 4275.

[43] *Plenarprotokoll* de la sesión 820 del Bundesrat, 10 de marzo de 2006, en la que se debate por primera vez el proyecto de reforma de la Constitución, p. 41, y de nuevo en la sesión en la que se aprueba la reforma, *Plenarprotokoll* 824, 7 de julio de 2006, p. 203.

[44] J. IPSEN, cit. en la nota nº 18, p. 2084.

[45] L. MICHAEL, "Der experimentelle Bundesstaat", *Juristen Zeitung* 18/2006, pp. 884 y ss., entrecomillados en pp. 885, 887 y 890. Su versión en castellano se recoge en este número de la Revista.

Podría aceptarse incluso que, con ésta u otras técnicas de descentralización competencial, la unidad jurídica no se pone realmente en juego. Aunque es cierto que el federalismo posibilita la diversidad, la atribución de competencias a los Länder no conduce necesariamente a ella, como señala Joachim Wieland, sino quizá sólo de modo temporal; puesto que, a su juicio, las vigorosas tendencias a la armonización y a la uniformización legislativas terminarán imponiéndose. Simplemente ocurre que tal unidad se logra en este caso a partir de la iniciativa de los Länder: cada uno de ellos tiene la oportunidad de proponer y probar innovaciones, que al cabo del tiempo convergerán el sentido que dicte la diversificada experiencia. La alternativa no se plantea tanto, pues, entre unidad y diversidad, sino especialmente entre los diversos procedimientos para acceder a la primera[46].

Si se habla de una imprecisa «competencia» por la mayor calidad de las políticas que garantizan las tareas públicas, o de «competencia» por una mejor regulación, que acabaría extendiéndose a todos[47], es natural que Klaus Wowereit afirme que "no debemos tener miedo alguno a competir"[48]. Hans Meyer plantea, sin embargo, una objeción de principio: "cómo puede funcionar una competencia que merezca tal nombre sin mercado"[49]. Arthur Benz ha intentado precisar, en efecto, las diferencias que existen entre una competencia federal orientada al mercado, que procura atraer capitales y recursos, y una competencia federal orientada a unos mejores rendimientos políticos y a la innovación, cuyo éxito sería valorado finalmente por los electores[50]. Que las reformas sigan este segundo modelo, sin embargo, presupone la transformación de la «competencia entre los Länder por desarrollar mejores políticas» en una «competencia entre partidos», algo que sólo cabe bajo una serie de condiciones que en absoluto están garantizadas, y que, por lo demás, tampoco conduce a una idealizada situación de creatividad, innovación y aprendizaje recíproco[51].

---

[46] *Föderalismuskommision* pp. 47 y s., 71 y "Stellungnahme", *Kommissionsdrucksache* 0009, 10.12.2003, Thesen 1, 2, 3, 13, 14, 15 y 16; así como "Schriftliche Stellungnahme" y "Deutschlands Zufunft als Bundesstaat", Anexos al *Stenografischer Bericht* de la sesión de los días 15 y 16 de mayo de 2006, conjunta de las Comisiones de Justicia del Bundestag y de Interior del Bundesrat, pp. 355 y ss. (esp. tesis 24, en p. 358) y 360 y ss., esp. 369, así como su intervención oral en pp. 19 y ss. Cfr. igualmente L. MICHAEL, cit. en la nota nº 45, p. 890.

[47] Cfr. sólo J. RÜTTGERS, *Plenarprotokoll* de la 824 sesión del Bundesrat, 7 de julio de 2006, p. 209.

[48] *Plenarprotokol*l de la sesión 820 del Bundesrat, 10 de marzo de 2006, p. 44.

[49] *Kommissionsdrucksache* 0071 –*neu*- f, p. 9.

[50] A. BENZ, "Verwaltungspolitik im föderativen Wettbewerb der Länder? - Mögliche Konsequenzen einer Änderung von Art. 84 Abs. 1 GG", *Verwaltungsarchiv* 97, 3-4/2006, pp. 318 y ss., esp. pp. 322 y s.

[51] A. BENZ, cit. en la nota nº 50, pp. 326 y ss.

Las propuestas de un federalismo competitivo resultan en verdad menos vagas e imprecisas cuando se ponen en relación con la economía y los mercados internacionales. Pues sus ventajas se proclaman especialmente en la competitividad exterior: el gigante económico alemán, cuyo régimen federal tanto dificulta los cambios, estaría peor dotado para la competencia internacional que por ejemplo algunos pequeños Estados europeos, capaces de innovar, adaptar y corregir sus modelos económicos y sociales con agilidad. Tal ventaja comparativa debería ser ganada para Alemania por los diversos Länder[52].

De este modo, sin embargo, los Länder no sólo competirían de cara al exterior, sino también entre sí[53]. Y esta competencia entre Länder se contrapone, en las discusiones de la Comisión, al objetivo de dotar a los ciudadanos de los diferentes Länder de unas condiciones de vida equivalentes; objetivo que en la Ley Fundamental legitima el ejercicio de las competencias concurrentes por parte de la Federación y justifica ayudas financieras a los Länder. Para Ernst Burgbacher, diputado del Partido Liberal en el Bundestag, tal equivalencia de condiciones de vida, mencionada por dos veces en la Ley Fundamental, no es proclamada sin embargo como un fin del Estado: "debemos despedirnos de la falsa ideología de la nivelación, a fin de cuentas dañina para todos"[54].

A la vista de estos argumentos, no debe extrañar que la defensa de una competencia entre Länder en el marco de los mercados internacionales levante recelos, especialmente teniendo en cuenta que los distintos Länder parten en muy diferentes condiciones de tamaño, población y potencia económica. ¿Podrían acaso unos Länder apoyar su competitividad en la disminución de los impuestos y en el ofrecimiento de otras ventajas a las empresas que se asienten en un determinado territorio, y quizá otros en el llamado «dumping social»? Wolfgang Böhmer sugiere, por ejemplo, una cláusula legal de «opting-out» para que "en regiones con un índice de paro que supere ampliamente la media federal –digamos en un 50%–, ciertas

---

[52] K. SAGER, *Föderalismuskommision* p. 13; F. W. SCHARPF, p. 64, así como "Stellungnahme", *Kommissionsdrucksache* 0007, 10.12.2003, pp. 8 y s., y *Kommissionsdrucksache* 0071 –*neu*- i, 19.10.2004, pp. 1 y s.

[53] Observa R. POHL (*Föderalismuskommission*, p. 100) que en primer plano se debe situar no la competencia de los Länder entre sí, sino la capacidad de Alemania de competir en los mercados internacionales. Pero en los debates no es ése el punto de vista dominante, como constata con decepción al anunciar el voto de Meckelburg-Antepomerania en contra de la reforma E. SELLERING (*Plenarprotokoll* de la sesión 824 del Bundesrat, 7 de julio de 2006, p. 220).

[54] *Föderalismuskommision* p. 16; cfr. igualmente R. FUNKE, p. 36.

disposiciones dejaran provisionalmente de ser aplicables"[55]. Arthur Benz ha señalado que los riesgos de degradación de las tareas y los servicios públicos no debieran ser sobrevalorados en el marco de un federalismo de ejecución, pero que no cabe descartarlos cuando se procede a una generalizada descentralización de las competencias legislativas[56].

La única garantía recíproca que ofrece seguridad frente a tales riesgos es limitar el alcance de las reformas. Para evitar, por ejemplo, que la competencia por obtener inversiones y recursos se produzca mediante la reducción de sus impuestos, con los consiguientes efectos de reducción del gasto social[57], acuerdan los Länder en 2004 rechazar la asunción de nuevas competencias en materia tributaria[58], pese a que, en palabras de Erwin Teufel, la realidad del orden federal se muestra en tal aspecto: cada nivel territorial debería disponer libremente sobre sus tareas, sus ingresos y sus gastos, para lo cual debería estar dotado de la correspondiente competencia en la legislación y la administración tributarias y en la gestión presupuestaria[59]. La mayor autonomía fiscal, por lo demás, exigiría modificar la regulación de los instrumentos y criterios de compensación financiera[60] partiendo de la aceptación de una mayor disparidad entre los Länder; justamente por ello no es previsible que los Länder, de muy diferente peso económico, asuman finalmente los riesgos correspondientes[61]. Todo ello es reconocido tanto por la Comisión sobre el federalismo como por el Acuerdo

---

[55] *Föderalismuskommision* p. 15; pero insiste luego (*Plenarprotokoll* de la 820 sesión del Bundesrat, 10 de marzo de 2006, p. 54), justamente con la vista puesta en la eventual reforma de la financiación, en que el federalismo competitivo no debe conducir a una competencia entre desiguales, sino a la cooperación entre Länder dotados de competencias para configurar su ordenamiento.

[56] A. BENZ, cit. en la nota nº 50, pp. 319, 324 y ss, 331 para la conclusión. Cfr., por lo demás, las cautelas de P. STRUCK al anunciar el voto del SPD favorable a la reforma, sesión de 30 de junio del Bundestag, *Plenarprotokoll* p. 4240 s.: "no creo que en los parlamentos de los Länder se dé la tendencia o la tentación de salir adelante en el federalismo competitivo a costa de los derechos humanos. Eso no va a pasar; tampoco sería tolerable que ocurriera".

[57] Cfr. sólo, en las discusiones de la quinta sesión plenaria, las intervenciones de J. WIELAND, *Föderalismuskommision* p. 113 y s.; St. HOMBURG, p. 115 y s. y 119; P. M. HUBER, p. 116 y s.; F. SCHARPF, p. 117, así como, de éste último, "Steuerwettbewerb vs. Gestaltungskompetenzen", *Kommissionsdrucksache* 0047, 24.05.2004.

[58] "Föderalismusreform – Positionspapier der Ministerpräsidenten", Kommissionsdrucksache 0045, 14.05.2004, pp. 3 y s.

[59] *Föderalismuskommision* p. 9; cfr. igualmente H.-P. SCHNEIDER, p. 114, que apela al principio democrático.

[60] Cfr. St. HOMBURG, *Föderalismuskommission*, p. 116; F. W. SCHARPF, p. 117; Bundesministerium der Finanzen, "Auswirkungen einer Steuerautonomie auf den bundesstaatlichen Finanzausgleich", *Kommissionsdrucksache* 0050, 03.06.2004.

[61] U. HÄDE, cit. en la nota nº 18, p. 939.

de coalición, que pospone la modificación de las relaciones financieras para un segundo proceso de reforma, que en principio debería tener lugar dentro de esta misma legislatura, pero que se intuye irrealizable: en ese momento, la tensión entre el federalismo competitivo y la equivalencia de las condiciones de vida en todo el territorio sería imposible de eludir[62]. Es cierto que la transferencia de competencias a los Länder presupone ya un ajuste complementario de los recursos financieros[63]; pero tal vinculación es inevitable sólo cuando se trata de competencias ejecutivas, servicios administrativos y tareas públicas. En un régimen como el alemán, en el que la administración está casi totalmente en manos de los Länder, una reforma que, como en este caso, se ocupa sobre todo de revisar la distribución de competencias legislativas, no parece incompatible con el deseo de mantener intactos los acuerdos federales sobre financiación alcanzados en el año 2001, y cuya vigencia se extiende desde 2005 y hasta el año 2019[64].

Un desarrollo consecuente del federalismo competitivo habría de llevar también a plantear la reordenación territorial de Alemania. Como señala Ernst Burgbacher en la Comisión, "los Länder que a largo plazo son incapaces de competir, son también incapaces de sobrevivir a largo plazo"[65]. La rearticulación territorial de los Länder, sin embargo, queda igualmente excluida desde un primer momento. Es cierto que son precisamente Länder relativamente pequeños los que se ven en situación económica más extrema (Berlin, Bremen, Sarre)[66], y algunos autores continúan apuntando a una nueva reordenación de los Länder que por ejemplo les adapte a las exigen-

---

[62] U. MÜNCH, "Schriftliche Stellungnahme", Anexo al *Stenografischer Bericht* de la sesión de los días 15 y 16 de mayo de 2006, conjunta de las Comisiones de Justicia del Bundestag y de Interior del Bundesrat, pp. 300 y ss. Sobre la inocuidad de las reformas entretanto no afecte a las dotaciones financieras cfr. J. WIELAND, "Schriftliche Stellungnahme", Anexo citado, pp. 355 y ss., esp. tesis 7, 8, 26 y 27, y su intervención oral, pp. 32 y s. del *Stenografischer Bericht*. Por eso considera J. RÜTTGERS la reforma de la financiación como piedra de toque de la revitalización del federalismo que propone; cfr. *Plenarprotokoll* de la 820 sesión del Bundesrat, 10 de marzo de 2006, pp. 47 y s.

[63] Cfr. U. HÄDE, cit. en la nota nº 18, p. 939. Precisamente ése es el argumento central del liberal FDP para oponerse a las actuales reformas, cuya fragmentariedad juzga insatisfactoria; cfr. E. BURGBACHER, sesión de 30 de junio del Bundestag, *Plenarprotokoll* pp. 4242 y s., y G. WESTERWELLE, p. 4256.

[64] Cfr. H. MEYER, "Stellungnahme", Anexo al *Stenografischer Bericht* de la sesión de los días 15 y 16 de mayo de 2006, conjunta de las Comisiones de Justicia del Bundestag y de Interior del Bundesrat, p. 245.

[65] *Föderalismuskommission*, p. 16.

[66] Cfr. sólo la intervención del Alcalde de Bremen en la presentación de la reforma ante el Bundesrat, *Plenarprotokoll* de la 820 sesión del Bundesrat, 10 de marzo de 2006, p. 49.

cias funcionales de una «Europa de las Regiones»[67]. Pero las reticencias de los pequeños Länder y de las Ciudades Estado hubieran bloqueado el proceso[68]; el rechazo de la población de Brandenburgo en el referéndum de 1996 a la unión con Berlín demuestra que la articulación federal no puede guiarse sólo por criterios de racionalidad económica[69].

El 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[70], justo donde Estado social y principio federal amenazaban con resolver su tensión en forma de contradicción[71]. Pero ello no significa que la reforma carezca de repercusiones sobre la construcción dogmática del constitucionalismo social. Tal cuestión es abordada bajo el siguiente epígrafe.

3.2. En las reformas de la organización del poder subyacen modificaciones de las tareas públicas: la dogmática del constitucionalismo social.

Al menos desde la revolución americana, la acumulación del poder público en las instituciones centrales de ciertos Estados se ha limitado

---

[67] R. SCHOLZ, cit. en la nota nº 34, p. 493. Cfr. también, por ejemplo, P. STRUCK, sesión de 30 de junio del Bundestag, *Plenarprotokoll* p. 4241.

[68] Cfr. E. SCHMIDT-JORTZIG, *Kommissionsdrucksache* 0033, "Anregung einer Diskussionerweiterung (zu Art. 29 GG)", 25.03.2004, que en cualquier caso plantea la conveniencia de facilitar las reordenaciones territoriales mediante ciertas modificaciones de los procedimientos previstos en el correspondiente precepto constitucional.

[69] H. BAUER, cit. en la nota nº. 5, p. 111. Al carácter consolidado de los actuales Länder aluden por ejemplo HOFMANN, cit. en la nota nº. 5, pp. 87 y s.; L. MICHAEL, cit. en la nota nº 45, p. 886; J. WIELAND, "Deutschlands Zukunft als Bundesstaat", Anexo al *Stenografischer Bericht* de la sesión de los días 15 y 16 de mayo de 2006, conjunta de las Comisiones de Justicia del Bundestag y de Interior del Bundesrat, p. 368 y s.

[70] H. RINGSTORFF, Presidente de Mecklenbug-Antepomerania, que finalmente votó en contra de la reforma, dice ya en la presentación de la misma ante el Bundesrat que coloca en primer lugar el principio de establecimiento y garantía de condiciones equivalentes de vida en Alemania: "no abriremos la puerta a un federalismo competitivo" (*Plenarprotokoll* de la 820 sesión del Bundesrat, 10 de marzo de 2006, p. 55 s.; cfr. p. 59 para la referencia paralela del Presidente de Schleswig-Holstein, R. STEGNER, que se abstuvo en la votación final).

[71] Cfr. U. MARGEDANT, "Sozialstaats- und Bundesstaatspronzip im Wiederstreit", en M. BORCHARD/U. MARGEDANT (Hrsg.), *Der deutsche Föderalismus im Reformprozess*, Zukunftsforum Politik Nr. 69, Febrero 2006, pp. 163 y ss.

reservando algunas atribuciones a entidades territoriales menores. También en estos casos, como ocurre en la clásica formulación de Montesquieu, la garantía de la libertad constituye el factor determinante; pues, conforme a la idea expresada por la declaración de derechos de 1789, "la preservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre es el fin de toda asociación política", y justo por ello orienta igualmente la articulación de sus poderes. Ahora bien, el significado que adquiere el reconocimiento constitucional de los derechos, y consecuentemente la organización del poder público adecuada a su preservación, varían a lo largo de la Historia, al paso del desarrollo del tipo ideal «Estado constitucional». Por eso, los cambios en la distribución del poder, también con criterios territoriales, pueden y deben ser vistos desde la perspectiva que ofrece la mudable comprensión de los derechos fundamentales: no cabe en un orden constitucional concreto disociar los aspectos organizativos y procedimentales de los materiales.

Y así, si se entiende que el Estado no debe interferir en la esfera de libertad espiritual, social y económica que caracteriza a la «sociedad civil», la organización de los poderes públicos puede entenderse como un sistema de frenos, contrapesos y controles para limitar su acción. En el Estado social, sin embargo, los derechos dejan de ser ante todo un límite para el poder; la garantía de su efectivo disfrute en condiciones de igualdad supone un poder público regulador del mercado y redistribuidor de las rentas, un poder fiscal que sostenga servicios públicos universales de sanidad, educación y cultura, transportes públicos y comunicaciones, seguridad social, vivienda o medio ambiente. Interesa ahora, pues, asegurar la capacidad de acción del poder público; es, en el ámbito de la distribución territorial del poder, el momento del federalismo cooperativo. Para comprobar en qué medida el nuevo federalismo competitivo supone un entendimiento igualmente diferente de las tareas del Estado en relación con la libertad, quizá convenga descender hasta el análisis de determinadas construcciones dogmáticas propias del Derecho constitucional.

El tránsito del Estado liberal al Estado social se concreta, en efecto, en la denominada dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que se incorpora de modos diversos a su proclamación constitucional. Aspectos de esta dimensión objetiva son, por ejemplo, la perspectiva institucional en la comprensión de los derechos o los contenidos organizativos, procedimentales y prestacionales que se les asocian. El viejo debate acerca de este aspecto objetivo, ya criticado por Forsthoff desde la perspectiva del modelo liberal clásico, renace significativamente en tiempos de crisis para el Estado so-

cial[72]. Y tal discusión ha encontrado algún eco indirecto, pero quizá significativo, en las reformas del federalismo alemán. Allí se ponen en juego el sistema de prestaciones sociales, el desarrollo de los derechos a través de normas de organización y procedimiento y también ciertas garantías institucionales incorporadas a la Constitución; elementos todos ellos que, como acabamos de señalar, contribuyen a conformar el aspecto objetivo de los derechos fundamentales.

3.2. a) En primer lugar cabe aludir a un riesgo ya mencionado: que la competencia entre los Länder se oriente a la reducción de las prestaciones sociales o que se realice a costa de la calidad de los servicios públicos. La iniciativa de unos presionaría a los demás, que no sólo deberían mantener su competitividad económica, sino también evitar que sus mejores prestaciones se convirtieran en un foco de atracción para los necesitados de otros territorios. A este pronosticado deterioro general de las medidas básicas de garantía social en el federalismo competitivo se responde, como hemos visto, limitando el alcance de las transferencias susceptibles de ser utilizadas en tal sentido.

3.2. b) La reforma del art. 84 GG, uno de los preceptos que determinan el extraordinario peso del Bundesrat en la legislación federal, guarda igualmente relación con la dogmática de los derechos fundamentales. Conforme a su tenor original, las leyes de la federación que incorporan disposiciones en materia de organización y procedimiento administrativos, en principio competencia de los Länder, necesitan de la aceptación del Bundesrat. Siendo cada vez más las leyes federales que se detienen en aspectos procedimentales y organizativos, la intervención del Bundesrat en la legislación federal se extiende más allá de lo que se considera deseable.

La tendencia del Bund a formular proyectos normativos exhaustivos y unitarios descansa en buena medida sobre el temor, no siempre infundado, al bloqueo de las decisiones materiales por demora, inadecuación o divergencia excesiva en las disposiciones administrativas que cada Land ha de adoptar para su ejecución; en algunos Länder faltaría incluso la capacidad técnica para asumir tal tarea. Pero a ese desarrollo subyace un segundo

---

[72] Un apunte al respecto en mi estudio «Teoría y realidad constitucional en Alemania», *TRC* 1, pp. 197 y ss. Cuanto se dice en los párrafos anteriores no necesita ya de apoyo bibliográfico alguno, pero aún así siempre merece la pena volver a los estudios de D. GRIMM, por ejemplo los ahora recogidos en *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2006, pp. 77 y ss. y 155 y ss.

factor, que aquí interesa más: en ciertos supuestos, no resultaría posible separar con claridad los aspectos materiales de los procedimentales u organizativos[73]. Como señala Dieter Grimm, en ámbitos de acelerado desarrollo y gran complejidad técnica, que cada vez adquieren mayor importancia, apenas es posible hoy concebir soluciones materiales estables: necesitan ser complementadas, cuando no suplidas, por reglas de organización y procedimiento, que pretenden, ante todo, encauzar los problemas que se van planteando[74].

Se sugiere así que las reglas federales de organización y procedimiento podrían llegar a estar impuestas por la Constitución como dimensión organizativa o procedimental de los derechos fundamentales[75]; porque la libertad que éstos garantizan se realiza con frecuencia a través de la organización y los procedimientos administrativos, cuya regulación se convierte en una tarea constitucionalmente orientada. Cuando la nueva regulación, a la que ya nos hemos referido, disocia en la legislación federal la regulación material de las reglas que afectan a la organización y procedimiento administrativos y debilita la normatividad de éstas últimas, se corre el riesgo de perder la perspectiva unitaria que impone la garantía de los derechos fundamentales. Porque, efectivamente, los Länder, vinculados a la Constitución, están igualmente obligados a proporcionar a los derechos fundamentales las garantías organizativas y procedimentales correspondientes[76]; pero la dispersión de las medidas de regulación, desarrollo y garantía podría dificultar la proyección de una política coherente y sistemática de derechos fundamentales, que era una de las características del Estado social.

3.2. c) En un tercer ámbito se pone también de manifiesto la conexión, a través de la dogmática jurídica, entre los objetivos inmediatos de la reforma del federalismo alemán y las transformaciones sociales, económicas y políticas cuya realización pretende dejar expedita. En materia de función pública se reducen sustancialmente las competencias que correspondían a la Federación; pero el debate se vincula de inmediato a la necesidad de revisar la garantía institucional contenida en el art. 33.5 GG, a fin de que las competencias ahora asignadas a los Länder puedan ser utilizadas efectivamente sin las constricciones materiales que incorpora el precepto, al menos

---

[73] Cfr. R. SCHOLZ, *Föderalismuskommission* p. 171, y R. STEENBLOCK, p. 179, además de D. GRIMM, pp. 176 y s.

[74] *Föderalismuskommision* pp. 41 y 81.

[75] P. M. HUBER, *Föderalismuskommision* p. 56.

[76] F. KIRCHHOF, *Föderalismuskommision* p. 81, y más adelante el propio P. M. HUBER, p. 174.

en la interpretación que le confiere el Tribunal Constitucional[77]. La reforma se extiende así a la modificación de tal disposición constitucional, a fin de impedir que continúe perpetuando el «status quo»: los principios tradicionales de la función pública quedan así abiertos a la configuración y el desarrollo del legislador competente. Con independencia del juicio que merezca esta concreta reforma, puede resultar significativa la pérdida de «contenido institucional» de la Constitución[78]. En relación con la nueva competencia de los Länder sobre el salario de sus funcionarios, se teme que conduzca no sólo a retribuciones exorbitantes de los mejor cualificados, que sólo podrían ser captados por los Länder más poderosos, sino igualmente a una cierta degradación de las condiciones de trabajo de los funcionarios menos cualificados, con efectos también sobre la calidad de los servicios públicos[79].

3.3. La reforma sustantiva de la organización territorial del poder exige un nuevo proceso constituyente: límites políticos de la reforma.

En definitiva, se pretende encontrar una articulación novedosa para uno de los principios estructurales que identifican el orden constitucional alemán, el federalismo, porque se siente la necesidad de innovar también otros postulados, en concreto el del Estado social. Una nueva orientación

---

[77] Este aspecto, planteado por los Presidentes de los Länder ("Föderalismusreform – Positionspapier der Ministerpräsidenten", *Kommissionsdrucksache* 0045, 14.05.2004, p. 6), se convierte en el objeto central del debate sobre la materia en la Comisión sobre el federalismo; pese a la coincidencia fundamental de los argumentos, se discute la prioridad de esta reforma y su posible incardinación en las tareas de una Comisión orientada a revisar la distribución constitucional de competencias y no a definir su alcance. Cfr. las diversas intervenciones en *Föderalismuskommision* pp. 180 a 188, pero también ahora, en este mismo número de la revista, el apartado correspondiente de la contribución de Mª. Á. MARTÍN VIDA.

[78] Por supuesto, la reforma tampoco introduce en la Ley Fundamental la garantía institucional de la autonomía universitaria, que en algún momento fue objeto de consideración. Las respuestas de los expertos a la pregunta que plantea E. BURGBACHER, *Kommissionsdrucksache* 0078, 29.09.2004, relativizan la importancia que tendría la incorporación a la Ley Fundamental de tal garantía institucional; por lo demás, señalan que, si la competencia corresponde finalmente a los Länder, son sus constituciones las que habrían de determinar las correspondientes limitaciones materiales.

[79] Cfr. G. FRANK, "Stellungnahme", Anexo al *Stenografischer Bericht* de la sesión de los días 15 y 16 de mayo de 2006, conjunta de las Comisiones de Justicia del Bundestag y de Interior del Bundesrat, pp. 206 s. Es uno de los motivos por los que se abstiene Schleswig-Holstein (cfr. P. H. CARSTENSEN, *Plenarprotokoll* de la 824 sesión del Bundesrat, 7 de julio de 2006, p. 216, y R. STEGNER, p. 217) y por los que vota en contra Meckelburgo-Antepomerania (E. SELLERING, *Plenarprotokoll* de la sesión 824 del Bundesrat, 7 de julio de 2006, p. 221). Cfr. también la referencia crítica de I. HÖGER-NEULING, sesión del Bundestag de 10 de marzo de 2006, *Plenarprotokoll* p. 1768 y s.

general del régimen federal en el marco de una nueva comprensión del orden constitucional material supone en realidad una nueva Constitución. Sin renunciar a la legitimación derivada del cumplimiento de las previsiones normativas sobre la reforma constitucional, al valor jurídico añadido de la continuidad, el alcance del proyecto se acerca así al de un nuevo proceso constituyente. Sin embargo, el poder de reforma de la Constitución es un poder limitado, y no sólo por el art. 79.3 GG; concretas razones históricas, políticas e institucionales impiden que el poder de reforma se sitúe en el lugar del poder constituyente; el desarrollo constitucional a través de la reforma está orientado hacia la adaptación evolutiva y avocado al consenso. Los proyectos más ambiciosos tropiezan con límites políticos que, en la práctica, incorporan una garantía de estabilidad para el orden constitucional. El legislador ordinario no está capacitado para abordar tal tarea, como ha puesto de manifiesto el proceso seguido hasta ahora; una reforma tan compleja hubiera necesitado un pacto constitucional de nueva planta, una verdadera asamblea constituyente[80].

Las leyes de reforma constitucional necesitan en Alemania dos tercios de los votos en cada una de las Cámaras, lo que fuerza a orientar los debates hacia soluciones de compromiso. Los consensos deben cruzar las diferencias no sólo entre Gobierno y oposición, sino también entre Bundestag y Bundesrat y, para lograr en éste la mayoría requerida, asimismo entre los muy diferentes Länder que forman parte de Alemania: grandes y pequeños, con economía próspera o débil, integrantes de la República Federal desde sus orígenes o sólo tras la reunificación de 1990. La complejidad es puesta de manifiesto por ejemplo por Krista Sager, para quien, "por suerte, las diferencias no se corresponden con los alineamientos partidarios", sino que los miembros de la Comisión se sienten igualmente vinculados a sus respectivos niveles de representación[81]. Una reforma generalizada del régimen federal que se proyecta sobre casi todos sus aspectos se asemeja en estas condiciones a un juego sobre múltiples mesas, en todas las cuales debiera

---

[80] De la necesidad de un "Konvent" habla E. BURCHBACHER (sesión del Bundestag de 10 de marzo de 2006, *Plenarprotokoll* p. 1753, y sesión de 30 de junio del Bundestag, *Plenarprotokoll* p. 4242), y en el mismo sentido se expresan en sus declaraciones anexas al acta de esta última sesión los diputados del SPD E. BAHR, p. 4335, y S. REICHE, pp. 4351 y s., que especifica los términos de su propuesta. Cfr. también B. RAMELOW, pp. 4247 y s.

[81] *Föderalismuskommision* p. 13; cfr. también H. SCHERF, pp. 17 y s.; R. STEENBLOCK, p. 35; esp. F. W. SCHARPF, pp. 64 y s., y "Stellungnahme", *Kommissionsdrucksache* 0007, 10.12.2003, pp. 4 y ss.; ahora J. WIELAND, "Deutschlands Zukunft als Bundesstaat", Anexo al *Stenografischer Bericht* de la sesión de los días 15 y 16 de mayo de 2006, conjunta de las Comisiones de Justicia del Bundestag y de Interior del Bundesrat, pp. 360 y ss.

alcanzarse la suma cero[82]. El objetivo de un pacto federal de nueva planta resulta inalcanzable cuando se pretende que resulte de un acuerdo entre los implicados en los actuales equilibrios, cuyo primer objetivo es mantener su propia posición de fuerza. En efecto, apenas cabía confiar en que la reforma del régimen federal fuera emprendida con éxito por quienes protagonizaban su bloqueo. Tales actores políticos no están institucionalmente capacitados para diferenciar, conforme a la exigencia que puso de manifiesto Dieter Grimm[83], entre la actitud conveniente para emprender reformas constitucionales de cierto alcance y la que usualmente encarnan en la vida política cotidiana.

En tales circunstancias se hace preciso diferenciar las reformas que se ciñen a objetivos modestos y bien delimitados (1994), o que no hacen sino regular prácticas ya consagradas (1969), de las que plantean innovaciones radicales. A ello aluden indirectamente Rupert Scholz, cuando recuerda que la reforma "no asume con seguridad la tarea de inventar de nuevo el federalismo", sino que "debe atenerse al criterio de la evidencia, y abordar sólo lo que evidentemente necesita ser reformado"[84]; Franz Müntefering, al referirse a los ritmos del proceso emprendido y a la diferencia entre cortar un nudo y deshacerlo[85]; y Edmund Stoiber, que habla de la relación de confianza recíproca que debe presidir un proceso de este género, en contraste por ejemplo con el contexto de desconfianza en el que se dio nueva redacción al art. 23 GG[86]. Tales criterios permiten valorar el curso de la reforma.

Hacía tiempo que el diagnóstico sobre las dificultades del federalismo resultaba ampliamente compartido. Un proyecto innovador como el que incorpora la idea del federalismo competitivo sólo puede plantearse con perspectivas de éxito cuando se consideran cerrados los ciclos políticos tanto de la reunificación alemana, que exigía precisamente solidaridad y cooperación, como el impulso dado a la integración europea por el Tratado de Mastrique. Entre los grandes partidos existe también acuerdo sobre la necesidad de ciertas reformas sustantivas, que en parte ya se habían ido poniendo en marcha, y que la reforma del régimen federal debía agilizar. Las soluciones avanzadas no parecen dejar a nadie en el lado de los perdedores, dado que el desbloqueo del régimen federal no sólo beneficia-

---

[82] Cfr. V. KRÖNING, *Föderalismuskommision* p. 7.
[83] *Föderalismuskommision* p. 41 y s. (cfr. también p. 152).
[84] *Föderalismuskommision* p. 68 y s.
[85] *Föderalismuskommision* p. 163.
[86] *Föderalismuskommision* p. 165.

ría a las mayorías en el Bundestag, sino que ampliaría igualmente la capacidad de configuración política de los Länder, en los que gobiernan a menudo la oposición o, al menos, coaliciones diferentes de la que sostiene al Canciller.

Sin embargo, el primer intento de reforma, articulado a través de la célebre "Comisión sobre el federalismo", fracasó a finales del año 2004. Bastó un simple descenso de las expectativas electorales democristianas en los últimos meses del año 2004 para que decayera su interés por desbloquear el procedimiento legislativo en favor del Bundestag; con ello perdía la influencia que le otorgaba su mayoría en el Bundesrat[87]. Ciertos políticos de la oposición asentados en determinados Länder dieron prioridad a su pretensión de conservar el poder del que gozan en el Bundesrat y así, mediatamente, su presencia en la política federal, en parte a la expectativa de un eventual fracaso de la candidata Angela Merkel. La cuestión educativa, a la que se imputó el fracaso de la Comisión, pudo constituirse en pretexto idóneo para que unos y otros se aferraran a un «status quo» quizá perverso, pero cuyo sostenimiento es más sencillo que su modificación. La reforma, pues, resultó abortada en condiciones de «normalidad constituida».

El proyecto se inserta más adelante en el acuerdo que, por segunda vez, coloca a Alemania bajo un gobierno de gran coalición; la reforma que constitucionalizó elementos centrales del federalismo cooperativo fue abordada durante la primera gran coalición. Esto solo, sin embargo, en absoluto permite suponer que la actual reforma haya cubierto sus objetivos gracias a unas condiciones políticas de consenso similares a las de un proceso verdaderamente constituyente. Porque no son esas, en verdad, las bases políticas del actual gobierno; la capacidad de los grandes partidos para actuar en común y gobernar está permanentemente en entredicho. La reforma, más que producto de un pacto constituyente asentado sobre nuevos principios, se configura como el complejo resultado de un laborioso acuerdo que pone a prueba la posición de la Canciller, la estabilidad del gobierno y su aptitud para alcanzar al menos objetivos mínimos. Todavía en la intervención final de la sesión del Bundesrat en la que se aprueba la reforma, se cree el presidente de Baden-Württenberg Wolfgang Reinhart en la necesidad de precisar que, pese a las deficiencias que aún se observan en el texto, "la reforma es un éxito para la gran coalición, una señal de su capacidad de actuación política, una prueba de la capacidad de la Canciller para

[87] Cfr. H. KÜHNE, "Föderalismusreform – Laufen oder Stolpern?", *Aus Politik und Zeitgeschichte* 13-14/2005, p.5.

imponer sus criterios y un certificado de la adaptabilidad del federalismo"[88]. Como señala Erwin Sellering al anunciar el voto en contra de Meckelburgo-Antepomerania, "una reforma constitucional nunca debe convertirse en un medio con el cual se pretende demostrar algo con la vista puesta en las controversias políticas cotidianas. La gran coalición, con su clara mayoría, tampoco tendría que haberlo necesitado"[89].

4. BALANCE Y EPÍLOGO

4.1. En resumen: las reformas en la articulación territorial del poder estatal evocan procesos materialmente constituyentes en armonía con otras transformaciones de alcance global; afectarían entonces a los supuestos mismos del Estado social (3.1). Tal inspiración puede haber dejado algunas huellas (3.2), pero las propias condiciones del proceso político en el que se encauza la reforma impiden que ésta alcance tales objetivos maximalistas (3.3). Jürgen Rüttgers presenta la reforma diciendo que "introduce un cambio de paradigma que lleva a un nuevo entendimiento del federalismo"[90]; y Edmund Stoiber, a la hora de formalizar su voto, pretende que las tendencias centralizadoras quedan con ella "quebradas y liquidadas"[91]. Desde Meckelburgo-Antepomerania se justifica el voto contrario a la reforma precisamente señalando que su objetivo es "disolver el federalismo cooperativo y solidario mediante un federalismo competitivo"[92]. Pero otros juicios, obligados a la prudencia por las circunstancias políticas[93], ofrecen un balance más matizado; así, dice Peter Struck que "nos mantendremos, también tras la reforma, con el federalismo solidario como fundamento de nuestra Constitución"[94].

---

[88] *Plenarprotokoll* de la 824 sesión del Bundesrat, 7 de julio de 2006, pp. 222 y 245.

[89] *Plenarprotokoll* de la sesión 824 del Bundesrat, 7 de julio de 2006, p. 220; cfr. también E. BURGBACHER, sesión de 30 de junio del Bundestag, *Plenarprotokoll* p. 4236.

[90] *Plenarprotokoll* de la 820 sesión del Bundesrat, 10 de marzo de 2006, p. 47.

[91] *Plenarprotokoll* de la 824 sesión del Bundesrat, 7 de julio de 2006, p. 204 y s.; más tarde admite (p. 206) que el federalismo competitivo "no identifica por sí sólo el federalismo, pero es parte de él".

[92] *Plenarprotokoll* de la sesión 824 del Bundesrat, 7 de julio de 2006, p. 220.

[93] La reforma, que necesita 410 votos favorables en el Bundestag, sale adelante con 428 votos, pero votan en contra 15 diputados del SPD, y el número de los que dejan constancia en acta de las severas reservas que acompañan a su voto positivo es más del cuádruplo (cfr. por ejemplo, entre éstos, las referencias de A. GRAF, S. REICHE y F. SCHWABE a la relación entre federalismo competitivo y solidaridad, pp. 4344 y s., 4350, 4356, entre otras muchas). Entre los democristianos hay igualmente un voto negativo, mientras que la veintena de reservas formuladas por escrito se refieren casi exclusivamente a aspectos menores.

[94] Sesión de 30 de junio del Bundestag, Plenarprotokoll p. 4239; en el mismo sentido J. STÜNKER, p. 4264.

Ya en ámbitos académicos, Lothar Michael interpreta la actual reforma dentro del curso histórico del federalismo alemán[95] partiendo de la continuidad esencial del modelo caracterizado como Estado federal unitario; a su configuración constitucional (1949) se habrían ido añadiendo elementos propios de los principios cooperativo (1969), de subsidiariedad (1994) y, finalmente (2006), experimental. Éste pretende un cambio cualitativo; pero tanto el limitado alcance material sobre el que se proyectan las novedades como la presencia de otros factores de compensación imponen conservar el Estado federal unitario como modelo de referencia. Dando esto por sentado, es cierto que se ha reducido el peso de los elementos cooperativos y que se han introducido nuevos instrumentos; pero el resultado sólo puede ser procesado mediante una teoría federal mixta que equilibre los diversos principios en presencia[96]. Porque, en efecto, las teorías unilaterales pueden ser simplificaciones con cierta capacidad heurística, por ejemplo a la hora de interpretar, valorar y estimular la evolución del régimen federal; pero sólo conservan potencial dogmático cuando evitan el riesgo de ser reducidas a lemas propios de la lucha política[97]. En el marco de un sistema constitucional abierto, que incorpora principios diferentes y que se abre así a la vida política y al desarrollo jurídico, la simple contraposición entre federalismo cooperativo y federalismo competitivo no parece que pueda ofrecer particulares frutos[98]. Como afirma Joachim Wieland, "las abstractas demandas de modernización descansan sobre un modelo más bien teórico de diversidad federal, mientras que las propuestas concretas de reforma son contrastadas con la Constitución existente en la República Federal (...) el Estado federal como modelo de teoría constitucional es algo distinto del Estado Federal alemán en la configuración que ha ido adquiriendo (...) La acuñación del federalismo alemán por la historia constitucional ha acreditado, recientemente en la Comisión sobre el federalismo, más fuerza que los modelos económicos de un Estado federal ideal (...) Una modernización del Estado federal resulta naturalmente posible (...) esperar una reforma fundamental

---

[95] L. MICHAEL, cit. en la nota nº 45, pp. 884 y ss.

[96] L. MICHAEL, cit. en la nota nº 45, p. 886. Sobre la "teoría federal mixta" y sus prestaciones, cfr. especialmente H. BAUER, cit. en la nota nº 6, pp. 645 y ss., esp. 673 y ss.

[97] Cfr. H. BAUER, cit. en la nota nº 6, pp. 650 y ss., sobre el significado que corresponde a las teorías del Estado federal y las tareas que desempeñan.

[98] R. SCHOLZ, cit. en la nota nº 34, pp. 494 y s. También considera más útil orientarse hacia concretos aspectos problemáticos M. NETTESHEIM, cit. en nota la nº 34, p. 368, pese a que propone una teoría constitucional del federalismo (pp. 369 y ss.) que minimiza el alcance del principio de igualdad y en la que la idea de competencia aparece reiteradamente, hasta concretarse en un principio de asunción autónoma de las propias tareas que pretende poner límites a la cooperación entre los Länder (cfr. esp. pp. 372 y ss.).

en el sentido de una completa reestructuración del Estado federal sería poco realista, en último extremo también ahistórico"[99].

4.2. A modo de epílogo, quizá no sea inoportuno retornar a las hipótesis antes formuladas, que nos han permitido analizar la reforma constitucional alemana, para apuntar su eventual utilidad como guía para el estudio de otros supuestos de transformación de la ordenación territorial del poder, por ejemplo en los ámbitos español o europeo. La primera de las hipótesis pone en relación, lo recordamos, los cambios que se producen en la articulación del poder entre dos niveles territoriales concretos (Federación y Länder en nuestro caso) con transformaciones simultáneas en ámbitos más extensos (Unión Europea y orden global). La segunda vincula las modificaciones en la distribución territorial del poder público con los cambios en la elaboración dogmática de las tareas públicas que le son asignadas. La tercera se refiere a las condiciones políticas que limitan la capacidad de los poderes constituidos, incluido el de reforma de la Constitución, para proceder a tales adaptaciones. La conclusión es que, en circunstancias políticas ordinarias, las estructuras constitucionales del Estado social pueden considerarse «relativamente» resistentes frente a los embates de la globalización.

En el caso del llamado Tratado constitucional europeo, una primera aproximación, que prescinde de precisiones y matices, permite intuir la utilidad de tal cadena de hipótesis. De un lado, entre los argumentos utilizados en su proceso de gestación ocupó un lugar destacado la necesidad de responder a las exigencias objetivas de un mundo cada vez más interconectado, en el que Europa debiera disponer de unívoca proyección política y económica. En segundo lugar, la acción comunitaria quedaría orientada por las políticas reguladas de la parte tercera del Tratado, a las que se subordinarían cualesquiera «políticas de derechos fundamentales» que pudieran ampararse en la parte segunda del Tratado. Sin embargo, y por último, se han puesto en evidencia las dificultades que entraña llevar adelante tal proyecto mediante la reforma de los Tratados, que sin duda no equivale a un procedimiento constituyente. No es ya que algunos Estados se hayan resistido a abdicar de sus garantías constitucionales; sino que, en el ya inverosímil supuesto de que el Tratado fuera a entrar en vigor, en absoluto cabría dar por descontada una eficacia tal que le permitiera sobreponerse a los equilibrios políticos y sociales, ciertamente inestables, que

[99] "Deutschlands Zukunft als Bundesstaat", Anexo al *Stenografischer Bericht* de la sesión de los días 15 y 16 de mayo de 2006, conjunta de las Comisiones de Justicia del Bundestag y de Interior del Bundesrat, pp. 362 y 368.

caracterizan el régimen constitucional de no pocos de los Estados miembros.

Las reformas de la organización territorial del poder en España no son sólo las muy modestas, y aún improbables, que se proyectan sobre el texto constitucional de 1978, sino especialmente las ya emprendidas que afectan a los Estatutos de Autonomía. Pues, en efecto, y comenzando ahora por la última de las mencionadas hipótesis, el orden constitucional español dispone, frente a Alemania y a la Unión Europea, de una cierta «ventaja comparativa»: las reformas se facilitan gracias a la relativa "fragmentación del poder constituyente"[100] derivada de atribuir a diversos «poderes estatuyentes» la capacidad de determinar el alcance de las propias competencias y, correlativamente, de las del Estado[101]; pero justo tal fragmentación dificulta la articulación de un proceso de reforma de la distribución territorial del poder que incorpore un genuino proyecto constitucional. La relación entre la estructura territorial del Estado y las tareas vinculadas al Estado social, por su parte, ya ha sido estudiada[102]; las transformaciones en aquélla pueden afectar al postulado social si, por ejemplo, el mayor detalle en las listas de competencias asumidas por los Estatutos perjudica la flexibilidad necesaria para plantear desde perspectivas integrales las «políticas de derechos fundamentales» consustanciales al Estado social. Pero tampoco con ello se convierte en previsible el deslizamiento del régimen español hacia un «federalismo competitivo» plenamente adaptado a la globalización; de momento, parece que nos mantenemos aún en un régimen de «emulación autonómica», más atento a la expansión de las listas competenciales que al ejercicio de las competencias.

---

[100] F. BALAGUER CALLEJÓN, "El status constitucional de la reforma y la fragmentación del poder constituyente", AAVV, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Rubio Llorente* I, Madrid: Congreso de los Diputados/Tribunal Constitucional, 2002, pp. 99 y ss.

[101] Sobre la relación entre la naturaleza jurídica de los Estatutos de Autonomía y sus procedimientos de reforma cabe remitirse a J. Mª. CASTELLÁ ANDREU, *La función constitucional del Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2004, y R. VICIANO PASTOR, *Constitución y reforma de los Estatutos de Autonomía*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. Véase también F. DOMÍNGUEZ GARCÍA, "Los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas: una aproximación a los principales debates doctrinales", *Revista Catalana de Dret Públic* 31, pp. 219 y ss.

[102] M. Á. GARCÍA HERRERA, G. MAESTRO BUELGA, *Marginación, Estado social y prestaciones autonómicas*, Barcelona: Cedecs, 1999, y E. SÁENZ ROYO, *Estado social y descentralización política. Una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*, Madrid: Thomson-Civitas, 2003; cfr. también las recensiones de G. PISARELLO a ambos libros, *TRC* nº 7, pp. 431 y ss., y *TRC* nº 12, pp. 685 y ss.

RESUMEN

La quincuagésimo segunda reforma de la Ley Fundamental de Bonn se ha considerado como la más importante desde 1949. El estudio, tras resumir el proceso que ha llevado a ella y caracterizar sus rasgos fundamentales, analiza el intento subyacente de pasar del vigente «federalismo cooperativo» a un nuevo «federalismo competitivo» supuestamente más acorde con las exigencias de la globalización. La conclusión pone de relieve que el actual entendimiento del principio federal alemán, íntimamente vinculado al postulado del Estado social, resulta en sus aspectos centrales resistente frente a la reforma constitucional; ésta se desenvuelve en cauces políticos e institucionales que incorporan una garantía de estabilidad. A modo de epílogo, Ignacio Gutiérrez apunta la eventual utilidad de sus análisis para el estudio de las transformaciones de la ordenación territorial del poder en los ámbitos español o europeo.

PALABRAS CLAVE: Federalismo, reforma Ley Fundamental de Bonn, República Federal de Alemania.

ABSTRACT:

The fiftieth second reform of the Fundamental Law of Bonn has been considered as the most important since 1949. The study, after summarizing the process that has led to this reform and to define its fundamental characteristics, analyzes the outstanding attempt to move from the present “cooperative federalism” to a new “competitive federalism” which is supposed to agree better with the demands of the globalization. This conclusion remarks that the present understanding of the German federal principle, closely linked to the postulate of the social State, it results resistant in its main aspects against the constitutional reform; this reform develops itself in political and institutional channels that incorporate a guarantee of stability. As a epilogue, Ignacio Gutiérrez points out the possible utility of his analyses in order to study the transformations of the territorial arrangement of power inside Spanish or European fields.

KEY WORDS: Federalism, Reform of the Fundamental Law of Bonn, Federal Republic of Germany.

LA POSICIÓN DEL BUNDESRAT TRAS LA REFORMA DEL FEDERALISMO

Prof. Dr. Stefan Oeter y Julia Wolff*
Traducido del alemán por María Ángeles Martín Vida

SUMARIO

1.- Introducción.
2.- Posición del Bundesrat en el procedimiento legislativo.
3.- La nueva redacción del artículo 84.1.
4.- Artículo 104a.
5.- Competencias legislativas, artículos 70 y siguientes.
6.- Artículo 23.
7.- Derechos de participación del Bundesrat que no han sido modificados.
8.- Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace décadas se viene discutiendo en Alemania acerca de la reforma del sistema federal. Ya en los años setenta se creó una comisión de trabajo en el Bundestag sobre cuestiones relativas a la reforma del Estado federal, cuyos resultados, sin embargo, no encontraron ninguna resonancia en la política[1]. Con motivo de la reunificación se llevó a cabo en 1994 una primera, aunque más bien tímida, modificación de las normas de la Ley Fundamental relativas al reparto de competencias, cuyos resultados

* Catedrático de Derecho Público y Asistente de investigación. Universidad de Hamburgo.

[1] Cfr. con detalle al respecto OETER, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998, pp. 304 y ss.

más importantes fueron el endurecimiento de la llamada «cláusula de necesidad» del artículo 72.2 GG, y la paralela limitación de las posibilidades de uso de la legislación marco en el artículo 75.2 GG (un precepto mediante el cual toda regulación de detalle con aplicabilidad inmediata se declaró excepcional)[2]. En los años siguientes, el Tribunal Constitucional Federal debió poner en práctica, mediante los correspondientes cambios de orientación, estos endurecimientos de los artículos 72.2 y 75.2 2 GG[3]. El legislador se vio, a raíz de este desarrollo, pero también por las mayorías «enemigas» en el Bundesrat, notablemente arrinconado e impulsó una nueva reforma de la Constitución del Estado federal. La Comisión del Estado Federal («Bundesstaatskommission») de los años 2004/05 habría prácticamente logrado ese resultado si no se hubiese disuelto en el último minuto por enfrentamientos sobre cuestiones de política educativa[4].

Pero la formación de la Gran Coalición en otoño de 2005 pareció brindar una nueva oportunidad. Los partidos de la coalición suscribieron, como declaración programática en el Acuerdo de Coalición, la continuación de los esfuerzos en pro de una reforma del federalismo[5]. El 1 de septiembre de 2006 ha entrado en vigor la quincuagésimosegunda reforma de la Ley Fundamental[6], conocida como «reforma del federalismo». Si bien de acuerdo con el título de la ley pudiera parecer que se trata en principio de una

---

[2] Cfr. sobre ambas modificaciones SANNWALD, *Die Reform des Grundgesetzes*, NJW 1994, pp. 3313 y ss.; G. SCHMIDT, *Die neue Subsidiaritätsprinzipregelung des Art. 72 GG in der deutschen und europäischen Wirtschaftsverfassung*, DÖV 1995, pp. 657 y ss.; M.D. MÜLLER, *Auswirkungen der Grundgesetzrevision von 1994 auf die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern*, 1996, pp. 51 y ss.

[3] Cfr. ROZEK, en v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK: *Das Bonner Grundgesetz - Kommentar*, vol. 2, 5ª ed. 2005, Art. 75, marginales 74 y ss., y también OETER, *ibídem*, Art. 72, marginales 111 ss.; cfr. además KENNTNER,"Der Föderalismus ist (doch) justitiabel", *NVwZ* 2003, pp. 821 y ss.; FASSBENDER, "Eine Absichtserklärung aus Karlsruhe zur legislativen Kompetenzverteilung im Bundesstaat", *JZ* 2003, pp. 332 y ss.; DEPENHEUER, "Vom Bedürfnis zur Erforderlichkeit", *ZG* 2003, pp. 177 y ss.; GEIS/KRAUSNICK, "Die Neujustierung der Gesetzgebungskompetenzen", en BORCHARD/MARGEDANT (eds.), *Der deutsche Föderalismus im Reformprozess*, 2006, pp. 215, 218 y ss.

[4] Cfr. DIETSCHE/HINTERSEH, "Entflechtung der Gesetzgebungskompetenzen", en BORCHARD/MARGEDANT (eds.), *Der deutsche Föderalismus im Reformprozess*, 2006, pp. 11, 26 y ss.; U. MÜCH, "Bildungspolitik als föderativer Streitpunkt", en *Jahrbuch des Föderalismus 2005*, pp. 150 y ss.

[5] «Juntos por Alemania – con valentía y humanidad», Acuerdo de Coalición entre la CDU, la CSU y el SPD, 11.11.2005, pp. 26 y siguiente.

[6] Ley de Reforma de la Ley Fundamental (artículos 22, 23, 33, 52, 75, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 143c), BGBl. 2006, Parte I, núm. 41, p. 2034. Véase con carácter complementario la Ley de Acompañamiento a la Reforma del Federalismo, BGBl. 2006, Parte I, nº 41, p. 2098.

reforma relativamente insignificante, esta modificación de los preceptos federales en materia de reparto de competencias resulta ser, sin embargo, la reforma constitucional más importante desde la aprobación de la Ley Fundamental[7]. Objetivo declarado de la reforma era el de deshacer la maraña de competencias entre la Federación y los Länder, que se considera como un obstáculo para la democracia y para la eficiencia[8]. Por una parte, debían desenmarañarse las competencias legislativas y administrativas de la Federación y de los Länder, que se habían ido enredando notablemente a lo largo de las últimas décadas, para, de esta manera, alcanzar un mayor grado de transparencia política. Por otra parte, debía reconducirse a una medida razonable la desgraciadamente famosa «maraña política» que se había creado como consecuencia de la participación de los Gobiernos de los Länder en la legislación federal, considerablemente intensificada desde 1949[9]. Pero esto, que suena tan plausible como objetivo, por lo menos en alguna medida, es difícil de concretar en detalle. Para la tarea de la reforma constitucional había que ganarse a una fuerte mayoría de los Gobiernos de los Länder, porque la reforma de la Constitución precisaba una mayoría de dos tercios (mayoría de reforma constitucional) no sólo en el Bundestag, sino también en el Bundesrat. Los Gobiernos de los Länder no iban a dejarse comprar el voto sin recibir algo a cambio, pero eso era de esperar desde el principio.

Punto esencial de partida en los esfuerzos para desenredar las competencias legislativas lo constituía la conciencia de que la proporción de leyes que necesitan del voto favorable del Bundesrat para su aprobación («Zustimmungsgesetze») había ido creciendo considerablemente desde la fundación de la República Federal hasta alcanzar la cuota actual de más del sesenta por ciento del total de las leyes federales[10], frente a la distribución inicialmente pensada entre leyes que no necesitan el voto favorable del Bundesrat para su aprobación («Einspruchsgesetze»), que habrían de constituir la regla general, y «Zustimmungsgesetze», que habrían de constituir la excepción. Si bien el legislador federal, con su práctica legislativa de

---

[7] Véase también NIERHAUS/RADEMACHER, "Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle? ", *LKV* 2006, p. 385.

[8] Véase la fundamentación de la ley, BT-Drs. 16/813, p. 7.

[9] Cfr. HÄDE, "Zur Föderalismusreform in Deutschland", *JZ* 2006, pp. 930, 932.

[10] Véase la fundamentación de la ley, BT-Drs. 16/813, p. 7. Las investigaciones confirman de hecho que el porcentaje de *Zustimmungsgesetze* alcanzaba en una legislatura, como regla general, más del cincuenta por ciento, en parte incluso hasta el sesenta por ciento. Véase recientemente el análisis del Servicio de Investigación del Bundestag alemán, Georgii/Borhanian (autores), Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform, WD3-37/06 y 123/06, p. 8 (en:http://www.*bundestag*.de/parlament/gremien/foederalismus/wirkung.pdf).

invadir ampliamente el ámbito de las normas de organización y procedimiento, no es del todo inocente en este desarrollo, y si bien la relación original entre regla general y excepción suponía desde el principio en cierta medida un fallo de cálculo, a la vista de las tendencias expansivas del legislador federal[11], lo cierto es que todos los participantes en la empresa de reformar la Constitución tuvieron desde el primer momento claro que una auténtica reforma del reparto de competencias entre la Federación y los Länder no iba a poder pasar por alto la función del Bundesrat. Para eso es demasiado importante el Bundesrat, como bisagra entre la legislación federal y la práctica ejecutiva de los Länder.

La reforma está en conexión, por consiguiente, con un conflicto permanente entre el Gobierno Federal y el Bundesrat: el conflicto acerca de la necesidad del voto favorable del Bundesrat para poder aprobar determinados proyectos de ley y la problemática a él asociada relativa al derecho de participación del Bundesrat en la legislación[12]. Así pues, la reducción de los derechos de codecisión del Bundesrat se situó, junto con la redistribución de las competencias legislativas en los artículos 70 y siguientes GG, en el eje de los intentos de reforma[13]. En esencia, el legislador espera ahora de la reforma una reducción de la cuota de «Zustimmungsgesetze» de hasta el cuarenta por ciento[14], lo que podría hacer suponer que la posición del Bundesrat en la estructura constitucional del Estado federal habría quedado claramente debilitada con la reforma. El objeto de la presente investigación lo constituye esencialmente la pregunta de si y en qué medida la reforma de las estructuras federales de división de competencias ha repercutido de hecho sustancialmente en la posición del Bundesrat como órgano central de participación de los Länder en la política federal.

2. POSICIÓN DEL BUNDESRAT EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Una descripción del trasfondo histórico del modelo de Bundesrat elegido por el constituyente y de su desarrollo en los últimos cincuenta años sobrepasaría con creces el marco de la presente discusión[15], pero una

---

[11] Cfr. por todos OETER, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998, pp. 161 y siguiente, 469 y ss.

[12] Sobre el transfondo y el desarrollo de este conflicto véase OETER, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998, pp. 158 y ss.

[13] Véase la fundamentación de la ley, BT-Drs. 16/813, p. 8.

[14] Véase la fundamentación de la ley, BT-Drs. 16/813, p. 14.

[15] Para una visión de conjunto con numerosas indicaciones en profundidad véase KORIOTH, en v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, vol. 2, 5ª ed., 2005, Art. 50.

breve exposición de la tradicional división federal de competencias y de la posición que el Bundesrat ocupa dentro del modelo es imprescindible para comprender los objetivos de la reforma y para valorar las modificaciones adoptadas. Si uno lo mira con detenimiento, el modelo alemán de Estado federal, como muchas estructuras institucionales, se muestra extremadamente dependiente del curso histórico seguido hasta entonces, lo que limita también las opciones reales de reforma del sistema federal.

A través del Bundesrat asumen los Länder o, mejor dicho, sus Gobiernos (art. 51.1 GG) una influencia decisiva en el ejercicio del poder estatal dentro de la Federación[16]. Significativa y particularmente controvertida desde el punto de vista político era, y es en este sentido, sobre todo, la influencia del Bundesrat en la legislación de la Federación.

Los detalles de la legislación ordinaria se regulan en los artículos 76 y siguientes de la Ley Fundamental. Al principio se discutió en el Consejo Parlamentario de 1948 la alternativa entre adoptar el modelo alemán clásico de Bundesrat, por una parte, o un Senado de inspiración americana, por otra. Debido a la presión de los Länder se decidió finalmente adoptar el modelo tradicional de Bundesrat que, en su origen, evoca claras referencias a una Federación internacional de Estados. El precio de la insistencia en adoptar el modelo de Bunderat fue el papel subordinado (en relación al Bundestag) del «órgano federal», que se compone de representantes de los Gobiernos de los Länder. El Bundesrat no debía tener, como el Senado de los Estados Unidos o el «Ständerat» suizo, pleno poder de codecisión en el procedimiento legislativo, sino que simplemente podría hacer valer un veto suspensivo en el procedimiento legislativo de aprobación de «Einspruchsgesetze» (concebido sistemáticamente como regla general). Es decir, el Bundesrat estaría, en el marco de la actividad legislativa, dotado sólo parcialmente de plenos derechos de consulta[17]. Solamente se necesita el voto favorable del Bundesrat para que una ley pueda ser aprobada en los supuestos (exhaustivos) en los que expresamente así se dispone en la Ley Fundamental. En los demás, al Bundesrat le corresponde un derecho de veto que al final el Bundestag puede superar con una determinada mayoría. La proporción de «Einspruchsgesetze» y de «Zustimmungsgesetze» tiene, pues, un significado destacado en la posición real del Bundesrat. La presunción de que la regla general establecida en la Constitución sería el

---

[16] Cfr. KORIOTH, en v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, vol. 2, 5ª ed., 2005, "Art. 50", marginal 2.

[17] Véase OETER, "Die Stellung des Bundesrates im deutschen Verfassungsgefüge", en: *Der Bundesrat im ehemaligen Preußischen Herrenhaus*, 2002, p. 169.

derecho de veto simplemente suspensivo se reveló en el transcurso del tiempo como engañosa[18]. De hecho, la cifra de «Zustimmungsgesetze» superó, ya en los primeros años de legislación federal, a la de «Einspruchsgesetze»[19]. «Coladero»[20] determinante de esta redistribución de pesos resultó ser sobre todo el antiguo artículo 84.1 GG, que prevé la necesidad del consentimiento del Bundesrat para el supuesto de que, en el contexto de la ejecución de leyes federales como tarea propia de los Länder, el legislador federal quiera regular por sí mismo, haciendo caso omiso del principio de la competencia administrativa de los Länder, la organización de las autoridades y el procedimiento administrativo. Y es que esa «competencia administrativa» de los Länder engloba en principio también el derecho de éstos de poder regular como competencia propia la organización y el procedimiento administrativos, incluso cuando se trata de ejecutar leyes federales.

En total, con la antigua regulación, la proporción de «Zustimmungsgesetze» fue, como media de los procedimientos legislativos, de más del cincuenta por ciento[21]. El Bundesrat alcanzó claramente de esta manera mayor significación y más influencia de la que el constituyente al principio se había figurado[22]. No hay que exagerar la interpretación de este resultado: el constituyente puede también equivocarse alguna vez en las consecuencias de determinadas conformaciones institucionales, como ha ocurrido con la frecuencia proporcional de «Einspruchsgesetze» y «Zustimmungsgesetze». El amargo despertar en la etapa siguiente de los primeros ensayos prácticos de la nueva Constitución resultó ser, de esta manera, inevitable. El malestar así alimentado de los políticos federales y constitucionalistas, orientados en su mayoría en una dirección unitarista, generó bien pronto considerables críticas al papel del Bundesrat, valorado como exagerado. Ya en la primera legislatura se mostraron masivas divergencias entre el Gobierno federal y el Bundesrat, y también entonces se criticó en parte la «cierta posición de oposición»[23] del Bundesrat. Esta crítica no se ha

---

[18] Cfr. H. SCHÄFER, *Der Bundesrat*, 1955, p. 87; H. SCHNEIDER, *Die Zustimmung des Bundesrates zu Gesetzen*, DVBl. 1953, p. 257.

[19] Véase GEORGII/BORHANIAN, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, WD3-37/06 y 123/06 (*supra*, nota a pie 10), p. 8.

[20] H. SCHNEIDER, *Die Zustimmung des Bundesrates zu Gesetzen*, DVBl. 1953, p. 257.

[21] Véase GEORGII/BORHANIAN, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, WD3-37/06 y 123/06 (*supra*, nota a pie 10), pp. 1, 40 ss.

[22] Más referencias en KORIOTH, en v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, vol. 2, 5ª ed., 2005, Art. 50, marginal 30.

[23] Véase al respecto OETER, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998, p. 158.

calmado en el transcurso de las más de cinco décadas de práctica constitucional de la República Federal, sino que casi podría decirse que se ha agudizado todavía más. Hoy se califica con frecuencia de manera crítica al Bundesrat de «oposición federal diferida»[24], «órgano permanente de veto»[25] o «instrumento de bloqueo»[26]. En estos calificativos resuena claramente el reproche formulado desde los años setenta[27] de que el Bundesrat es objeto de una creciente instrumentalización[28] de cara a la satisfacción de los intereses partidistas de los partidos minoritarios en la Federación y de que se ha convertido en el «ancla institucional de la oposición parlamentaria a nivel federal»[29]. También resuena en las manifestaciones peyorativas acerca del papel del Bundesrat la asimismo vieja conocida imputación de que el Bundesrat practica una política de bloqueo y de expansión de sus propias competencias. Pero ninguno de estos dos reproches resiste apenas una consideración más detallada y habrían de ser más bien calificados de retórica política[30]. No es posible por lo menos confirmar empíricamente una preponderancia en el Bundesrat de la política de partidos frente a los intereses institucionales de los Länder, preponderancia que se manifiesta solamente en supuestos excepcionales de votaciones de elevada carga política[31]. Por lo demás, precisamente por la responsabilidad a que los miembros del Bundesrat están sujetos ante los Parlamentos de los Länder, tampoco deberían ser inadmisibles decisiones del Bundesrat motivadas por la política de partidos[32]. El reproche de que el Bundesrat practica una política

---

[24] MEYER, en su opinión como experto en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del Bundestag los días 15 y 16 de mayo de 2006, p. 10. Todas las opiniones de los expertos en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del Bundestag de los días 15 y 16 de mayo de 2006 han sido publicadas en la página de internet: http://www.*bundestag*.de/ausschuesse/a06/foederalismusreform/Anhoerung/01_Allgemeiner_Teil/Stellungnahmen/.

[25] GEORGII/BORHANIAN, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, Estudios del Servicio de Investigación del *Bundestag* alemán WD3-37/06 y 123/06 (*supra*, nota a pie 10), p. 8.

[26] STÜNKER, "Ist der Bundesrat ein Störfaktor? " Pro & Contra, ZRP 2005, p. 279.

[27] Sobre la creciente polarización del sistema de partidos y referencias a las posiciones de entonces véase OETER, *Integration und Subsidiaritt im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998, pp. 322 ss.

[28] Véase de forma expresa recientemente, con más referencias, NIERHAUS/RADEMACHER, "Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle?" LKV 2006, pp. 386 y siguiente.

[29] Cfr. P.M. HUBER, *Deutschland in der Föderalismusfalle?*, 2003, p. 3.

[30] Véase también KORIOTH, en v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, vol. 2, 5ª ed., 2005, Art. 50, marginal 18.

[31] KÖNIG/BRÄUNINGER, "Wie wichtig sind die Länder für die Politik der Bundesregierung bei Enspruchs- und Zustimmungsgesetze?" ZParl 1997, pp. 605 ss.

[32] En este sentido también KORIOTH, en v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, vol. 2, 5ª ed., 2005, Art. 50, marginal 18.

de bloqueo y de expansión de sus propias competencias ignora, además, el hecho de que el incremento de los derechos de participación del Bundesrat es, en esencia, culpa del propio legislador federal; radica, en concreto, en la legislación de la Federación que invade, sobre la base del antiguo artículo 84.1 GG (que ha sido, siempre y ante todo, un producto de las tendencias unitaristas en la práctica constitucional de la República federal[33]) la esfera administrativa. Desde la perspectiva de los Länder, la participación decisiva del Bundesrat en la conformación material de las leyes, percibida desde el ángulo de la política federal sobre todo como de bloqueo y de extralimitación de competencias, se muestra más como reacción a las cada vez mayores ambiciones reguladoras de la Federación que como despliegue de los egoísmos «particulares» de los Länder.

Aunque así se pueda desvirtuar ampliamente el reproche de una actitud de bloqueo por parte del Bundesrat motivada por intereses partidistas, lo cierto es que no se podía negar el efecto obstaculizador de la maraña competencial existente entre la Federación y los Länder. El Estado federal alemán está atrapado en una estructura de un enredo político extremo, en el que cada nivel no puede apenas actuar ya de manera independiente, sino que cada vez se necesita el consenso de los más importantes de los otros actores a nivel federal y a nivel de Land. Es por eso que también los autores que reconocen el significado fundamental del Bundesrat como institución y que no le echan la culpa sólo a él de los desarrollos expuestos en la relación entre la Federación y los Länder han exigido, con razón, que se desenreden las competencias y que se reduzca el número de «Zustimmungsgesetze»[34].

A continuación se expondrán las modificaciones de la Ley Fundamental esenciales para la función de colaboración del Bundesrat y se indagará acerca de sus efectos. Además, se echará un breve vistazo a aquellas disposiciones relevantes en materia de colaboración del Bundesrat que no se han modificado.

---

[33] En este sentido recientemente también IPSEN, *Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle*, NJW 2006, pp. 2801, 2802; véase ya en su momento K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, 1962, pp. 22 y siguiente; además OETER, *Integration y Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998, p. 161, con más referencias.

[34] Véase KORIOTH, en v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, vol. 2, 5ª ed., 2005, Art. 50, marginal 33.

3. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 84.1

Como ya se ha mencionado, el artículo 84.1 GG representa el supuesto de hecho central del que se derivan los, con mucho, más frecuentes casos de necesidad del voto favorable del Bundesrat para la aprobación de concretos proyectos de ley. El artículo 84 GG se refiere a la configuración de la Administración propia de los Länder cuando se trata de ejecutar leyes federales. En la práctica constitucional de las últimas décadas, la necesidad de contar con el voto favorable del Bundesrat para la aprobación de una ley se ha basado empíricamente en más de la mitad de los casos en la regla del artículo 84.1 GG (en su antigua redacción)[35]. De ahí se derivó el deseo de todas las Comisiones a las que se encargó la reforma del sistema federal –y al final también del legislador reformador de la Constitución- de reducir la cuota de «Zustimmungsgesetze», fundamentalmente mediante una reconfiguración del supuesto de hecho más importante determinante de la necesidad del voto favorable del Bundesrat para la aprobación de leyes[36].

3.1. Antiguo tenor

De acuerdo con el antiguo artículo 84.1 GG, el poder de organización en el ámbito de la Administración recaía fundamentalmente sobre los Länder. Si bien el legislador federal estaba expresamente autorizado por la Ley Fundamental para atraer hacia sí esta competencia reguladora, es decir, para adoptar mediante ley federal reglas sobre la organización administrativa y sobre el procedimiento administrativo, necesitaba para ello el voto favorable del Bundesrat.

Como ya se ha mencionado, la Federación tendió a agotar en su contenido la autorización para la adopción de reglas en materia de organización y procedimiento, y a regular, junto a las cuestiones jurídico-materiales, también el procedimiento administrativo[37]. El incremento, asociado a ello, de las leyes federales necesitadas para su aprobación del voto favorable del Bundesrat se vio todavía más reforzado con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal en los años sesenta y setenta. De acuerdo con la llamada «tesis de la unidad», una ley federal precisa como un todo el

---

[35] Véase, para las legislaturas décimocuarta y décimoquinta, GEORGII/BORHANIAN, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, WD3-37/06 y 123/06 (*supra*, nota a pie 10), pp. 40 y siguiente.

[36] Véase la fundamentación de la ley, BT-Drs. 16/813, pp. 8 y 14.

[37] Cfr. HÄDE, "Zur Föderalismusreform in Deutschland", *JZ* 2006, pp. 930 y 934.

voto favorable del Bundesrat para ser aprobada incluso cuando sólo una de las normas contenidas en la ley se encuadre materialmente en el ámbito de normas que exigen el voto favorable del Bundesrat[38]. Con ello se extendió la necesidad del voto favorable del Bundesrat del artículo 84.1 GG (pensada en realidad, según la intención original del constituyente, sólo para normas relativas a la organización administrativa y al procedimiento administrativo) a toda la regulación jurídico-material de la ley en cuestión. Este cambio de dirección del Tribunal Constitucional Federal ha sido muy criticado, pero un análisis más detenido muestra que, en gran medida, pocas alternativas hay[39].

En conjunto, es posible sostener que las ambiciones reguladoras del legislador federal (ampliamente invasivas) y la interpretación extensiva que ha hecho el Tribunal Constitucional Federal de la disposición del artículo 84.1 GG, condujeron en definitiva a una participación reforzada del Bundesrat en la legislación federal[40]. La posición jurídico-procedimental de veto que se le asignó al Bundesrat en la práctica legislativa federal le dio, de hecho, la posibilidad de influir también, por medio del antiguo artículo 84.1 GG, en la configuración material de las leyes.

3.2. Nueva redacción

También de acuerdo con la nueva redacción les sigue correspondiendo fundamentalmente a los Länder la potestad organizativa (nuevo art. 84.1 GG). La Federación puede también todavía regular por sí misma, mediante una ley federal, la organización administrativa (el «establecimiento de las autoridades») y el procedimiento administrativo (nuevo art. 84.1.2 GG). Para ello ya no necesita, sin embargo, el voto favorable del Bundesrat, siempre que la Federación se resigne a que los Länder puedan adoptar normas que se aparten de la legislación federal (nuevo art. 84.1.2 GG). La competencia federal para la regulación de la organización de las autoridades y del procedimiento administrativo queda a expensas de que los Länder hagan en cualquier momento uso de su derecho de intervención en este ámbito[41]. La

---

[38] BVerfGE 55, 274, p. 237; sobre el desarrollo reciente de esta jurisprudencia véase Wernsmann, Reichweite der Zustimmungsbedürftigkeit von Gesetzen im Bundestat, NVwZ 2005, pp. 1352 y ss.

[39] OETER, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998, pp. 159 ss. (con más referencias bibliográficas).

[40] Sobre las críticas a este desarrollo, cfr. por todos, por ejemplo, P.M. HUBER, *Deutschland in der Föderalismusfalle?*, 2003, p. 28.

[41] Cfr. DEGENHART, "Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle?" *LKV* 2006, pp. 385, 392 y siguiente.

Federación, por su parte, no se ve en cualquier caso obstaculizada para hacer a continuación uso de nuevo de su competencia según el artículo 84.1.1 GG, y desplazar a los Länder otra vez, con la ayuda de la regla de la prioridad temporal, del terreno legislativo, una posibilidad que a continuación se les ofrece a su vez también a los Länder. Al peligro de un «juego de ping-pong» entre el legislador federal y el legislador a nivel de Land[42] se ha intentado hacer frente haciendo que las leyes federales que se aprueben sobre la base del artículo 84.1.1 GG entren en principio en vigor seis meses después de su promulgación, lo que abriría a los Länder, justo a tiempo antes de que la legislación federal entre en vigor, la posibilidad de adelantarse a su vez al legislador federal con normas de Derecho de los Länder que se aparten de aquélla[43].

«En supuestos excepcionales», es decir, en caso de una indiscutible «necesidad de una regulación federal unitaria», puede la Federación regular el procedimiento administrativo (pero no el establecimiento de las autoridades) sin que los Länder tengan la posibilidad de apartarse de esa normativa, para lo que la ley necesita entonces el voto favorable del Bundesrat (nuevo art. 84.1.5 y 6 GG). Esta posibilidad debería también poner límites a una competencia dañina entre el legislador federal y el legislador del Land[44]. De todos modos, en qué medida los Länder van a hacer en el futuro efectivamente uso de su derecho de legislar apartándose de la legislación federal es algo que está en el aire. Por lo menos, es posible calificar de improbable el tan cacareado «juego de ping-pong» entre el legislador federal y el legislador a nivel de Land. La mayoría de los legisladores de los Länder estarán con frecuencia satisfechos con las normas federales de organización y procedimiento y, en consecuencia, no pensarán en absoluto regular por sí mismos, es decir, apartándose de la normativa correspondiente de Derecho federal, y de manera autónoma cuestiones relativas a la organización administrativa o al procedimiento administrativo. En numerosos supuestos lo más probable es que sólo algún legislador puntual de un Land adopte una regulación propia; la mayoría de los legisladores de los Länder, por el contrario, permanecerán a la sombra de la legislación federal. Sólo en un número pequeño de casos se llegará, por experiencia, a una

---

[42] Cfr. en este sentido HÄDE, "Zur Föderalismusreform in Deutschland", *JZ* 2006, pp. 930, 934.

[43] Cfr. J. IPSEN, "Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle", *NJW* 2006, pp. 2801, 2805; HÄDE, "Zur Föderalismusreform in Deutschland", *JZ* 2006, pp. 930, 934.

[44] Cfr. HÄDE, "Zur Föderalismusreform in Deutschland", *JZ* 2006, pp. 930, 934.

sustitución completa del Derecho federal relevante por Derecho de los Länder que se aparte de él.

Si bien con esta nueva formulación del artículo 84 GG aumenta la probabilidad de que en el futuro haya que operar en mayor medida con fenómenos de «Derecho federal particular», perdiéndose en consecuencia la unidad y la claridad de las formas actuales de regulación federal, lo cierto es que el legislador federal espera conseguir con esta nueva regulación una clara reducción del número de supuestos en los que es necesario el voto favorable del Bundesrat para aprobar una ley federal, que se rebajarían, según estimaciones, del actual más del sesenta por ciento a algo más del treinta y cinco o cuarenta por ciento en el futuro[45]. En la medida que en el futuro desaparezca la posibilidad de emplear el voto favorable imprescindible del Bundesrat en los supuestos del antiguo artículo 84.1 GG, como resorte para conseguir, en el marco de negocios políticos de compensación, ventajas políticas en otros ámbitos, debería reducirse notablemente, como consecuencia, el número de procedimientos en los que se acude a la Comisión de Mediación entre el Bundestag y el Bundesrat[46].

3.3. Valoración

A pesar de estos evidentes efectos positivos, la nueva regulación del artículo 84.1 GG fue, ya en el procedimiento de aprobación de la ley de reforma, criticada desde diversos puntos de vista[47]. Sobre todo se arguyó reiteradamente en contra del derecho de los Länder de apartarse de la normativa federal del nuevo artículo 84.1.2 GG, el temor a un fraccionamiento jurídico. Pero decisiva para la valoración jurídico-política debería ser la pregunta de si con la nueva formulación disminuye efectivamente la proporción de leyes federales necesitadas del voto favorable del Bundesrat para su aprobación y si la influencia del Bundesrat en la legislación federal va a disminuir, porque, en definitiva, éste es el objetivo central de la reforma, y hay buenas razones para valorar como mucho más importantes los efectos positivos de este esperado «desenmarañamiento» que las quejas, en última instancia muy emocionales, sobre el «fraccionamiento jurídico» y la poca claridad regulatoria[48].

---

[45] Cfr. BT-Drs. 16/813, pp. 14 y siguiente.

[46] Cfr. J. IPSEN, "Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle", *NJW* 2006, pp. 2801, 2805.

[47] Véanse por todas las opiniones vertidas, en calidad de expertos, en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* los días 15 y 16 de mayo de 2006 (*supra*, nota a pie 24) de MEYER, pp. 5 ss.; SCHARPF, pp. 2 ss.; y PESTALOZZA, pp. 3 ss.

[48] Cfr. por ejemplo HÄDE, "Zur Föderalismusreform in Deutschland", *JZ* 2006, pp. 930, 934.

En primer lugar se puede sostener que, al contrario de lo que ocurría anteriormente, ahora se pueden aprobar leyes federales que incluyan normas en materia de organización o procedimiento administrativos sin necesidad de contar con el voto favorable del Bundesrat. Si bien la supresión de la necesidad del voto favorable del Bundesrat se basa en una renuncia de la Federación a poder aprobar en este ámbito regulaciones que sean en última instancia auténticamente vinculantes[49], lo cierto es que, como afirman algunos no sin parte de razón, este resultado que evita ampliamente la necesidad del voto favorable del Bundesrat ya se podría haber conseguido, con el precio de una renuncia de la Federación a reglas vinculantes, bajo la vigencia del régimen jurídico anterior. Con razón se destaca que la Federación ya estaba facultada, bajo la anterior situación jurídica, para renunciar a la adopción de reglas procedimentales y, de esta manera, evitar la necesidad del voto favorable del Bundesrat para la aprobación de leyes federales[50]. Las denunciadas posibilidades de bloqueo del Bundesrat podrían, por tanto, haberse evitado mediante la no regulación de contenidos procedimentales o, al menos, mediante la separación admisible entre ley material y ley de procedimiento. Pero no hay que olvidar en este punto una diferencia decisiva entre el antiguo y el nuevo tenor del artículo 84 GG. Bajo la antigua redacción, el legislador federal tenía que abstenerse por completo de cualquier regulación de la organización o el procedimiento administrativos para eludir la necesidad del voto favorable del Bundesrat. Esto lleva consigo, sin embargo, en muchos casos, enormes dificultades, porque las normas materiales, las de procedimiento administrativo y las de organización administrativa están legislativamente en una estrecha relación de interdependencia. Si el legislador quiere asegurarse de que los objetivos materiales de la norma se alcancen efectivamente no podrá evitar, normalmente, tener que plantearse cuestiones relativas al procedimiento administrativo o a la organización administrativa. Pero si el legislador federal quería hasta ahora plasmar el resultado de estas reflexiones en la ley y proporcionarles a los Länder de esta manera pautas para asegurar una ejecución adecuada, terminaba irremediablemente necesitando el voto favorable del Bundesrat para la aprobación de la ley correspondiente. Prácticamente inevitable resultaba la necesidad del voto favorable del Bundesrat según el (antiguo)

---

[49] Véase la opinión de SCHARPF, p. 2, en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del Bundestag de los días 15 y 16 de mayo de 2006 (*supra*, nota a pie 24).

[50] Véanse las opiniones de SCHARPF, p. 2, y PESTALOZZA, p. 3, marginal 13, en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del Bundestag de los días 15 y 16 de mayo de 2006 (*supra*, nota a pie 24).

artículo 84.2 GG con frecuencia en los casos de transposición de Directivas comunitarias, porque las Directivas más recientes suelen incluir, cada vez más, reglas de procedimiento. La escisión de la transposición de estas Directivas en una parte material, que se le habría asignado al legislador federal, y una parte procedimental, de la que habrían sido responsables los legisladores de los Länder, no resultaría al final apenas practicable por lo artificial de la división, sin olvidar los considerables problemas de tiempo y de coordinación que habría ocasionado una escisión de esta naturaleza.

El nuevo tenor del artículo 84.1 GG evita en gran medida estas dificultades[51]. El legislador federal puede ahora plasmar sin problemas en forma de ley sus ideas acerca de la conexión objetiva entre normas materiales, Derecho procedimental y organización de las autoridades, sin por ello caer a la vez en la trampa de la necesidad del voto favorable del Bundesrat. Lo mismo vale para la rápida transposición de directivas, en la medida en que éstas incluyan reglas de procedimiento; una división de la regulación entre Federación y Länder ya no es necesaria y se reduce el tiempo que necesita el legislador federal porque en estos casos, en principio, ya no será necesario acudir a la Comisión de Mediación entre el Bundestag y el Bundesrat[52]. Con frecuencia aceptarán los Länder (o, por lo menos, la mayoría de los Länder) esta normativa federal sin reducciones, siempre que la regulación sea convincente desde el punto de vista jurídico-político y de la práctica administrativa[53]. Pero si la Federación se atraviesa en el camino de algún Land con normas sobre el procedimiento y la organización, a la vista, por ejemplo, de modelos de organización o de reforma administrativa específicos de la política de ese Land, o si ignora sencillamente las tradiciones procedimentales u organizativas de Länder concretos, es justo que se le dé la oportunidad al legislador del Land de modificar el modelo general del legislador federal a la vista de las especialidades particulares de ese Land[54]. La Administración es al final el auténtico ámbito nuclear, el «proprium» de la política a nivel de Land, y con ese trasfondo debería serles posible a los legisladores y Gobiernos de los Länder perseguir modelos homogéneos para el ámbito de la Administración del Land.

---

[51] Cfr. la valoración decididamente positiva de la reforma en la opinión de P.M. HUBER, en el marco de la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* de los días 15 y 16 de mayo (*supra,* nota a pie 24), pp. 8 y ss.

[52] Cfr. la opinión de P.M. HUBER en el contexto de la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* de los días 15 y 16 de mayo (*supra,* nota a pie 24), p. 9.

[53] *Ibídem*.

[54] Cfr. J. IPSEN, "Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle", *NJW* 2006, pp. 2801, 2805.

Desde esta perspectiva, resulta demasiado pesimista la presunción de que la Federación evitará de hecho, también con la nueva normativa, con su insistencia en las normas vinculantes, que se llegue a una reducción del número de «Zustimmungsgesetze»[55]. Esos temores no tienen, por un lado, en cuenta que la (co-)regulación del procedimiento administrativo obedecía a menudo en esencia a puras razones de práctica legislativa, ubicadas en la lógica objetiva de la materia normativa concreta, es decir, que para el legislador no se trataba en absoluto de controlar a los Länder[56]. Además, no es posible prever por ahora en qué medida la Federación verá en la futura práctica legislativa motivos para implantar la vinculación de sus normas con carácter definitivo, excluyendo la posibilidad de los Länder de apartarse de la normativa federal, para lo que necesita el voto favorable del Bundesrat. El legislador federal será razonablemente más bien reacio a hacer uso de esta variante reguladora y se conformará por regla general con una regulación sencilla, a no ser que los Länder hagan un uso excesivo de la posibilidad de apartarse, mediante leyes propias, de la legislación federal y con ello destruyan notoriamente el modelo (normativo) político del legislador federal.

Quedaría todavía, sin embargo, una cuestión absolutamente abierta: la de en qué medida y con qué alcance harán los Länder efectivamente uso de su derecho a apartarse de la legislación de la Federación[57]. En algunos Länder ello es más bien improbable, por falta de medios del aparato legislativo y por falta de los recursos burocráticos pertinentes. El margen de actuación en el diseño del procedimiento está, además, de todos modos, constitucionalmente limitado, con lo cual con frecuencia no será posible en absoluto que los Länder se aparten en aspectos esenciales de la legislación federal. La Federación, a su vez, no querrá excluir que los Länder puedan apartarse de su legislación en cuestiones no esenciales si el elevado precio que hay que pagar por ello es la necesidad de contar con el voto favorable

---

[55] Escéptico por el contrario Scharpf en su opinión en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* de los días 15 y 16 de mayo (*supra,* nota a pie 24), pp. 2 y siguiente; respecto al margen de valoración de la Federación en el caso de la regulación excepcional véase NIERHAUS/RADEMACHER, "Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfaalle?", *LKV* 2006, p. 393.

[56] Con referencia a la difícil delimitación entre normas procedimentales y normas jurídico-materiales véase GEORGII/BORHANIAN, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, Estudios del Servicio de Investigación del *Bundestag* alemán, WD3-37/06 y 123/06 (*supra*, nota a pie 10), p. 20.

[57] En este sentido también GEORGII/BORHANIAN, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, WD3-37/06 y 123/06 (*supra*, nota a pie 10), pp. 21 y siguiente.

del Bundesrat para poder aprobar la ley federal. En esta medida hay que contar, en principio, con que la nueva regulación del artículo 84.1 GG pueda conducir, efectivamente, a una reducción del número de leyes que necesitan del voto favorable del Bundesrat para ser aprobadas y con que se limitarán considerablemente los derechos de participación del Bundesrat, lo que podría llevar a un incremento de la eficiencia del procedimiento legislativo (sobre todo desde el punto de vista del tiempo) y a una mayor transparencia de los procesos de decisión[58].

4. ARTÍCULO 104A

El artículo 104a GG regula el reparto, esencial para el ordenamiento del Estado Federal, de tareas administrativas entre la Federación y los Länder. En este punto rige el principio de que la Federación y los Länder tienen que soportar por separado los costes que conlleve el cumplimiento de sus respectivas tareas (art. 104a.1 GG). Excepciones a este principio se aplican a la Administración de los Länder que ejecuta tareas federales por encargo de la Federación («Auftragsverwaltung», apartado 2), a las leyes federales que concedan prestaciones dinerarias y cuya ejecución corresponda a los Länder («Geldleistungsgesetze», apartado 3, completado en la nueva redacción por el apartado 4), así como a la competencia para la concesión de ayudas financieras (antiguo apartado 2, nuevo artículo 104b). En relación a los derechos de codecisión del Bundesrat se ha producido aquí una reforma esencial de la Constitución respecto a la regulación excepcional aplicable a las leyes de concesión de prestaciones dinerarias que, a la vista de los peligros de posibles desplazamientos de gastos de la Federación a los Länder, contiene ahora obstáculos notablemente mayores para el legislador federal.

4.1. Antigua redacción

Para leyes de la Federación que preveían la concesión de prestaciones dinerarias pero que habían de ser ejecutadas por los Länder existía la posibilidad, según el artículo 104a.3.1 GG, de trasladar, en todo o en parte, a la Federación la obligación de soportar los costes. Por «prestación dineraria» se entienden en este contexto simplemente las concesiones dinerarias procedentes de medios públicos, sin que se incluyesen las prestaciones en

[58] Véase también IPSEN, "Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle", *NJW* 2006, p. 2805.

especie en la posibilidad de desplazamiento de la obligación de soportar los gastos[59]. En la medida en que las llamadas «leyes de prestaciones dinerarias» supusiesen para los Länder una carga de una cuarta parte de los gastos era imprescindible el voto favorable del Bundesrat para su aprobación (antiguo art. 104a.3.3 GG). La necesidad del voto favorable del Bundesrat del antiguo artículo 104a.3.3 GG no alcanzaba a las prestaciones en especie[60].

4.2. Nueva redacción

De acuerdo con la nueva redacción, se mantiene para las prestaciones dinerarias (y en concreto, sólo para éstas) la posibilidad de trasladar los costes a la Federación (art. 104a.3.1 GG, no modificado). El supuesto de hecho de la necesidad del voto favorable del Bundesrat ha sido, no obstante, considerablemente ampliado. Ahora necesitan el voto favorable del Bundesrat para su aprobación, según el nuevo artículo 104a.4 GG, todas las leyes federales que vayan a ser ejecutadas por los Länder y que prevean la concesión de prestaciones dinerarias, prestaciones en especie evaluables en dinero y prestaciones comparables de servicios frente a terceros, siempre que para los Länder se deriven gastos de las previsiones legales. La necesidad del voto favorable del Bundesrat alcanza ahora, por tanto, también a prestaciones en especie, con lo que se vincula, pues, a todo tipo de costes que tengan que soportar los Länder y que vengan motivados por leyes federales, con independencia de cómo de elevada resulte ser la proporción de los gastos que han de soportar los Länder[61]. En definitiva, las únicas leyes federales que no necesitan el voto favorable del Bundesrat son aquellas que prevean la completa asunción de los gastos por la Federación. Siempre que de la ley resulten gastos de ejecución para los Länder, independientemente de la cantidad y del tipo de gasto, se necesitará en el futuro el voto favorable del Bundesrat.

4.3. Valoración

La extensión del supuesto de hecho de la necesidad del voto favorable del Bundesrat debe garantizar la posibilidad de participación de los Länder en la creación o en la imposición de nuevas obligaciones financieras que

---

[59] MAUNZ, en MAUNZ/DÜRIG, "Grundgesetz, Art. 104a", marginal 33; cfr. también HÄDE, "Finanzausgleich – Die Verteilung der Aufgaben", *Ausgaben und Einnahmen im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union*, 1996, pp. 305 y ss.

[60] MAUNZ, en MAUNZ/DÜRIG, "Grundgesetz, Art. 104a", marginal 33.

[61] Cfr. HÄDE, "Zur Föderalismusreform in Deutschland", *JZ* 2006, pp. 930, 935.

hayan de soportar los Länder de una forma ahora notablemente más amplia[62], y con ello compensar en el fondo la supresión de la necesidad del voto favorable del Bundesrat en el nuevo artículo 84.1 GG[63]. La nueva regulación podría, en todo caso, volver a elevar de manera no precisamente insignificante la proporción de leyes necesitadas del voto favorable del Bundesrat que la nueva redacción del artículo 84.1 GG ha reducido. Respecto a las prestaciones en especie son más que previsibles nuevas posibilidades de bloqueo y negocios de compensación política[64]. Para prestaciones en especie rige, a falta de una regulación especial, el artículo 104a.1 GG. En contra de lo que ocurre con las prestaciones dinerarias, las prestaciones en especie no podrán, por tanto, ser asumidas por la Federación. Los Länder no pueden, pues, con su nuevo derecho de voto favorable a través del Bundesrat del artículo 104a.4 GG, lograr la asunción por la Federación de las prestaciones en especie, sino que podrían como mucho impedir la ley como tal[65]. En esto descubren los críticos, no sin parte de razón, una vía potencial de entrada para negocios de intercambio[66] y para bloqueos mutuos de la mayoría de Gobierno y de la mayoría en el Bundesrat[67]. De esta regla no se puede esperar, en cualquier caso, que contribuya a desenmarañar la estructura competencial; al contrario: el sistema de financiación, que, por lo demás, no se ha modificado esencialmente, amenaza en este punto con paralizar todavía más la política de la Federación[68]. Que este preocupante desarrollo, que apunta hacia un sistema financiero de la Federación y los Länder completamente falto de transparencia, pueda ser contrarrestado mediante la creación de nuevos supuestos de leyes que hayan de ser aprobadas con el voto favorable del Bundesrat podría contabilizarse más bien bajo la rúbrica de las «mentiras existenciales e ilusiones» del federalismo alemán, aunque sea cierto que tiene plenamente sentido desde el punto de vista constitucional proteger a los Länder frente a una

---

[62] Véase la fundamentación de la ley, BT-Drs. 16/813, p. 8.

[63] Véase MÖLLERS en su opinión como experto en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* los días 15 y 16 de mayo de 2006 (*supra*, nota a pie 24), p. 3.

[64] Véanse las opiniones como expertos en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* los días 15 y 16 de mayo de 2006 (*supra*, nota a pie 24) de Meyer, pp. 7 y siguiente, y SCHARPF, p. 5.

[65] Cfr. HÄDE, "Zur Föderalismusreform in Deutschland", *JZ* 2006, pp. 930, 935.

[66] MEYER, en su opinión como experto en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* los días 15 y 16 de mayo de 2006 (*supra*, nota a pie 24), p. 9.

[67] SCHARPF, en su opinión como experto en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* los días 15 y 16 de mayo de 2006 (*supra*, nota a pie 24), p. 5.

[68] OETER, "Die Stellung des Bundesrates im deutschen Verfassungsgefüge", en: *Der Bundesrat im ehemaligen Preußischen Herrenhaus*, 2002, p. 179.

política de atribución sistemática de costes y que habría que educar en cierta medida a la Federación cuando se dedica a repartir regalos a costa de terceros[69].

5. COMPETENCIAS LEGISLATIVAS, ARTÍCULOS 70 Y SIGUIENTES

La reordenación de las competencias legislativas tiene efectos en ciertamente escasa medida sobre la posición del Bundesrat. Por eso se renuncia en este lugar a hacer una exposición detallada de las numerosas modificaciones[70].

Los puntos estructuralmente esenciales de la reforma son la supresión de la competencia marco de la Federación (antiguo art. 75 GG) y la introducción de una competencia de los Länder para apartarse de la legislación federal. Las competencias marco existentes hasta ahora han pasado ahora en parte a la legislación concurrente (véase el nuevo art. 74.1, núms. 27 a 33 GG) y en parte a la competencia exclusiva de la Federación (véase el nuevo artículo 73.1.3 y 5a GG). En los ámbitos que han pasado a la legislación concurrente existe ahora un derecho material de los Länder para apartarse de la legislación federal (nuevo art. 72.3.1 GG), similar en parte al derecho de apartarse de las normas en materia de organización y procedimiento del artículo 84.1.2 GG. La Federación tiene, pues, en estos ámbitos el derecho de regulación plena, pero los Länder pueden aprobar normas que se aparten de esa regulación. Las leyes federales sobre estas materias entran en vigor como muy pronto seis meses después de su promulgación, a no ser que el Bundesrat haya votado a favor de una entrada en vigor más temprana (nuevo art. 72.3.2 GG). Para una valoración general de estas modificaciones nos remitimos en este punto a las opiniones pertinentes de los expertos[71]. El nuevo supuesto de necesidad del voto

---

[69] Cfr. sobre el derecho de voto del *Bundesrat* según el artículo 104a.4 GG como medida de protección necesaria a favor de los *Länder* NIERHAUS/RADEMACHER, "Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle?" *LKV* 2006, pp. 385, 393.

[70] Véanse en detalle J. IPSEN, "Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle", *NJW* 2006, pp. 2803 y ss.; NIERHAUS/RADEMACHER, "Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle?" *LKV* 2006, pp. 387 y ss.; DEGENHART, "Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform", *NVwZ* 2006, pp. 1209 y ss.

[71] Véanse, por ejemplo, las opiniones como expertos en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* de los días 15 y 16 de mayo de 2006 de HUBER, pp. 11 y ss.; MEYER, pp. 17 y siguiente; SCHARPF, p. 8; PESTALOZZA, pp. 8 y siguiente; además IPSEN, "Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle", *NJW*

favorable del Bundesrat del artículo 72.3.2 GG no supone a su vez para el Bundesrat ningún aumento de poder significativo. Por una parte es dudoso hasta qué punto la Federación hará uso de esta regla excepcional. Pero incluso aunque quisiese, por ejemplo, lograr una entrada en vigor más temprana de las leyes federales para cumplir los plazos comunitarios de transposición, un veto del Bundesrat no supondría ninguna ventaja especial para los Länder, porque en estas normas no se trata en ningún caso de plazos de exclusión. Que la Federación pueda ser chantajeada a través de esta regla para que conceda compensaciones parece más bien absurdo, a la vista de la lógica de transposición practicada por ella hasta ahora.

Se han creado nuevos supuestos de voto favorable necesario del Bundesrat en el nuevo artículo 73.2 GG en referencia a la nueva competencia federal en materia de defensa contra el terrorismo (nuevo art. 73.1.9a GG) y en el nuevo artículo 74.2 GG respecto a la regulación, que ha pasado a ser objeto de legislación concurrente, de las cuestiones relativas al estatus de los funcionarios de los Länder (nuevo art. 74.1.27 GG)[72]. En otro lugar ha desaparecido, por el contrario, el supuesto de voto favorable necesario del Bundesrat al pasar las materias de remuneración y previsión social de los funcionarios de los Länder y de los municipios a ser objeto de la competencia exclusiva de los Länder[73].

En conjunto, se puede constatar un reforzamiento notable de los Länder mediante la introducción de competencias (materiales) para apartarse, en determinadas categorías objeto de legislación concurrente, de la legislación federal, así como una transferencia a su competencia legislativa exclusiva de algunos ámbitos no poco significativos de regulación que hasta ahora estaban abiertos a la regulación por parte de la Federación. Este desplazamiento de competencias legislativas no se produce en perjuicio del Bundesrat o, en todo caso, en una mínima medida. En general, la reordenación de las competencias legislativas no influye esencialmente en la posición del Bundesrat.

2006, pp. 2803 ss.; NIERHAUS/RADEMACHER, "Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle?" *LKV* 2006, pp. 387 y ss.

[72] Esta cuestión era, según la antigua regulación, objeto de legislación-marco según el artículo 75.1.1, nº 1 GG (véase ROZEK, en v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Kommentar zum GG*, 15ª ed., Art. 75, marginal 36).

[73] La remuneración y la previsión social eran objeto de legislación concurrente, según el antiguo artículo 74a GG. Las leyes federales relativas a estas materias necesitaban, según el antiguo artículo 74a.2 GG, del voto favorable del *Bundesrat*. Según el nuevo artículo 74.1.27 GG, ahora estas materias han sido expresamente excluidas de la legislación concurrente, con lo que pasan a ser competencia exclusiva de los *Länder* según el artículo 70.1 GG.

6. ARTÍCULO 23

También la cooperación del Bundesrat en los asuntos de la Unión Europea ha sufrido modificaciones de poco alcance. Digna de mención resulta en este punto sólo la nueva redacción del artículo 23.6 GG, según el cual la defensa de los derechos de la República Federal como Estado miembro por parte de un representante de los Länder elegido por el Bundesrat se limita a ámbitos concretos de la competencia legislativa exclusiva de los Länder. Si estos ámbitos están afectados, el traspaso de la representación es ahora obligatorio, frente al precepto anterior que expresaba una recomendación. Pero, por lo demás, el sistema de vinculación escalonada del Gobierno federal a las opiniones del Bundesrat[74] no se ha reordenado en lo esencial.

7. DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DEL BUNDESRAT QUE NO HAN SIDO MODIFICADOS

La reforma deja sin modificar, por lo demás, algunas normas especialmente importantes por lo que se refiere a los derechos de participación del Bundesrat, a lo que a continuación se hará aquí nuevamente una breve referencia.

7.1. Artículo 85.1 GG

El artículo 85.1 GG regula, de acuerdo con su tenor literal, el establecimiento de las autoridades cuando los Länder ejecuten leyes federales por encargo de la Federación. La organización de las autoridades sigue siendo, en principio, asunto de los Länder, incluso en el caso de la Administración delegada, siempre que no se disponga otra cosa en una ley federal con el consentimiento del Bundesrat. El procedimiento administrativo no se menciona expresamente. Esto se considera por el Tribunal Constitucional Federal como un error de redacción, con la consecuencia de que también las leyes federales que regulen cuestiones de procedimiento necesitan el voto favorable del Bundesrat. En parte, sin embargo, se interpreta también que la regulación del procedimiento administrativo por parte de la Federación como anexo de la competencia material se substrae a la necesidad del voto favorable del Bundesrat[75]. Lo suyo habría sido eliminar, en el marco de la

---

[74] HUBER, en su opinión como experto en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* los días 15 y 16 de mayo de 2006 (*supra*, nota a pie 24), p. 4.

[75] Un resumen en PIEROTH, en JARASS/PIEROTH, Art. 85, marginal 3.

reforma constitucional, la falta de claridad existente, de acuerdo con el tenor literal, en relación al tratamiento de las leyes reguladoras del procedimiento. Además, no parece comprensible, a la vista de situaciones comparables, la no adopción en este ámbito de una regla que se corresponda con el artículo 84.1 GG.

7.2. Artículo 80.2 GG

Lo mismo se puede decir del artículo 80.2 GG. Esta regla exige el voto favorable del Bundesrat para aprobar reglamentos de la Federación que hayan sido adoptados sobre la base de leyes federales necesitadas del voto favorable del Bundesrat o de leyes federales que sean ejecutadas por los Länder por encargo de la Federación. Lo adecuado habría sido aproximar este artículo a la nueva regulación del artículo 84.1 GG, sobre todo tras la más reciente decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre el artículo 80.2 GG[76]. En esta decisión argumenta el Tribunal Constitucional Federal que la exigencia del voto favorable del Bundesrat prevista en el artículo 80.2 GG persigue proteger la autonomía organizativa y procedimental de los Länder. Los derechos de voto del Bundesrat (según el antiguo artículo 84.1 GG) no deberían poder eludirse mediante una delegación al Ejecutivo. El artículo 80.2 GG persigue, en palabras del Tribunal, prolongar la protección de la competencia administrativa fundamental de los Länder[77]. Que el artículo 80.2 GG no sólo se refiera a reglamentos reguladores del procedimiento, sino alcance también a reglamentos con regulaciones materiales de detalle, representa en cierta medida una exigencia excesiva de voto favorable del Bundesrat que escapa de lo que es el fin protector de la norma. El Tribunal Constitucional Federal contempla, por tanto, el objetivo de la necesidad de voto favorable del artículo 80.2 GG a la luz del fin protector del artículo 84.1 GG. En esta medida resultaría razonable también en este punto una regulación paralela a la del nuevo artículo 84.1 GG[78].

---

[76] Decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre la Ley de Protección de las Cotizaciones (*Beitragssicherungsgesetz*), de 13 de septiembre de 2005 – 2 BvF 2/03, NVwZ 2006, pp. 191 ss.; sobre la crítica a esta sentencia véase, entre otros, LENZ, "Die Umgehung des Bundesrates bei Verordnungsänderung durch Parlamentsgesetz", *NVwZ* 2006, pp. 296 y ss.

[77] Decisión del Tribunal Constitucional Federal, *NVwZ* 2006, pp. 191, 197.

[78] En este sentido también MEYER, en su opinión como experto en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* los días 15 y 16 de mayo de 2006, p. 11.

7.3. Artículo 105.3 GG

El artículo 105.3 GG ha resultado ser en la práctica hasta ahora la segunda norma más importante (después del antiguo artículo 84.1 GG) sobre la que se ha basado la necesidad del voto favorable del Bundesrat para la aprobación de leyes federales[79]. El artículo 105.3 GG dispone que todas las leyes sobre impuestos cuyos ingresos correspondan en todo o en parte a los Länder o a los municipios precisan el consentimiento del Bundesrat. Una lectura precisa del artículo 106 GG muestra que los ingresos de la mayor parte de los impuestos más productivos, como por ejemplo el impuesto sobre la renta, el de sociedades o el impuesto sobre el volumen de negocios (véase el artículo 106.3 GG) les corresponden al menos en parte a los Länder, con lo que el Bundesrat tiene, a través del artículo 105.3 GG, una gran influencia sobre la legislación impositiva de la Federación. La posición central del Bundesrat en el ámbito de la legislación impositiva así fundamentada no ha sido alterada por la reforma del federalismo. El artículo 105.3 GG no ha sido modificado y por ahora no hay planeada ninguna reforma[80]. En cualquier caso, la Federación y los Länder se han propuesto emprender una revisión de la Constitución financiera en el marco de una segunda fase de la reforma del federalismo (en realidad inmediatamente a continuación de la primera fase), en cuyo contexto se debería probablemente llevar a cabo una revisión en profundidad también de la disposición del artículo 105 GG. Si se hace un esfuerzo serio en el contexto de esta segunda fase por intentar desenmarañar la Constitución financiera, en especial el sistema de impuestos, resultaría razonable recortar los amplios derechos de participación del Bundesrat como contrapartida al establecimiento de una mayor autonomía de los Länder (por medio de derechos de recargo o mediante una transferencia completa de impuestos concretos a los Länder).

8.- CONCLUSIÓN

Al hacer una valoración global de las reformas de la Ley Fundamental llevadas a cabo en el transcurso de la reforma del federalismo no es posible en realidad apreciar ningún cambio revolucionario en lo que se refiere a la posición del Bundesrat dentro de la estructura competencial del Estado

---

[79] GEORGII/BORHANIAN, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, WD3-37/06 y 123/06 (*supra*, nota a pie 10), pp. 11, 24.

[80] GEORGII/BORHANIAN, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, WD3-37/06 y 123/06 (*supra*, nota a pie 10), pp. 11, 24.

federal. El Bundesrat sigue siendo un actor importante en el contexto de la legislación federal. El reformador de la Constitución ha intentado, mediante la reformulación del artículo 84.1 GG, recortar notablemente las competencias de codecisión del Bundesrat en el procedimiento legislativo. El supuesto hasta ahora más importante en la práctica de necesidad del consentimiento del Bundesrat para la aprobación de proyectos de ley ha sido en gran medida eliminado. La Federación ha estado incluso dispuesta (lo que hace poco años nadie hubiera considerado posible) a conceder a los Länder la facultad de apartarse en sectores específicos de la regulación contenida en leyes federales, para conseguir deshacerse de la obligación de tener que contar con el voto favorable del Bundesrat para poder aprobar normas sobre la organización y el procedimiento administrativos. La proporción de «Zustimmungsgesetze» debería por eso reducirse algo en el futuro. Pero con la modificación del artículo 104a.3 y 4 GG se ha producido también un movimiento contrario en sus efectos. El legislador federal estará en el futuro sujeto al consentimiento de la mayoría de los Länder a través del Bundesrat en mayor medida todavía de lo que ya lo estaba según el Derecho anterior, cuando se trate de aprobar leyes sobre prestaciones dinerarias (y, de manera complementaria, leyes que impongan a los Länder nuevos deberes de proporcionar prestaciones en especie o prestaciones de servicios comparables).

Ambas normas (el nuevo artículo artículo 84.1 y el nuevo artículo 104a.4 GG) son en sí mismas adecuados desarrollos ulteriores del orden federal de competencias. A través de la primera se les atribuye a los Länder un mayor grado de independencia legislativa, que se corresponde con una descarga (parcial) del procedimiento legislativo federal de la obligación de tener que alcanzar compromisos o generar «paquetes normativos» que llevaba consigo la necesidad del voto favorable del Bundesrat para la aprobación de determinadas leyes. Con la otra nueva regulación central quedan los Länder mejor protegidos de lo que hasta ahora era habitual frente a los intentos de la Federación de trasladar a los Länder los costes de la ejecución legislativa. Instrumento del aseguramiento procedimental es aquí la introducción de nuevos supuestos de leyes necesitadas del voto favorable del Bundesrat para poder ser aprobadas. Qué efectos van a tener realmente ambos desarrollos contrarios a la vista del papel político del Bundesrat es relativamente difícil de pronosticar. Hay que remitirse en este punto en parte a consideraciones más bien especulativas. Pero con seguridad se puede decir que, al final, a pesar del objetivo declarado de «desenredar la maraña», no se va a producir un ajuste revolucionario en la estructura orgánica del Estado federal en perjuicio del Bundesrat.

RESUMEN

El 1 de septiembre de 2006 ha entrado en vigor la quincuagésimosegunda y hasta ahora más importante reforma de la Ley Fundamental de Bonn. La llamada «reforma del federalismo» aspira, por una parte, a clarificar el sistema de reparto de competencias entre la Federación y los Länder, y, por otra, a acelerar el procedimiento legislativo a nivel federal reduciendo el número de leyes federales que necesitan el voto favorable del Bundesrat para ser aprobadas (las llamadas «Zustimmungsgesetze»). Esta reducción de la cuota de «Zustimmungsgesetze», que, según los cálculos más optimistas, podría alcanzar hasta el cuarenta por ciento, pudiera hacer suponer que la posición del Bundesrat en la estructura constitucional del Estado federal ha quedado claramente debilitada con la reforma. El objeto del presente trabajo lo constituye precisamente la pregunta de si y en qué medida la reforma constitucional ha repercutido de hecho sustancialmente en la posición del Bundesrat como órgano central de participación de los Länder en la política federal. La conclusión a que se llega, después de un detallado análisis de los cambios más importantes y de los preceptos que no se han modificado, es que, en realidad, no es posible apreciar ningún cambio revolucionario en la posición del Bundesrat dentro de la estructura orgánica y funcional del Estado federal alemán.

PALABRAS CLAVE: República Federal de Alemania, Ley Fundamental de Bonn, reforma del federalismo, Bundesrat, «Zustimmungsgesetze».

ABSTRACT

The 1 of September of 2006 has come into force the fiftieth second and until now more important reform of the Fundamental Law of Bonn. The so called “reform of the federalism” pretends, on the one hand, to clarify the system of distribution of competitions between the Federation and the Länder, and, on the other hand, to accelerate the legislative procedure at federal level reducing the number of federal laws that need the favorable vote from the Bundesrat to be approved (the so called “Zustimmungsgesetze”). This reduction of the quota of “Zustimmungsgesetze”, that, according to the most optimistic calculations, could reach to the forty percent, could make suppose that the position of the Bundesrat in the constitutional structure of the federal State has been clearly weaked for this reform. The object of the present work its to solve two questions, if the constitutional reform has really affected substantially the position of the Bundesrat like central agency of participation of the Länder in the federal policy and to what extent. The reached conclusion, after a detailed analysis of the most important changes and the rules that have not been modified, is that, in fact, it is not possible to appreciate any outstanding change in the position of the Bundesrat within the organic and functional structure of the German federal State.

KEY WORDS: Federal Republic of Germany, Fundamental Law of Bonn, federalism reform, Bundesrat, «Zustimmungsgesetze».

LA REFORMA DEL SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN LA LEY FUNDAMENTAL

Rafael Naranjo de la Cruz*

SUMARIO

1.- Planteamiento inicial.
2.- El sistema de reparto competencial antes de la reforma de la Ley Fundamental.
3.- Las razones de la reforma de los criterios de atribución competencial
4.- En contra de un reparto estricto de materias.
5.- La legislación concurrente.
6.- La supresión de la legislación marco.
7.- Las normas de Derecho transitorio.
8.- Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO INICIAL

La necesidad de modificar el sistema de reparto competencial entre Federación y los Länder dispuesto por la Ley Fundamental (en adelante LF) ha actuado como uno de los principales motores de la reciente reforma constitucional llevada a cabo en Alemania. Los fines reconocidos en la motivación de la iniciativa de reforma, de mejorar la capacidad de actuación y de decisión de la Federación y los Länder y de realizar entre ellos una distribución más clara de responsabilidades[1], exigían adentrarse ineludiblemente en el terreno que nos ocupa. En su Acuerdo de 14 de diciembre de 2005, la Canciller alemana y los Jefes de Gobierno de los Länder se hacían

* Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga.
[1] *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 1.

eco de la necesidad de proceder a un "fortalecimiento de la legislación de la Federación y de los Länder por medio de una atribución más clara de competencias legislativas y la abolición de la legislación marco".

El objeto de nuestro estudio se limita precisamente a analizar los cambios producidos con la citada reforma constitucional en este sistema de reparto competencial. Especial atención prestaremos en ello al intenso debate doctrinal que se desató, como es sabido, en el marco de este proceso en torno a la cuestión que nos ocupa. Intentaremos, sin embargo, no adentrarnos en otros aspectos que, aunque íntimamente relacionados con esta materia, son abordados de manera específica en otros trabajos de este número, como es el caso especialmente de los cambios efectuados en torno a la titularidad de cada concreto ámbito competencial.

En primer lugar expondremos de forma muy resumida las bases del sistema de reparto competencial vigente hasta el momento de la reforma. Dedicaremos el siguiente apartado a analizar las deficiencias apreciadas en el sistema anterior, para adentrarnos seguidamente en la primera de las disyuntivas planteadas, esto es, si debía optarse por un sistema basado en una división estricta de competencias entre la Federación y los Länder o si, por el contrario, debía mantenerse un grupo de materias sobre las que, dándose una titularidad competencial simultánea de la Federación y los Länder, se procediera a un reparto de funciones. La opción por este segundo modelo tuvo como principal efecto el que el debate se centrara con especial intensidad en un tipo específico, adecuado al fin que se perseguía, cual es el de la legislación concurrente. Por ello dedicaremos buena parte de nuestro trabajo a este debate y a la reforma subsiguiente del art. 72 LF, que lo regula. Seguiremos con la supresión de la legislación marco y, por último, realizaremos una breve referencia a las normas de Derecho transitorio que, en materia competencial, se incluyen en la reforma.

2. EL SISTEMA DE REPARTO COMPETENCIAL ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY FUNDAMENTAL

El principio básico del que parte el texto constitucional alemán sobre el reparto de funciones entre la Federación y los Länder viene expuesto de manera general en el art. 30 LF: "El ejercicio de las potestades estatales y el cumplimiento de sus funciones es competencia de los Länder, en tanto que esta Ley Fundamental no adopte o permita ninguna otra regulación"[2].

[2] "Die Ausubung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt".

Este criterio viene a ser posteriormente reiterado de forma específica para la materia competencial en el art. 70.1 LF, donde se afirma que "Los Länder tienen el derecho a legislar, en tanto que esta Ley Fundamental no conceda potestades legislativas a la Federación"[3]. En definitiva, en lo que aquí interesa, para que la Federación pueda legislar sobre una materia es necesario que la Ley Fundamental así lo autorice expresamente, ya que, en caso contrario, debe entenderse que son los Länder los que ostentan las correspondientes competencias legislativas. De ahí se ha deducido la existencia de una presunción competencial a favor de éstos, que sólo se rompería cuando la Ley Fundamental dispusiera expresamente lo contrario[4].

Posteriormente, el apartado 2 del art. 70 LF establece que "La delimitación de competencias entre la Federación y los Länder se rige por las normas sobre la legislación exclusiva y concurrente dispuestas en esta Ley Fundamental"[5]. Por lo que respecta a la legislación exclusiva, ésta puede corresponder, claro está, a la Federación o a los Länder. La LF únicamente contiene las competencias exclusivas de la Federación. La determinación de cuáles sean las competencias exclusivas de los Länder debe realizarse utilizando los principios generales expuestos, esto es, son competencias exclusivas de los Länder todas aquéllas sobre las que la Ley Fundamental no concede potestad normativa alguna a la Federación, ya sea en forma de legislación exclusiva o como partícipe de cualquiera de los restantes tipos competenciales. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en el art. 149.3 de nuestra Constitución, no existe previsión alguna sobre el carácter subsidiario de la legislación federal respecto de la de los Länder[6].

A las competencias exclusivas de la Federación se dedican los arts. 71 y 73 LF. Éste último contiene el listado de materias objeto de esta competencia exclusiva, mientras que el art. 71 LF nos dice que "En el ámbito de la legislación exclusiva de la Federación podrán legislar los Länder sólo si,

---

[3] "Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht".

[4] G. LEIBHOLZ (y otros), "Vor Art. 70-82", *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Band II, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, Lfg 22 April 1992, marginal 96; T. MAUNZ, "Art. 70", en T. MAUNZ y G. DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Band V, Lfg. 20, marginal 29.

[5] "Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern bemisst sich nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes über die ausschliessliche und die konkurrierende Gesetzgebung".

[6] Ésta provocaría, a juicio de MAUNZ, un desdibujamiento de los límites entre las competencias de la Federación y la de los Länder y no estaría de acuerdo con las normas de la LF sobre el estatuto jurídico de los Länder (T. MAUNZ, op. cit., marginal 43).

y en la medida en que, sean autorizados expresamente para ello en una Ley federal"[7].

La legislación concurrente se encuentra, por su parte, regulada en el art. 72 LF. En su apartado 1, que no se ha visto afectado directamente por la reforma, se establece que "En el ámbito de la legislación concurrente tienen los Länder la potestad para legislar en tanto que, y en la medida en que, la Federación no haya hecho uso por ley de su competencia legislativa" (art. 72.1 LF)[8]. Donde sí ha incidido en mayor medida la reforma constitucional alemana ha sido en la regulación de la denominada "cláusula de necesidad", en la que venían a establecerse con carácter general las condiciones a las que debía quedar sometido el uso por el legislador federal de su potestad normativa en el ámbito de la legislación concurrente. Así, en su redacción anterior a la reforma, el apartado segundo de este art. 72 LF disponía que "La Federación tiene el derecho a legislar en este ámbito, si y en la medida en que sea necesario para la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o para la protección de la unidad jurídica o económica en interés nacional"[9]. De este modo, dándose uno de estos requisitos, la Federación podía legislar sobre cualquiera de las materias que la Ley Fundamental reservaba a la legislación concurrente, lo que, en virtud del primero de los apartados del art. 72 LF, producía un efecto barrera frente a cualquier ley aprobada por los Länder sobre el mismo asunto. Finalmente, el apartado tercero del art. 72 LF contenía la norma –desplazada por la reforma a un apartado posterior–, que permite establecer por ley federal que una regulación legislativa federal para la que ya no existe una necesidad en el sentido de la cláusula anterior, pueda ser sustituida por el Derecho de los Länder[10]. Las materias sobre las que se extiende la legislación concurrente aparecen recogidas en el art. 74.1 LF[11].

---

[7] "Im Bereiche der ausschliesslichen Gesetzgebung des Bundes haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung nur, wenn und soweit sie hierzu in einem Bundesgesetze ausdrücklich ermächtigt werden".

[8] "Im Bereiche der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat".

[9] "Der Bund hat in diesem Bereich das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaalichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht".

[10] "Durch Bundesgesetz kann bestimmt werden, dass eine bundesgesetzliche Regelung, für die eine Erforderlichkeit im Sinne des Abstazes 2 nicht mehr besteht, durch Landesrecht ersetzt werden kann".

[11] El art. 74a LF también extendía antes de la reforma que estudiamos la legislación concurrente a la remuneración y atención de los empleados de servicios públicos que se

Finalmente, el art. 75 LF regulaba la legislación marco de la Federación. Al respecto, establecía que "Con las condiciones establecidas por el art. 72, la Federación tiene derecho a aprobar normas marco para la legislación de los Länder sobre las siguientes materias…"[12]. Por disposición constitucional, estas normas marco sólo podían contener normas de detalle o de aplicación inmediata en casos excepcionales (art. 75.2 LF)[13]. Estaban, pues, obligadas a dejar un espacio de decisión política a las normas de los Länder[14]. Por último se disponía en el apartado 3 del art. 75 LF que si la Federación aprobaba normas marco, los Länder estaban obligados a dictar las leyes necesarias dentro de un plazo adecuado dispuesto por la ley[15].

Los conflictos que pudieran plantearse entre las normas de la Federación y las de los Länder deben ser resueltos sobre la base del criterio contenido en el art. 31 LF, según el cual "El Derecho federal prevalece sobre el Derecho de los Estados" («Bundesrecht bricht Landesrecht»). Esa prevalencia debe ser entendida en el sentido de atribución al Derecho de la Federación de una mayor fuerza, cualquiera que sea su rango, que la del Derecho de los Länder que se le opone, con el correspondiente efecto de nulidad de éste último[16]. El art. 31 LF únicamente se refiere, sin embargo, al Derecho de la Federación válidamente aprobado, esto es, al que ha sido establecido a su vez en el marco de su propia competencia legislativa[17] .

En definitiva, antes de la reforma constitucional el modelo de reparto competencial establecido por la Ley Fundamental alemana giraba básicamente en torno a la existencia de unas competencias exclusivas de la Federación, otras exclusivas de los Länder, competencias concurrentes y la figura de la legislación marco[18]. Como tendremos oportunidad de desarro-

---

encuentren en una relación jurídico pública de servicio y fidelidad, en la medida en que no correspondiese a la Federación la legislación exclusiva según el art. 73.8 LF.

[12] "Der Bund hat das Recht, unter den Vorausetzungen des Artikels 72 Rahmenvorschriften für die Gesetzgebung der Länder zu erlassen über (…)".

[13] "Rahmenvorschriften dürfen nur in Ausnahmefällen in Einzelheiten gehende oder unmittelbar geltende Regelungen enthalten".

[14] G. LEIBHOLZ (y otros), op. cit., "Art. 75", marginal 7.

[15] "Erlässt der Bund Rahmenvorschriften, so sind die Länder verpflichtet innerhalb einer durch das Gesetz bestimmten angemessenen Frist die erforderlichen Landesgesetze zu erlassen".

[16] G. LEIBHOLZ (y otros), op. cit., "Art. 31", marginal 1. T. MAUNZ/G. DÜRIG, op. cit., "Art. 31", marginales 2 y 5.

[17] "Kompetenzwidriges Bundesrecth kann dagegen nicht kompetenzgemässes Landesrecth brechen" (Ibidem, marginal 15).

[18] Junto a los tipos anteriormente citados se distingue también en ocasiones como tipo específico una legislación de principios –*Grundsatzgesetzgebung*-, para los casos en que la LF dispone que sea la ley federal la que establezca los principios de una determinada materia

llar más adelante, las novedades introducidas en las técnicas de reparto competencial consisten principalmente en la supresión de esta legislación marco y en la introducción de importantes modificaciones en el ámbito de la legislación concurrente, a través de la limitación del ámbito de aplicación de la cláusula de necesidad del art. 72.2 LF, y de la creación, como novedad absoluta, de un derecho a la divergencia («Abweichungsrecht»), que permite a los Länder en determinados casos apartarse de la normativa federal aprobada en dicho ámbito competencial.

Antes, sin embargo, de adentrarnos en el estudio pormenorizado de estas reformas, haremos una breve referencia a las deficiencias que, tanto en la clase política como en el debate doctrinal, se apreciaban en la normativa reformada.

3. LAS RAZONES DE LA REFORMA DE LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL

La motivación que acompaña la iniciativa de la reforma pone de manifiesto cómo con el transcurso del tiempo han retrocedido las competencias legislativas de los Länder, en parte por causa de la creación de nuevas competencias para la Federación a través del instrumento de la reforma constitucional, pero sobre todo, por el uso exhaustivo que de manera casi permanente ha realizado el legislador federal de sus competencias en materia de legislación concurrente y por la frecuente adopción en el caso de la legislación marco de normas de detalle y de normas inmediatamente eficaces, posibilidades previstas inicialmente en el texto constitucional con carácter excepcional[19].

Esta situación había suscitado una percepción prácticamente unánime en la doctrina acerca del predominio en el plano legislativo de la Federación, en contra de lo que sería la determinación originaria de la Ley Fundamental, recogida en su art. 30, anteriormente reproducido[20]. A lo largo de estos años se habría intentado compensar este perjuicio a las competen-

---

[véanse, en este sentido, los arts. 33.5, 75.1.1.a (ahora derogado), 91.a.2 (ahora derogado), o 109.3 LF]. Estos principios no deben vincular a los ciudadanos, sino únicamente al legislador federal o de los Länder, y han de limitarse al establecimiento de directrices generales (sobre ellos, véase T. MAUNZ, "Art. 70", en T. MAUNZ y G. DÜRIG, op. cit., marginales 37 y 38).

[19] *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 7.

[20] Por todos, R. SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0005, p. 2; E. SCHMIDT-JORTZIG, *Kommissionsdrucksache* 0006, pp. 1 y 2.

cias legislativas de los Länder con un aumento de la influencia que sus respectivos Poderes Ejecutivos eran capaces de ejercer sobre la política federal a través de su participación en el Bundesrat, lo que, a su vez, se ha considerado como fuente de otro tipo de disfunciones en el procedimiento de toma de decisiones en el ámbito federal. Ante este estado de cosas, parecía recomendable dar marcha atrás, separando nítidamente las respectivas responsabilidades de los distintos entes. De este modo, las competencias indispensables de la Federación debían poder ser desempeñadas por sus órganos de manera independiente y los Länder, por su parte, debían tener de nuevo más competencias eficaces de decisión y no sólo de ejecución[21].

Tal y como se establece en la citada motivación de la reforma[22], ya la anterior reforma de 1994 intentó detener este proceso e invertirlo, para lo que procedió a agravar los requisitos exigibles para el empleo por parte del legislador federal de la legislación concurrente y la legislación marco. Sin embargo, en la nueva reforma quedan de manifiesto los defectos de la anterior. Por un lado estos criterios –concretados en la ya conocida "cláusula de necesidad"– se consideraban una carga no justificada en el caso de algunas de las materias del art. 74 y 75, sobre las que existía cierto acuerdo acerca del interés general en la existencia de una regulación federal. Por otra parte, se recuerda cómo las posibilidades abiertas con las normas transitorias introducidas en 1994, de una sustitución total o parcial de leyes federales por el Derecho de los Länder (antiguos art. 125a, apartado 2 y art. 72.3) no habían llegado a verificarse, de manera que el retorno deseado de competencias a los Länder no había tenido lugar.

Sin embargo, si en el diagnóstico existía un notable acuerdo en el ámbito doctrinal y político, no se podía decir lo mismo acerca del tratamiento a prescribir al enfermo, lo que queda de manifiesto en la cantidad de propuestas y contrapropuestas, y argumentos a favor y en contra respecto de cada una de ellas que aparecen recogidos en las distintas aportaciones que desde la doctrina y los estamentos políticos se han realizado en el marco de este proceso de reforma constitucional[23]. ¿Debía optarse por una

---

[21] E. SCHMIDT-JORTZIG, *Kommissionsdrucksache* 0006, op. cit., p. 2. Con palabras de HUBER, "Sobre la base de la Ley Fundamental se ha configurado una variante de federalismo cuyo rasgo característico es que todos deciden sobre todo. Vale la «volonté des tous», una ausencia organizada de responsabilidad" (P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, p. 3).

[22] *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 7.

[23] Todos los documentos de trabajo utilizados por la Comisión estatal federal pueden ser encontrados:http://www.bundesrat.de/cln_051/nn_8364/DE/foederalismus/bundesstaatskommission/bundesstaatskommission-node.html__nnn=true. Estos documentos reciben el nombre de *Kommissionsdrucksache* o de *Arbeitsunterlage*, en función de que fueran o no, respectivamente, desde un inicio documentos públicos.

simplificación del modelo a través de un reparto nítido de todas las competencias entre la Federación y los Länder, o, por el contrario, debía mantenerse el esquema propio de una división funcional en relación con determinadas materias? ¿Cómo lograr el objetivo de reforzar las competencias legislativas de los Länder: a través de un recrudecimiento de la cláusula de necesidad; por medio de un derecho de los Estados a separarse de la legislación federal en ciertos ámbitos; o permitiendo la inclusión en las leyes federales de cláusulas de apertura a favor de la intervención legislativa de los Länder? ¿Debía suprimirse totalmente la legislación marco o, por el contrario, debía transformarse en una legislación con un marcado carácter principial? En los próximos apartados nos ocuparemos del tratamiento que éstas y otras opciones recibieron en el debate que acompañó a la reforma y de la solución por la que, finalmente, se optó.

4. EN CONTRA DE UN REPARTO ESTRICTO DE MATERIAS

Cualquier debate acerca del rumbo que debía tomar la reforma constitucional en materia de distribución de competencias debía girar en torno a una primera decisión: ¿debía mantenerse el modelo básico de la Ley Fundamental, basado en la existencia, junto a las respectivas competencias exclusivas, de unos ámbitos materiales compartidos entre Federación y Länder o, por el contrario, serviría mejor a los objetivos perseguidos por la reforma constitucional la realización de un reparto estricto de las materias, con la correspondiente atribución de las mismas en exclusividad a uno sólo de ellos? La opción por este último modelo hubiera exigido la supresión, no sólo de la legislación marco, sino además de la legislación concurrente e, incluso, en puridad, de la legislación de principios del art. 109.3 LF, con lo que hubieran quedado únicamente competencias exclusivas de la Federación y competencias exclusivas de los Länder.

La principal ventaja de un sistema de separación como el expuesto radicaba en la claridad con la que hubieran quedado distribuidas las responsabilidades entre Federación y Länder[24]. Asimismo, se sostenía su capacidad para poner freno a la continua unitarización experimentada por el sistema federal alemán, toda vez que, de su adopción hubiera hecho nece-

[24] P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit, p. 7; H. MEYER, *Kommissionsdrucksache* 0012, p. 20.

saria una nueva reforma constitucional para cada paso en dirección hacia la centralización[25].

Varios son los argumentos que se oponen, sin embargo, a la adopción de este modelo de separación estricta. Por un lado, se hace ver que una solución así no se corresponde con la complejidad de algunas de las materias competenciales[26]. En efecto, determinadas materias se componen de aspectos muy diferentes, de tal manera que algunos de ellos pueden presentar una mayor vinculación con los intereses generales, y exigen por este motivo un tratamiento jurídico centralizado y unitario, mientras otros, sin embargo, podrían admitir cierta diversidad en su regulación en función de los intereses respectivos de cada uno de los Länder. En estos casos, se impone un reparto funcional de tareas entre Federación y Estados.

Por otra parte, una división estricta de competencias no consideraría suficientemente las diferencias en tamaño y capacidad de prestación existentes entre los Länder. Como gráficamente se llega a señalar, "un reparto de competencias «acertado» para Baviera y Renania del Norte/Westfalia podría sobrecargar a Sarre y Bremen; pero justificaría esto tratar a Baviera según normas que sólo serían acertadas para Sarre?"[27]. En efecto, la atribución originaria de competencias a los Länder, que obligaría a todos ellos a ejercer su potestad legislativa, podía resultar comprometedora en algunos

---

[25] P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 7. La preferencia por un reparto estable y definitivo de competencias entre Federación, Länder y entes locales respecto de otras opciones como las cláusulas de intervención, de apertura, de prueba o de experimentación se pone también de manifiesto en el Informe sobre los debates de la 65º *Deutschen Juristentages*, por la inseguridad vinculada a éstas últimas. Allí se advierte del riesgo de que estas propuestas conduzcan a una coexistencia asistemática de normas federales y de Derecho de los Länder y puedan terminar otorgando competencias legislativas a la Federación que según el principio de subsidiariedad, sólo deberían corresponder a los Länder (H. G HENNEKE, "Bericht über die Beratungen des 65. Deutschen Juristentages zur klareren Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen", *Kommissionsdrucksache* 0076, p. 2).

[26] En este sentido, A. BENZ, *Kommissionsdrucksache* 0010, p. 3; F. W. SCHARPF, "Zur Neujustierung der Gesetzgebungskompetenzen", *Kommissionsdrucksache* 0014, pp. 2 y ss.; del mismo autor, "Für eine flexible und differenzierte Kompetenzverteilung", *Kommissionsdrucksache* 0062, p. 1; "Überlegungen zur Gesetzgbung nach der Klausurtagung vom 22. und 23. Januar 2004", *Arbeitsunterlage* 0025, pp. 4 y 5. Para este autor, una separación estricta de competencias da lugar a una de estas dos situaciones: o unas competencias federales definidas de manera demasiado amplia impiden una deseable diferenciación regional o las competencias demasiado ampliamente definidas de los Länder lesionan exigencias generales del Estado (ibidem).

[27] F. W. SCHARPF, "Für eine flexible…", op. cit, p. 1. En este sentido, véase además, del mismo autor, "Anmerkungen zum «asymmetrischen und lernfähigen Föderalismus»", *Kommissionsdrucksache* 0080, pp. 1 y 2.

casos, dadas las acusadas diferencias existentes entre ellos[28]. De este modo, además, quedaría cerrada la posibilidad de regulación unitaria sobre la materia, incluso en caso de que ésta se estimara necesaria según las pautas del propio art. 72.2 LF[29]. Ante tal situación parecía adecuado adoptar soluciones flexibles y diferenciadas, que por una parte posibilitaran una adecuada atribución de competencias legislativas a la Federación y a los Länder a la vista de las exigencias de cada concreta función normativa y, por otra, permitieran a la Federación asumir una responsabilidad en relación con los Länder pequeños y de escasa capacidad de prestación más amplia que respecto de otros Länder.

También se advertía que un reparto de este tipo podría incluso fortalecer la tan criticada confusión de responsabilidades si, para suplir la ausencia de mecanismos competenciales apropiados, la coordinación entre niveles terminaba desarrollándose por medio de negociaciones informales entre ejecutivos[30].

En definitiva, la gran desventaja del sistema criticado era, sin duda, su falta de flexibilidad, que le impedía reaccionar ágilmente ante circunstancias cambiantes[31].

En todo caso, con el rechazo a un sistema de reparto estricto de bloques materiales competenciales entre Federación y Länder, la discusión quedó centrada en cuáles debían ser los cambios a efectuar para, sin privar al sistema de la necesaria flexibilidad, incrementar el nivel competencial de los Länder. El instrumento adecuado para ello parecía ser la legislación concurrente.

5. LA LEGISLACIÓN CONCURRENTE

5.1. El debate sobre la reforma del art. 72 LF

5.1. a) Planteamiento inicial

Ante el extendido acuerdo acerca de la necesidad de suprimir la legislación marco como tipo de reparto competencial, la mayor parte de las

---

[28] Cfr. Bund/Länder-Arbeitsgruppe “Innerstaatliche Kompetenzordnung”, “Bericht zur innerstaatlichen Kompetenzordnung –Bestandsaufnahme und Problembeschreibung-“, *Arbeitsunterlage* 0002, p. 19.

[29] Ibidem.

[30] A. BENZ, *Kommissionsdrucksache* 0010, op. cit., p. 3.

[31] Por este motivo, en contra de esta solución, SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0005, op. cit., p. 3; P.M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 7; F. KIRCHHOFF, *Kommissionsdrucksache* 0011, p. 4.

discusiones doctrinales y políticas se centraron en el tipo de la legislación concurrente. No cabía duda de que éste debía continuar presente en la Ley Fundamental, pues era considerado como un mecanismo importante de flexibilización del sistema competencial, de especial valor para aquellas materias en las que resulta difícil conocer con antelación el grado de unidad o de diversidad normativa que exigen o toleran, respectivamente[32]. Pero el acuerdo terminaba ahí. Es en relación con el tipo de la legislación concurrente donde se pusieron de manifiesto en mayor medida las divergencias doctrinales y políticas sobre el rumbo que debía tomar la reforma, al existir muy distintos planteamientos acerca de cuáles debían ser las mejoras a introducir para satisfacer en la mayor medida posible los objetivos de la reforma. Tres fueron las alternativas con mayor peso planteadas al respecto:

a) La reforma de la cláusula de necesidad del art. 72.2 LF.

b) La creación de un derecho de intervención de los Länder sobre las materias reservadas a este tipo competencial en el art. 74 LF, operante incluso tras la aparición de una ley federal («Zugriffsrecht»).

c) La autorización para la inclusión en las leyes federales de cláusulas de apertura («Öffnungsklauseln») a favor de los Länder.

Además, estas soluciones aparecían en principio como incompatibles entre sí[33]. En efecto, la Ley Fundamental podía incurrir en una contradicción si exigía, de una parte, al legislador federal, que fuera necesaria su intervención para satisfacer determinados intereses generales (cláusula de necesidad) y, simultáneamente, de otra, permitía la aparición de Derecho de los Länder sobre la misma materia.

Dedicaremos los siguientes apartados de nuestro trabajo a exponer de manera resumida el debate que se suscitó sobre cada una de las propuestas anteriores.

5.1. b) La cláusula de necesidad

La redacción actual de la cláusula de necesidad es el resultado de una reforma constitucional llevada a cabo en 1994[34]. En relación con la versión

---

[32] D. GRIMM, "Zugriffsrechte und Öffnungsklauseln bei der konkurrierenden Gesetzgebung", *Kommissionsdrucksache* 0018, p. 3.

[33] Ibidem, p. 2.

[34] Seguimos aquí fundamentalmente J. WIELAND, "Gesetzgebungskompetenzen. Reaktion auf die Papiere der Kollegen Prof. Dr. D. GRIMM und Prof. Dr. F.W. SCHARPF)", *Arbeitsunterlage* 0027, pp. 1 y ss.; Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit., pp. 15 y 16.

anterior a la reforma de 1994[35], el Tribunal Constitucional Federal (en adelante, TCF) había elaborado una jurisprudencia según la cual no cabía la realización por su parte de un control estricto de la aplicación de esta cláusula, en la medida en que se entendía que otorgaba al legislador federal un amplio margen político de discrecionalidad. Por su naturaleza se trataba, a juicio del TCF, de una cuestión no justiciable y excluida del control jurisdiccional[36].

Pese a que el TCF matizó algo posteriormente su posición[37], lo cierto es que su actitud propició un uso cada vez más frecuente y extenso de la legislación concurrente, con lo que se generalizó la convicción de que la cláusula de necesidad, en su redacción anterior a 1994, se había convertido en una vía importante de vaciamiento de las competencias de los Länder. Estaba destinada a poner fin a esta situación la reforma constitucional de aquel año, que debía servir para concentrar, agravar y precisar las condiciones de empleo de la competencia legislativa concurrente por la Federación, y mejorar así su justiciabilidad por parte del TCF. Para favorecer este mismo objetivo se incluyó incluso en dicha ocasión un nuevo proceso constitucional ante el TCF (art. 93.1.2a LF), para decidir las discrepancias que pudieran surgir en relación con este artículo 72.2 LF.

Sobre la nueva redacción de la cláusula del art. 72.2 LF aprobada en 1994 tuvo lugar, algunos años después, un importante cambio en la doctrina del TCF, que se concreta en la sentencia sobre la «Altepflegegesetz» de 24 de octubre de 2002. Con ella iniciaba el TCF una nueva línea en la que, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad, la posibilidad de control del TCF sobre la actuación legislativa de la Federación en el ámbito de la legislación concurrente quedaba plenamente afirmada, y en la que se definía el significado de cada uno de los componentes de la cláusula de necesidad[38].

---

[35] En su redacción anterior a la reforma constitucional de 1994, el art. 72.2 LF tenía la siguiente redacción: "La Federación tiene el derecho a legislar en este ámbito, en cuanto exista una necesidad de regulación por ley federal, porque 1. una materia no pueda ser regulada eficazmente por la legislación aislada de los Länder o 2. la regulación de una materia por ley de un Estado federado pueda perjudicar los intereses de otros Länder o de la generalidad o 3. la protección de la unidad jurídica o económica, especialmente la protección de la homogeneidad de las relaciones vitales más allá del territorio de un Estado federal, la exija".

[36] En este sentido, BVerfGE 2, 213, 224; BVerfGE 33, 224, 229; BVerfGE 65, 283, 289.

[37] Puede verse, al respecto, BVerfGE 78, 249, 270.

[38] Véanse al respecto H. MEYER, *Kommissionsdrucksache* 0012, op. cit., pp. 15 y ss.; H. BACHMAIER, V. KRÖNIG y J. STÜNKER –mit Unterstützung von Prof. Dr. Dr. H.c. H. MEYER-, "Thesen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 72 II, 75 GG –insbesondere Altenpflege- und Juniorprofessorenentscheidung-", *Kommissionsdrucksache* 077, pp. 1 y ss.

No obstante, con la nueva situación las críticas no cesaron[39]. Por una parte, se destacaba que, al abandonar su actitud de «selfrestraint» respecto de la cláusula y adoptar un papel de control más activo, el Tribunal estaba asumiendo en realidad una competencia de decisión política[40]. Desde otra perspectiva, los Länder consideraban que el efecto de esta reforma sobre la práctica estatal había sido escaso[41]. El legislador federal seguía realizando un uso abusivo de este instrumento en perjuicio de las competencias de los Länder, que veían así correlativamente disminuido su espacio de decisión política. Además, el efecto barrera del art. 72.1 LF se habría producido ya en las materias que habían sido anteriormente objeto de regulación, sobre las que no produciría efectos una cierta elevación de las exigencias constitucionales a la intervención de la Federación. El que los Länder pudieran actuar sobre estos ámbitos se hacía depender exclusivamente de una decisión de la Federación de hacer uso de los mecanismos del art. 72.3 y 125a 2, inciso segundo LF, algo que hasta entonces no había ocurrido nunca. No faltan, sin embargo, opiniones que sostienen que la cláusula de necesidad es, de todas las alternativas manejables, la que mejor se adapta a la finalidad de la legislación concurrente, toda vez que permite tanta diversidad como sea posible y exige tanta unidad como sea necesaria[42].

---

[39] En este sentido, H. MEYER¸ *Kommissionsdrucksache* 0012, op. cit., pp. 15 y ss.; H. BACHMAIER, V. KRÖNIG y J. STÜNKER –mit Unterstützung von Prof. Dr. Dr. H.c. H. MEYER-, op. cit., pp. 1 y ss.

[40] H. MEYER¸ *Kommissionsdrucksache* 0012, op. cit., p. 18. En este sentido, también A. BENZ, para quien uno de los objetivos de esta reforma constitucional debe ser corregir este desarrollo (A. BENZ, *Kommissionsdrucksache* 0071 –*neu*- c, p. 1). Sin embargo, otros autores aplauden el efecto producido por la reforma de la cláusula de necesidad en 1994 sobre la jurisprudencia del TCF, en la medida en que consideran que ése era precisamente su objetivo (cfr. E. SCHMIDT-JORTZIG, *Kommissionsdrucksache* 0071 –*neu*- j, p. 3; P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0071 –*neu*- k, pp. 3 y 4).

[41] Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit., pp. 15, 16 y 18. Cfr. también R. SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0005, op. cit., p. 4. Para J. WIELAND, en el fondo, el cambio jurisprudencial que se inicia con la sentencia sobre la *Altenpflegegesetz* dejaba nuevamente un amplio margen de actuación al legislador federal, sobre la base del margen de predicción que le correspondería respecto de la necesidad de una regulación (J. WIELAND, "Gesetzgebungskompetenzen..." op. cit., p. 2). En palabras del TCF, "Fehlprognosen sind selbst bei grösster Prognosesorgfalt letzlich nicht auszuschliessen. Also muss auch dem Gesetzgeber, der Prognosen nicht vermeiden kann, innerhalb gewisser Grenzen zugestanden werden, dass er dieses Risiko eingeht, ohne eine negative verfassungsrechtliche Beurteilung befürchten zu müssen" (BVerfGE 106, 62, 151 y ss.).

[42] D. GRIMM, "Zugriffsrechte und Öffnungsklauseln…", op. cit., p. 3. Para este autor, los inconvenientes puestos de relieve especialmente por Meyer deberían solventarse con una reformulación de la misma que evitara las situaciones por él denunciadas y ofreciera al mismo tiempo al los legisladores un criterio de conducta claro y al TCF un parámetro de control manejable (ibidem, p. 5).

Esta diversidad de valoraciones que suscita la cláusula de necesidad se plasma en la existencia de propuestas de muy diverso signo al respecto. Así, quienes sostenían que la cláusula no suponía aún un freno eficaz para la actuación del legislador federal proponían distintas fórmulas encaminadas a dificultarla, ajustándola de manera estricta a lo necesario para el logro de los fines allí mencionados[43], así como la introducción de mecanismos procedimentales de control de la legislación federal por instancias políticas[44]. Desde otra perspectiva, quienes criticaban el modo en que la Federación veía constreñida su actuación en el ámbito de la legislación concurrente como consecuencia de la cláusula y de su interpretación por el TCF, solicitaban su supresión[45]. La Federación, finalmente, vinculó desde el principio la introducción de un derecho de intervención de los Länder a la relativización de la cláusula de necesidad del art. 72.2 LF[46].

---

[43] Véanse, por ejemplo, R. SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0005, op. cit., p. 5; del mismo autor, "Vorschlag zur Regelung der Kompetenzen von Bund und Ländern im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung", *Arbeitsunterlage* 0083, pp 1 y 2; E. SCHMIDT-JORTZIG, *Kommissionsdrucksache* 0006, op. cit., p. 3; F. KIRCHHOFF, *Kommissionsdrucksache* 0011, op. cit., p. 4; de este autor, también "Vorschlag zur Abschichtung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern (Neufassung des Art. 72 Abs. 2 u. 3 GG)" *Arbeitsunterlage* 0087, pp 1 y 2. En contra de la propuesta de SCHOLZ, véase F. W. SCHARPF, "Kommentar zur Arbeitsunterlage 0083 von Professor Dr. R. SCHOLZ", *Arbeitsunterlage* 0084, p. 1. En opinión de P. M. HUBER, una reforma con este fin debería codificar los criterios establecidos en la mencionada decisión del TCF en el caso *Altenpflege*, con lo que una ley de la Federación en este ámbito sólo sería admisible si "las relaciones vitales se han desarrollado por separado en los Länder de manera considerable en un modo lesivo del sistema social del Estado federal o se vislumbra un desarrollo de este tipo; amenaza una dispersión normativa que no puede ser aceptada, no sólo en interés de la Federación sino también de los Länder; si la inactividad de la Federación trae consigo considerables desventajas para la economía nacional" (P.M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 8).

[44] Uno de ellos consistía en la creación de un "mecanismo de alarma temprana" en manos de los Parlamentos de los Länder, equivalente al previsto en el "Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad" en el Proyecto de Constitución para la UE (ibidem). También estudia esta solución A. BENZ, para quien, sin embargo, presenta una desventaja, dadas las condiciones políticas de Alemania: la oposición en el Bundestag podría utilizar este procedimiento para retrasar una ley con ayuda de una mayoría que tuviera su partido en un Parlamento de un Estado federado (A. BENZ, *Kommissionsdrucksache* 0071 –*neu*- c, op. cit., p. 5).

[45] Así, H. MEYER, quien proponía junto a la desaparición de la cláusula de necesidad, la aparición de un derecho de intervención de los Länder sobre estas materias, que podrían ejercer únicamente en la medida en que la Federación no hubiera hecho uso de su potestad legislativa (H. MEYER, *Kommissionsdrucksache* 0012, op. cit., p. 20).

[46] Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit., p. 25.

5.1. c) La creación de un derecho de intervención de los Länder

Junto al debate acerca de la cláusula de necesidad, las discusiones en torno a la reforma del art. 72 LF tuvo como una de sus referencias centrales la posible creación de un derecho de intervención de los Länder («Zugriffsrecht») en el ámbito material de la legislación concurrente. Un derecho de estas características se mostraba adecuado para flexibilizar el reparto competencial, permitiendo a los Länder divergir de la legislación que hubiera podido aprobar la Federación con anterioridad sobre estas materias.

La creación de este derecho de intervención a favor de los Länder era solicitada por los Presidentes de los Estados federados a cambio de disminuir el peso de su actuación en el Bundesrat[47].

Pese a los notables apoyos recibidos por esta alternativa, se sostuvo mayoritariamente la necesidad de limitar constitucionalmente el uso por los Länder de este derecho de intervención[48]. De este modo, se proponía la presencia de límites de diverso tipo, que actuarían solos o de manera conjunta, en función del autor examinado. En términos generales, la configuración del derecho de intervención podía prever:

1) Límites materiales[49]. En este sentido, el futuro derecho de intervención de los Länder no podría tener un alcance general, sino que debería ser reducido a determinadas materias, dentro del ámbito de la legislación concurrente y de la legislación marco, si se optaba finalmente por su supresión.

---

[47] "Föderalismusreform.Positionspapier der Ministerpräsidenten", *Kommissionsdrucksache* 0045, p. 2. Véase también la posición de los Presidentes de los parlamentos de los Länder ("Quedlinburger Erklärung", *Kommissionsdrucksache* 0051, pp. 3 y 4.); Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit. p. 22.

[48] Véase en este sentido, entre otros, E. SCHMIDT-JORTZIG, *Kommissionsdrucksache* 0006, op. cit., pp. 5 y 6; F.W. SCHARPF, "Zur Neujustierung…", op. cit., p. 5; el propio escrito de los Presidentes de parlamentos de los Länder, "Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern. Positionen der Präsidenten der Landtage in der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der budesstaatlichen Ordnung", *Kommissionsdrucksache* 0038, .p. 2. Aun siendo mayoritaria esta posición, HUBER sostuvo la conveniencia de no someter este derecho a condición alguna, para evitar así que se pudiera convertir en una fuente de conflictos federales para el TCF. La única salvedad, eso sí, sería en su opinión la existencia de razones apremiantes basadas en la Constitución o en el Derecho de la Unión Europea (cfr. P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 9).

[49] A favor de su inclusión, E. SCHMIDT-JORTZIG, *Kommissionsdrucksache* 0006, op. cit., pp 9 y 10; Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit., p. 21. Por su parte, la Federación mostraba un rechazo absoluto a la introducción de este derecho de intervención respecto de todas las materias de la legislación concurrente (Ibidem, p. 23).

Estas materias podrían venir recogidas tanto a través de un listado positivo, que fijara de manera tasada aquéllas que constituirían el ámbito de actuación del derecho, como por medio de un listado negativo de materias excluidas de su ejercicio[50].

2) Límites circunstanciales[51]. Los Länder sólo podrían ejercer su derecho de intervención en el caso de que con ello no se pusiera en peligro el interés general, expresado en diversas manifestaciones, o el interés de otros Länder. De este modo se crearía algo así como una "cláusula de necesidad invertida", cuyo efecto no sería ya, a diferencia de la prevista en el art. 72.2 LF, autorizar la intervención normativa de la Federación para salvaguardar dicho interés general, sino evitar con este mismo fin la de los Estados federados.

3) Límites procedimentales[52]. Sin perjuicio del ulterior control jurídico por el TCF, estos límites se basan en la introducción de un mecanismo de control o corrección político sobre el resultado del ejercicio de este derecho de intervención por parte de los Länder, que permitiera, en definitiva, a la Federación en cada caso oponerse a la legislación aprobada por aquéllos.

---

[50] Para GRIMM y SCHNEIDER, una división en dos subgrupos dentro de la legislación concurrente -un subgrupo para el que seguiría vigente lo anterior, y un segundo en el que actuaría un deber de apertura a la actuación normativa de los Länder o un derecho de éstos a divergir- no parece razonable. Complicaría aún más la legislación, abriría una nueva fuente de conflictos y resulta prescindible, si sólo permanece en la categoría de la legislación concurrente las materias que no pueden ser atribuidas como exclusivas (D. GRIMM y H.-P. SCHNEIDER, "Neuregelung von Art. 72 Abs. 2 und 3 GG", *Arbeitsunterlage* 0086, p. 3). En contra también del empleo de estos límites materiales F. W. SCHARPF, "Zur Neujustierung…", op. cit., pp. 5 y 6; A. BENZ, "Zur Reform der Kompetenzverteilung im Bundesstaat", *Kommissionsdrucksache* 0017, pp. 5 y 6.

[51] A su favor, aunque con propuestas en ocasiones parcialmente distintas, P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 8; F. W. SCHARPF, "Zur Neujustierung…", op. cit., p. 6; a esta propuesta se adhiere A. BENZ, "Zur Reform…", op. cit., p. 6; J. WIELAND, "Gesetzgebungskompetenzen….", op. cit., p. 3.

[52] Favorables a su inclusión, F. W. SCHARPF, "Zur Neujustierung…", op. cit., p. 8; del mismo autor, "Für eine flexible…"op. cit., p. 2. Siguiendo a Scharpf, A. BENZ, "Zur Reform…", op. cit., p. 8. En contra de la propuesta de Scharpf, H.-P. SCHNEIDER, *Kommissionsdrucksache* 0071 –neu- h, p. 3. Ya en el "Bericht zur innerstaatlichen Kompetenzordnung –Bestandsaufnahme und Problembeschreibung-", se recoge como opción la de introducción de un veto del legislador federal al ejercicio por los Länder de este derecho de intervención (véase al respecto Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit., pp. 20 y 21). En contra, se argumenta la complejidad de la solución, que supondría ampliar el procedimiento legislativo con pasos adicionales y en cierta contradicción con los objetivos generales de la reforma del federalismo de separación y transparencia. Además, podría dar entrada a los puntos de vista de los partidos políticos en la determinación de la decisión (ibidem, p. 24).

Este control habría de realizarlo alguna instancia política representativa del interés general, como el Bundestag o el Bundesrat[53].

Otro aspecto conflictivo de este derecho de intervención ha sido el de los efectos de su introducción en materia de relaciones entre fuentes. Los Länder lógicamente aspiraban a dar a este derecho una eficacia absoluta, con lo que sus leyes se impondrían incluso frente a las novedades legislativas federales posteriores[54]. Se establecería así una excepción respecto del principio del art. 31 LF de prevalencia del Derecho federal sobre el Derecho de los Länder, algo que, para algunos autores, resultaba difícilmente tolerable para la seguridad y claridad jurídica en la totalidad del Estado[55]. Desde este último punto de vista, el legislador federal debía además conservar la libertad de reaccionar frente a desarrollos erróneos no previstos o de definir los intereses y objetivos generales prioritarios respecto de los intereses de los Länder. Ello hacía necesario el que una ley federal posterior pudiera corregir el Derecho de los Länder creado sobre la base de este derecho de intervención[56].

A favor de la creación de un derecho de intervención de los Länder se exponían los siguientes argumentos:

a) Un derecho con este contenido serviría para fortalecer la propia responsabilidad de los Länder[57].

b) Su inclusión otorgaría al orden competencial creado por la Ley Fundamental la flexibilidad necesaria[58].

c) Este derecho posibilitaría el inicio de un proceso de "ensayo y error" en interés general, en el que la intervención de un Estado federado podría llegar finalmente a generalizarse o bien, por el contrario, revelarse como un desarrollo fallido[59].

---

[53] En opinión de la Federación, la atribución de un derecho de veto al Bundesrat no garantizaría suficientemente el interés general (ibidem, p. 23). Frente a este argumento, los Länder sostenían que el Bundesrat es también un órgano del legislador federal, que desarrolla funciones federales y no una institución conjunta de los Länder (ibidem, p. 24).

[54] "Föderalismusreform. Positionspapier der Ministerpräsidenten", op. cit., p. 3.

[55] R. SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0005, op. cit., pp. 5 y 6. Cfr. también D. GRIMM y H.-P. SCHNEIDER, op. cit., p. 3.

[56] F. W. SCHARPF, "Zur Neujustierung…", op. cit., p. 8; E. SCHMIDT-JORTZIG, *Kommissionsdrucksache* 0006, op. cit., p. 10; J. WIELAND, "Gesetzgebungskompetenzen….", op. cit., p. 3.

[57] Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit., p. 22.

[58] P.M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 9. Cfr. Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit., p. 22.

[59] P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 9; A. BENZ, *Kommissionsdrucksache* 0071 –*neu*- c, op.cit., p. 4. Cfr. Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit., p. 22.

d) Frente a la opción basada en un reparto estricto de materias, esta otra concede a cada Estado federado, individualmente considerado, un "derecho" de intervención, que podría o no ejercer según sus propias circunstancias e intereses. Da cuenta así de las diferencias existentes entre los diversos Länder[60].

e) Es un instrumento capaz de evitar conflictos competenciales respecto de materias objetivamente interdependientes[61].

Por su parte, los principales argumentos contrarios a la creación de este derecho pueden resumirse del siguiente modo:

a) El reconocimiento de este derecho de intervención entraba en contradicción con la existencia de una cláusula de necesidad, que exigía que la intervención normativa del Estado sobre las materias de la legislación concurrente estuviera justificada sobre la base del interés general[62].

b) El reconocimiento de este derecho crearía un riesgo de dispersión normativa y de inseguridad jurídica[63].

c) La creación de este derecho plantea problemas de difícil resolución en materia de conflictos normativos entre el Derecho federal y el Derecho de los Länder. La opción por una prevalencia incondicionada de la ley de los Länder respecto de la federal es criticada por varios motivos. Por una parte, la preclusión de una nueva intervención del legislador federal entraría en conflicto con el propio sentido de la legislación concurrente, pues impediría reaccionar en situaciones no previsibles a priori que hicieran necesaria una regulación unitaria para todo el Estado[64]. Además, de ella se señala[65] que daría lugar a un "tapiz parcheado" («Flickenteppich») de diferentes situaciones jurídicas y a un Derecho federal parcial. Asimismo, un eventual ejercicio del derecho de intervención por todos los Länder privaría de sentido a la ley federal, mientras que en el caso de que tan sólo fueran unos

---

[60] Ibidem, pp. 20 y 22; "Föderlismusreform. Positionspapier der Ministerpräsidenten", op. cit., p.. 2; "Quedlinburger Erklärung", op. cit., p. 3.

[61] A. BENZ, *Kommissionsdrucksache* 0071 –neu- c, op. cit., p. 4; Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op.cit., p.. 22.

[62] H. MEYER¸ *Kommissionsdrucksache* 0012, op. cit., p. 23.

[63] R. SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0071 –neu- g, p. 3. Así sostenía también la Federación (véase Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit., p. 23).

[64] D. GRIMM, "Zugriffsrechte und Öffnungsklauseln…", op. cit., p. 4.

[65] Reproducimos aquí las críticas expuestas por F. KIRCHHOFF, *Kommissionsdrucksache* 0011, op. cit., pp. 6 y 7. Véase también D. GRIMM y H.-P. SCHNEIDER, op. cit., p. 3.

pocos los que dejaran de ejercerlo, la Federación estaría aprobando en la práctica Derecho de los Länder[66]. Por el contrario, en el caso de que una ley federal posterior pudiera imponerse sobre el Derecho divergente de los Länder, la virtualidad del derecho de intervención se vería anulada en la práctica[67], y los ciudadanos quedarían expuestos a rápidos cambios normativos, y, tras una eventual nueva divergencia por parte de algunos Länder, a una incalculable aglomeración de diferentes situaciones jurídicas[68].

5.1. d) La alternativa de la inclusión en la ley federal de una cláusula de apertura o de experimentación

En la búsqueda de soluciones adecuadas para proporcionar al sistema de reparto competencial una mayor flexibilidad y, al mismo tiempo, capaces de fortalecer el ejercicio de competencias por los Länder, surgieron a lo largo de los debates realizados con ocasión de la reforma constitucional dos opciones más, que en ocasiones se presentaban de manera íntimamente vinculada. La idea básica consistía en permitir en el tipo de la legislación concurrente la inclusión en la ley federal de cláusulas de apertura («Öffnungsklauseln»), que autorizaran normas divergentes de los Länder en una medida que se considerara necesaria y posible[69], o bien autorizaciones a la aprobación por parte de los Länder de normativa experimental o de prueba.

Esta posibilidad encontró sin embargo una fuerte resistencia en los propios Länder, quienes entendían que de este modo no se satisfacía en

---

[66] Es por ello que la Federación sostiene que la introducción de este derecho de intervención comportaría para ella el riesgo de un gasto inútil en leyes que finalmente pueden encontrar sólo aplicación limitada a algunos Länder (Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung"), op. cit., p. 24).

[67] D. GRIMM, "Zugriffsrechte und Öffnungsklauseln…", op. cit., p. 4.

[68] F. KIRCHHOFF, *Kommissionsdrucksache* 0011, op. cit., p. 7. Gráficamente, se generaliza a modo de crítica la descripción de esta situación como un "ping pong" (así, D. GRIMM y H.-P. SCHNEIDER, op. cit., p. 3). Para estos autores, no resulta convincente el argumento basado en la dificultad de que tal situación llegara finalmente a concretarse, pues, a su juicio, es una mala política constitucional apoyar las reglas sobre una presunción de que no serán utilizadas. Si no se desea un determinado efecto, no se debe confiar en que no va a ocurrir, sino que debe ser excluido (ibidem).

[69] Así, R. SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0005, op. cit., p. 5. Cfr. También H. MEYER, *Kommissionsdrucksache* 0012, op. cit., pp. 23 y 24. GRIMM, aunque contrario a esta solución, considera que plantea menos dificultades que la creación de un derecho de intervención a favor de los Länder. El legislador federal puede autorizar divergencias respecto del Derecho federal o según su discrecionalidad política o bajo determinadas condiciones, que serían en todo caso reconducibles de nuevo a una cláusula de necesidad (D. GRIMM, "Zugriffsrechte und Öffnungsklauseln…", op. cit., p. 5).

grado suficiente el objetivo de fortalecer su autonomía legislativa, toda vez que quedaría finalmente a disposición del legislador federal la decisión de incluir o no en cada una de sus leyes una cláusula de este tipo, y la determinación de la medida en que se habría de conceder la apertura[70]. Además, en tanto que su intervención normativa se hacía depender de una autorización del legislador federal, no podrían los Länder oponerse a una recuperación posterior de la materia por la Federación[71]. Por otra parte, cláusulas de esta naturaleza previstas ya con anterioridad en la Ley Fundamental (véanse arts. 71, 72 y 125a, apartado 2 LF), habían quedado hasta el momento inéditas, lo que ponía de manifiesto el escaso interés mostrado por la Federación en su empleo[72].

Estas críticas quedaban superadas si se recogía la experimentación de soluciones propias por parte de los Länder a modo de derecho, no dependiente por tanto de previa autorización por parte del legislador federal. Los Länder disfrutarían así de un derecho propio a desarrollar proyectos experimentales durante un período de tiempo determinado, a cuyo final serían sometidos necesariamente a un control por parte del legislador federal. Éste debería tener también, en determinadas circunstancias, la facultad de oponerse a la alternativa propuesta por los Länder[73]. La solución basada en un Derecho experimental por parte de los Länder presentaba para sus defensores como principales ventajas frente a otras su mayor capacidad para desencadenar impulsos descentralizadores o su efecto de estímulo para una competición por el logro de las mejores soluciones[74].

En todo caso, estas soluciones mostraban inicialmente la misma incompatibilidad con la cláusula de necesidad que se ponía de manifiesto en relación con la creación de un derecho de intervención[75].

5.2. Las reformas introducidas en la legislación concurrente

Finalmente, tal y como se podía prever a partir del debate expuesto, las modificaciones efectuadas con esta reforma constitucional sobre la legisla-

---

[70] Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit., pp. 25 y 26. Véanse también, en este sentido, P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 9; F. KIRCHHOFF, *Kommissionsdrucksache* 0011, op. cit., p. 7.

[71] P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 9.

[72] Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit., p. 25. En este sentido también F. KIRCHHOFF, *Kommissionsdrucksache* 0011, op. cit., p. 7.

[73] Véanse J. WIELAND, *Kommissionsdrucksache* 0009, p. 4; A. BENZ, *Kommissionsdrucksache* 0010, op.cit., p. 6.

[74] A. BENZ, *Kommissionsdrucksache* 0010, op. cit., p. 6.

[75] F. KIRCHHOFF, *Kommissionsdrucksache* 0011, op. cit., p. 7.

ción concurrente han sido de gran alcance y modifican sustancialmente este tipo competencial[76].

5.2. a) La reforma efectuada del alcance de la cláusula de necesidad

La primera modificación realizada afecta al apartado segundo del citado precepto. Allí se contiene, como es ya sabido, la conocida como "cláusula de necesidad", que condiciona la actuación normativa de la Federación en el ámbito de la legislación concurrente a la presencia de determinados presupuestos habilitantes (cuando fuera necesario para la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o para la salvaguardia de la unidad jurídica o económica en interés general). Aunque la reforma deja intacto el contenido de la cláusula, incide directamente sobre su aplicabilidad, toda vez que le antepone un listado positivo de materias que pasa a definir su ámbito exclusivo de actuación. De este modo, tras la reforma el art. 72.2 LF comienza diciendo que "En el ámbito del art. 74, apartado 1, números 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 y 26 la Federación tiene derecho a legislar si y en la medida en que sea necesario para…"[77]. Respecto de las materias enumeradas, por tanto, el legislador federal sólo podrá intervenir si se da alguna de las condiciones expuestas en la cláusula de necesidad.

Si de todas las materias incluidas en la legislación concurrente se puede decir que no admiten por su naturaleza su atribución exclusiva a la Federación o a los Länder, las que ahora se enumeran en el art. 72.2 LF se encontrarían especialmente vinculadas al interés de estos últimos. Ello justifica que la intervención normativa de la Federación sólo pueda realizarse si se verifica la aparición de alguna de las condiciones de la cláusula de necesidad. La posibilidad de intervención del legislador federal garantiza, por su parte, el interés general también presente en estas materias.

---

[76] El apartado primero del art. 72 LF no ha sido afectado expresamente por la reforma, por lo que su tenor literal sigue estableciendo, como sabemos, que "En el ámbito de la legislación concurrente tienen los Länder la potestad para legislar en tanto que, y en la medida en que, la Federación no haya hecho uso por ley de su competencia legislativa" (art. 72.1 LF). Sin embargo, el sentido de este precepto sí se ve necesariamente afectado por la reforma del resto de apartados de este artículo.

[77] En el catálogo de materias expresamente mencionadas en el proyecto de reforma del art. 72.2 LF aparecía también el apartado 24 del art. 74.1 ["la eliminación de residuos, la purificación de la atmósfera y la lucha contra el ruido (sin la protección frente al ruido relativo a conductas –*verhaltensbezogenem*-)"], del que se excluía expresamente el derecho a la purificación de la atmósfera y la lucha contra el ruido. En la redacción finalmente aprobada desapareció dicha referencia, lo que facilita al legislador federal su actuación en la materia citada.

Una interpretación sensu contrario del art. 72.2 LF arroja como resultado el que en los ámbitos allí no citados la Federación podrá legislar sin necesidad de que su actuación venga justificada sobre la base del cumplimiento de un presupuesto material que la habilite. En la motivación que acompaña a la iniciativa de la reforma se pone de manifiesto la coincidencia en este punto entre la Federación y los Länder acerca de la necesidad de legislación federal sobre estas materias no citadas por el art. 72.2 LF[78]. Esto no sólo tiene sus consecuencias en cuanto al momento en que el legislador federal puede intervenir, para lo que no se encuentra ya sujeto a la verificación de condición alguna, sino que también se proyecta sobre la intensidad de la intervención legislativa. En efecto, en la redacción anterior, la norma constitucional habilitaba la actuación legislativa si, y en la medida en que lo exigieran los supuestos mencionados. Debía limitarse, pues, a lo que fuera necesario para el restablecimiento de la equivalencia en las condiciones de vida o a la satisfacción del interés general en el mantenimiento de la unidad jurídica o económica. En lo demás, la materia habría de quedar abierta a la acción normativa del legislador de los Länder. Ahora, sin embargo, el legislador federal puede, según el nuevo texto aprobado, regular de forma exhaustiva las materias no citadas en el art. 72.2 LF, sin que a ello se pueda ya oponer pretensión competencial alguna por parte de los Länder. El resultado de esta concreta modificación, individualmente considerada es, pues, un fortalecimiento, al menos aparente, de la capacidad legislativa de los poderes federales en el ámbito de la legislación concurrente.

5.2. b) La creación de un «Abweichungsrecht» a favor de los Länder

La reforma constitucional crea a su vez un importante contrapeso al reforzamiento de la posición de la Federación producido con ocasión de la reforma del apartado 2 del art. 72 LF. Así, el apartado tercero de este mismo artículo establece ahora lo siguiente: “Si ha hecho uso la Federación de su competencia legislativa, los Länder pueden por ley adoptar normas que diverjan sobre…” cualquiera de las materias incluidas en el catálogo que allí se establece[79]. Finalmente, se ha optado, pues, por recoger en el ámbito de la legislación concurrente un derecho de intervención de los Länder, si bien limitado a determinadas materias. Se desecha así en la

[78] *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 9.

[79] “Hat der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht, können die Länder durch Gesetz hiervon abweichende regelungen treffen über (…)”.

reforma la posibilidad de incluir otro tipo de límites circunstanciales o procedimentales al ejercicio por los Länder de su derecho de intervención.

En la motivación de la reforma se dice que con ello "Los Länder ganan la posibilidad de desarrollar en los ámbitos citados sus propias concepciones, separándose de la regulación federal, y de responder a sus distintos presupuestos y condiciones estructurales. El uso de esta posibilidad –concluye el proyecto- o el que la regulación federal sea eficaz sin divergencia, es algo que queda a la decisión política responsable de los respectivos legisladores de los Länder[80]."

La introducción de este derecho a divergir («Abweichungsrecht») supone, claro está, una ruptura sistemática considerable dentro de la legislación concurrente, tal y como ésta era concebida, pues hasta la reforma los Länder sólo tenían derecho a legislar si y en la medida en que la Federación no hubiera hecho uso de su competencia (apartado 1 del art. 72 LF)[81]. El nuevo tenor del art. 72.3 LF les permite ahora, sin embargo, legislar aunque la Federación haya hecho uso de su potestad legislativa sobre la materia, e incluso en contra de lo dispuesto en la ley federal.

El tenor literal de este apartado 3 podría dar a entender que, en el ámbito material allí establecido, los Länder no pueden legislar si la Federación no ha hecho antes uso de su propia competencia legislativa ("Si ha hecho uso la Federación de su competencia legislativa, los Länder pueden por ley adoptar normas que diverjan sobre…"). Esta conclusión, sin embargo, sería desacertada. Como se dispone en el apartado 1 de este mismo artículo, los Länder podrán seguir aprobando normas sobre cualquier materia del art. 74 LF si el legislador federal no ha hecho uso de su competencia legislativa, o en la medida en que no haya uso de la misma. Lo único que ocurre es que en este caso no se puede hablar propiamente de la aprobación de "normas divergentes", en tanto que no se alejan de ninguna ley federal anterior.

Como no podía ser de otro modo, las materias sobre las que los Länder pueden ejercer su «Abweichungsrecht» son distintas de aquellas sobre las que recae aún la "cláusula de necesidad" del art. 72.2 LF. Dicho de otra forma, allí donde la Ley Fundamental exige que la intervención del legislador federal venga justificada por la necesidad de crear condiciones de vida equivalentes en todo el territorio federal o de garantizar en interés general la unidad jurídica o económica, no pueden los Länder posteriormente ejer-

---

[80] *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 11.

[81] P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 9.

cer su derecho a divergir de la normativa federal. No se hubiera justificado la imposición de dichas condiciones al legislador federal si, acto seguido, hubiera quedado abierta la posibilidad para los Länder de aprobar normas con un contenido distinto de las federales. Los intereses que subyacen a las citadas condiciones hubieran sido puestos nuevamente en peligro.

Se da la circunstancia de que todas las materias mencionadas en el nuevo apartado 3 del art. 72 LF, sobre las que los Länder pueden ejercer su «Abweichungsrecht» han sido incluidas también por la reforma constitucional en el ámbito de la legislación concurrente. Con anterioridad encontraban su emplazamiento en la ahora suprimida legislación marco de la Federación (art. 75.1 LF), si bien en ocasiones con alguna modificación. El elenco de materias sobre las que cabe el ejercicio por parte de los Länder de ese "derecho a la divergencia" es el siguiente: "1. La caza (sin el derecho de licencia de caza); 2. La protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje (sin los principios generales de la protección de la naturaleza, el derecho de protección de las especies o la protección del medio marino); 3. La distribución de la tierra; 4. La ordenación del territorio; 5. El régimen hidráulico (sin el régimen de las sustancias o instalaciones); 6. La admisión y la graduación en la enseñanza superior." Los aspectos de las materias citadas que son expresamente excluidos («abweichungsfeste Kerne») quedan bajo el círculo general de la legislación concurrente, y fuera del ámbito de aplicación de su cláusula de necesidad, con lo que el Estado puede legislar libremente sobre ellos sin posibilidad alguna de divergencia por parte de los Länder. En la motivación de la reforma se destaca la especial importancia que este cambio tiene de cara a posibilitar en estos ámbitos la transposición uniforme del Derecho de la Unión Europea por parte de la Federación, así como el especial interés del reconocimiento de este núcleo resistente a la divergencia en lo que respecta a la protección del medio ambiente[82].

En su nueva redacción, el mismo apartado 3 del art. 72 LF establece además que "Las leyes federales aprobadas sobre estas materias –se está refiriendo, recordemos, a aquellas sobre las que los Länder pueden ejercer su «Abweichungsrecht»- entran en vigor no antes de seis meses desde su publicación, en cuanto no se determine otra cosa con la aprobación del Bundesrat[83]"

---

[82] *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 11.

[83] En el proyecto de reforma se exigía que la aprobación del Bundesrat fuera por una mayoría cualificada de dos tercios de los votos.

La primera parte de esta norma sirve a un doble objetivo[84]. En primer lugar, ofrece un lapso de tiempo suficientemente amplio a los Länder para que puedan aprobar una ley sobre la materia, de contenido distinto a la ley federal, antes de que ésta última entre en vigor (seis meses desde su publicación). No cabe duda de que puede ser un período de tiempo más que suficiente para que los respectivos parlamentos de los Estados federados estudien el texto de la ley federal y decidan sobre la conveniencia de aprobar o no una ley que diverja del mismo. Debe entenderse, para evitar contradicciones con el primer inciso del art. 72.3 LF que se considera que la Federación ha hecho uso de su competencia legislativa en el mismo momento en que la norma es publicada, y no cuando ésta entra en vigor, con lo que los Länder no necesitan esperar al momento de inicio de la vigencia de la ley estatal para aprobar su ley de divergencia. De esta manera, en aquellos Länder que han ejercido sin dilación su «Abweichungsrecht», puede suceder que la norma federal no llegue a entrar nunca en vigor. Más aún, esta situación es deseable para evitar los -tan criticados durante el proceso de reforma- eventuales cambios rápidos en la legislación aplicable sobre estas materias, que podrían tener lugar sin embargo si los Länder tuvieran que esperar a la entrada en vigor de la ley federal para divergir de ésta.

Pero, por otro lado, este lapso de tiempo persigue además evitar los cambios sorpresivos de legislación aplicable, con merma para la seguridad jurídica, situación a la que se podría llegar si la norma federal pudiera entrar en vigor de manera inmediata tras su aprobación.

La posibilidad prevista de que, con acuerdo del Bundesrat, se pueda exceptuar la aplicación de esta cláusula de «vacatio legis» responde, según la motivación de la reforma- a la necesidad de otorgar cobertura a una respuesta legislativa más rápida para casos de urgencia, como por ejemplo –se cita expresamente-, por causa del cumplimiento de plazos de transposición del Derecho europeo. El interés de los Länder queda garantizado, sin embargo, con el hecho de que sea necesario el acuerdo del Bundesrat, la Cámara donde ellos están representados[85].

Para aclarar las relaciones que pueden establecerse entre Derecho federal y Derecho de los Länder en el ámbito de las materias sobre las que éstos pueden ejercer su «Abweichungsrecht», el art. 72.3 finaliza diciendo

---

[84] Así se declara también en la motivación de la reforma (*B.Tag Drucksache* 16/813, p. 11.

[85] *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 11.

que “En las materias del inciso primero de este apartado prevalece, en la relación entre Derecho federal y Derecho de los Länder, la ley respectivamente posterior.” Este tenor literal es objeto de una interpretación auténtica en la motivación de la reforma, en la que se establece que “Una ley de un Estado federado que diverge del Derecho federal no deroga el Derecho federal para el territorio del Estado federado en cuestión, sino que meramente es de aplicación preferente («geht vor»). Esto significa –continúaque, por ejemplo, en caso de derogación del Derecho divergente del Estado federado automáticamente rige de nuevo el Derecho federal. Si reforma la Federación su Derecho, por ejemplo para trasponer nuevas disposiciones del Derecho de la Unión Europea en todo el territorio federal, prevalece el nuevo Derecho federal –como ley posterior- al Derecho del Estado federado. Si deroga la Federación su ley, rige de nuevo el Derecho del Estado federado. Los Länder por su parte pueden también divergir nuevamente del Derecho federal reformado (en el caso del ejemplo sin embargo sólo con observación del Derecho de la Unión Europea vinculante también para los Länder). En tal caso, el Derecho del Estado federado prevalece de nuevo sobre el Derecho federal”.

El criterio de solución de conflictos normativos plasmado en el art. 72.3 LF constituye, como ha quedado de manifiesto por los debates de la reforma, una excepción al principio general ya citado del art. 31 de la propia Ley Fundamental, según el cual “El Derecho federal prevalece sobre el Derecho de los Estados”[86]. Resulta una excepción absolutamente esencial al propio significado del «Abweichungsrecht» de los Länder, toda vez que no se hubiera entendido su virtualidad si, en caso de conflicto entre la norma federal y la norma divergente de los Länder hubiera prevalecido la primera. El criterio general del art. 31 LF sigue siendo de aplicación para los restantes conflictos normativos que pudieran suscitarse con ocasión de la legislación concurrente.

---

[86] Para evitar la contradicción entre los respectivos tenores literales, T. DE MAIZIÈRE, Ministro de Justicia del Estado libre de Sajonia, proponía a su vez una reforma del art. 31 LF, que le añadiera el inciso “en cuanto esta Ley Fundamental no disponga o permita otra cosa” (T. DE MAIZIÈRE, “Zugriffsrecht”, *Arbeitsunterlage* 0078, p. 4). En el mismo sentido, J. WIELAND, “Ergänzung der Eckpunkte zu einer Neufassung des Art. 72 GG. Vorschlag Joachim Stünker, MdB/ Dr. Norbert Röttgen, MdB, vom 27 September 2004”, *Arbeitsunterlage* 0085, p. 2. En contra de la necesidad de reformar el art. 31 LF, H. MEYER, quien pone de manifiesto que el Derecho federal sólo prevalece sobre el de los Länder en la medida en que se base en el ejercicio por la Federación de su propia potestad de regulación, (H. MEYER, “Zur Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern”, *Arbeitsunterlage* 0096, p. 7).

La solución adoptada por el art. 72.3 LF se inspira en el criterio cronológico «lex posterior derogat legi priori». Decimos únicamente que se inspira porque, como se ha puesto ya de manifiesto, la ley anterior no queda derogada, sino que sigue vigente, si bien su aplicación queda desplazada. El criterio cronológico no es por regla general de aplicación allá donde las normas que entran en conflicto se relacionan por el principio de competencia. Existiendo un reparto de competencias, este criterio se desenvuelve normalmente entre las normas propias de cada ámbito competencial, pero no en los supuestos de conflicto entre normas procedentes de distintos centros de producción, dotados cada uno de ellos de un específico ámbito de competencias. Esto nos puede hacer concluir que, en realidad, no se puede hablar propiamente de reparto de competencias entre Federación y Länder respecto de aquellas materias propias de la legislación concurrente sobre las que éstos últimos pueden ejercer su derecho a divergir de la legislación federal. Se tratan, pues, de materias no asignadas a la titularidad de una u otros, sobre las que cada uno de ellos puede actuar en el momento que lo estime oportuno sin necesidad de satisfacer ningún requisito, con el efecto de desplazar la aplicación de la otra norma. No es esto lo que sucede con el resto de materias atribuidas a la legislación concurrente. En el supuesto general del art. 72.1 LF, aunque inicialmente puede actuar tanto el legislador federal como el de los Länder, una intervención del primero absorbe los aspectos de la materia sobre los que ha desarrollado su labor normativa, lo que explica que los Länder, a partir de entonces, sólo puedan desarrollar su potestad legislativa sobre otros aspectos no cubiertos por la legislación federal, y con respeto a lo dispuesto en ésta. La ley federal sólo puede ser derogada por otra ley federal posterior y hasta tanto esto sucede su aplicabilidad no queda sujeta a posible desplazamiento alguno por parte de las normas de los Länder. Lo mismo se puede decir en el caso de las materias para las que es de aplicación la "cláusula de necesidad", si bien respecto de ellas el apartado 4 del art. 72 LF (anterior apartado 3) dispone, como veremos, un mecanismo que permite al Derecho de los Länder sustituir al de la Federación si una ley federal así lo autoriza por declarar ya inexistente la necesidad que justificó su aprobación.

5.2.c) La desaparición sobrevenida de la necesidad de legislación federal

En efecto, tras la reforma, pasa a ser apartado cuarto del art. 72 LF el que antes era su apartado 3. Este precepto establece lo siguiente: "Por medio de una ley federal se puede determinar que una regulación legal federal, para la que ya no existe una necesidad en el sentido del apartado

2, pueda ser sustituida por el Derecho de los Länder". Aunque el tenor literal de este precepto ha permanecido intacto, con la reducción del ámbito de materias sometido a la aplicación de la cláusula de necesidad, queda afectado también, lógicamente, el ámbito de aplicación de este precepto. A partir de la reforma, para que los Länder puedan legislar en el espacio de la legislación concurrente sólo puede ser exigible la ley federal que ahí se menciona en relación con las materias sujetas a esa cláusula. Sobre las restantes materias, podrán legislar los Länder "en tanto que, y en la medida que la Federación no haya hecho uso de su competencia legislativa" (apartado 1) o, ejercitando su derecho a divergir en relación con las materias del apartado 3, en cualquier momento tras la publicación de la ley federal.

5.2. d) Recapitulación parcial

En definitiva, dentro del ámbito general de la legislación concurrente se puede, a su vez, realizar tres divisiones:

1) Materias del art. 74 LF sobre las que la Federación puede ejercer su potestad legislativa sin límite ni condición alguna, pudiendo actuar los Länder sobre aquéllas sólo si, y en la medida en que no lo haya hecho previamente la Federación (apartado 1).

2) Materias expresamente mencionadas en el apartado 2 del art. 74 LF, sobre las que la Federación únicamente puede legislar si se dan las circunstancias descritas en la "cláusula de necesidad". Sobre estas materias pueden legislar los Länder en las mismas condiciones dispuestas en el apartado 1, esto es, si la Federación no ha aprobado norma alguna, o, en su defecto, en los márgenes donde la cláusula de necesidad no haya alcanzado a cubrir la actuación federal. Una vez aprobada la legislación federal, ésta sólo podrá ser sustituida por el Derecho de los Länder si se declara por ley federal la desaparición de las circunstancias que habilitaron la intervención de la Federación.

3) Materias expresamente recogidas en el apartado 3, sobre las que la Federación puede ejercer su potestad legislativa con dos límites: uno relativo al período de «vacatio legis» de seis meses desde la publicación de la ley federal, y otro relativo a su eficacia en el territorio de cada Estado federado, que queda condicionada a que el respectivo Estado no haya hecho uso de su «Abweichungsrecht». Si, por el contrario, el legislador de un Estado federado aprobara una ley divergente de la federal, aquélla prevalecerá sobre ésta, desplazándola en su aplicación. Esta última circunstancia no impediría una nueva intervención legislativa federal.

6. LA SUPRESIÓN DE LA LEGISLACIÓN MARCO

La reforma constitucional efectuada en Alemania suprime la legislación marco. Sobre la conveniencia de dicha supresión existía un acuerdo notablemente generalizado tanto en el ámbito político como en el doctrinal[87]. Esta medida era citada expresamente como uno de los objetivos de la reforma en el Acuerdo de 14 de diciembre de 2005 entre la Canciller alemana y los Jefes de Gobierno de los Länder[88].

De forma minoritaria, algunos autores sostuvieron durante el proceso de reforma, sin embargo, que se debía mantener la legislación marco con cambios, bajo la forma de una mera legislación de principios[89] o –de manera análoga al Derecho comunitario europeo- como directivas. Esto serviría eventualmente para aclarar que la Federación se debía limitar sólo a la determinación de los estándares de unidad absolutamente necesarios, dejando así a los Länder un espacio sustancial de decisión política[90]. Frente

---

[87] En el terreno del debate político, véase el escrito presentado por representantes en el Bundestag y en los parlamentos de los Länder, encabezados por G. KRINGS y T. GÖNNER, "Unserem Föderalismus erneueren! Es geht um unsere Zukunft. Aufruf junger Bundestags- und Landtagsabgeordneter von CDU und CSU", *Kommissionsdrucksache* 0019, pp. 5 y 6; o el escrito de los Presidentes de parlamentos de los Länder, "Neuordnung...", op. cit., p. 3. No obstante, pese a considerar negativa la experiencia acumulada en el uso de esta figura, algunos autores se mostraron partidarios del mantenimiento de este tipo. Éste es el caso de R. SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0005, op. cit., p. 3. Véase además H. G HENNEKE, op. cit., p. 2.

[88] No obstante, en la Propuesta de los Presidentes de la Comisión de Bundestag y Bundesrat para la modernización del ordenamiento federal, de 13 de diciembre de 2004, continúa figurando la legislación marco con la misma redacción que tenía en aquel momento, si bien limitada en su ámbito material a tres de los siete apartados hasta entonces a ella atribuidos: principios generales de la educación superior (apartado 1a), la caza, la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje (apartado 3) y la distribución de la tierra, la ordenación del territorio y el régimen hidráulico (apartado 4) (F. MÜNTEFERING y E. STOIBER, "Vorentwurf vom 13. Dezember 2004. Vorschlag der Vorsitzenden", *Arbeitsunterlage* 0104 –*neu*-, p. 8).

[89] Esta opción se contempla también en Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit., p. 36.

[90] R. SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0005, op. cit., p. 4, E. SCHMIDT-JORTZIG, *Kommissionsdrucksache* 0006, op.cit., p. 3. Véase también la solución propuesta en el escrito presentado por parlamentarios de la CDU y CSU, según la cual esta legislación de principios debería limitarse a la creación de las condiciones para una competencia eficaz entre los Länder (G. KRINGS y T. GÖNNER, op. cit., p. 6). Para los presidentes de los parlamentos de los Länder, en el caso de que se optase por mantener la figura para determinadas materias, debería subrayarse su carácter excepcional para garantizar su empleo estricto como legislación marco o de principios (escrito de los Presidentes de parlamentos de los Länder, "Neuordnung…", op. cit., p. 3).

a esta posibilidad se puso de manifiesto con acierto por otros autores que la alternativa propuesta no aportaba ninguna mejora sustancial de la situación, pues ni aseguraba la desaparición del problema de las normas completas ni resolvía la delimitación entre principios y normas de detalle[91].

Al acuerdo sobre la necesidad de suprimir el tipo contribuía considerablemente el hecho de que la Federación hubiera realizado un uso incorrecto de su competencia sobre legislación marco, sin que a ello hubiese puesto fin la reforma de 1994, que condicionaba su empleo por el legislador federal a la concurrencia de alguno de los mismos requisitos establecidos para la legislación concurrente por el art. 72.2 LF (cláusula de necesidad)[92]. De este modo, se utilizaba frecuentemente la legislación marco para regular íntegramente las materias afectadas, lo que contradecía evidentemente la intención constitucional de limitar su empleo a la mera fijación de un marco[93]. La inclusión de disposiciones que entraban en detalles e inmediatamente aplicables, posibilidad concebida como excepcional por el art. 75.2 LF, se había generalizado[94].

Por otra parte, la legislación marco parecía entrar en contradicción con algunos de los objetivos principales de la reforma del federalismo alemán, como la separación de las funciones estatales y la clarificación de responsabilidades[95]. En este sentido, se le reprochaba a la figura que la coexistencia de normas marco federales y las concreciones de los Länder resultaba problemática y rompía la idea fundamental que sirve de base a los arts. 70 y siguientes de la Ley Fundamental, según la cual o la Federación o los Länder debían ser competentes para legislar, pero no ambos[96]. Para la propia Federación, la delimitación de las funciones normativas se mostraba problemática en la práctica, no sólo a la hora de responder a la cuestión de si existía una norma que entrara en detalles o inmediatamente eficaz -algo únicamente admitido en circunstancias excepcionales-, sino

---

[91] P.M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 11. Cfr. También A. BENZ, *Kommissionsdrucksache* 0071 –*neu*- c, op. cit., p. 2

[92] En este sentido, también los Länder. Así, en Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung" op. cit., p. 31.

[93] R. SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0005, op. cit., p. 4.

[94] P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 2. H. MEYER pone el ejemplo de la Ley Marco de Estatuto funcionarial, dictada sobre la base de la anterior redacción del art. 75.1.1 LF y que regula un estatuto funcionarial completo (H. MEYER, *Kommissionsdrucksache* 0012, op. cit., p. 13).

[95] Así, el escrito de los Presidentes de parlamentos de los Länder, "Neuordnung…", op. cit., p. 3. Esta crítica la compartía también la Federación (véase Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit., p. 32).

[96] P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 10.

también para la cuestión, vinculada a la anterior, de si se estaba o no ante una de esas excepciones. Por último, la Federación destacaba la imposibilidad a la que se veía abocada de aprobar regulaciones completas unitarias para toda la Federación que venían impuestas técnica o jurídicamente por la UE[97].

En la motivación que acompaña a la proposición de reforma se señala que la categoría de la legislación marco, con la necesidad de dos procedimientos legislativos encadenados a nivel federal y de los Länder se había mostrado especialmente ineficaz en el caso de la transposición del Derecho europeo[98], sin que, en los demás casos, se pudiera valorar positivamente el resultado ofrecido. Ante esta situación, debía considerarse que la solución adecuada era la desaparición total de la figura y el reparto de las materias reservadas a este tipo competencial entre la Federación y los Länder. Así, parte de estas materias son trasladadas al segmento de la legislación concurrente no vinculado por la cláusula de necesidad, y en algunos casos sometidas al posible ejercicio de su «Abweichungsrecht» por parte de los Länder.

7. LAS NORMAS DE DERECHO TRANSITORIO

Como consecuencia de la modificación de las técnicas de atribución competencial, puede darse el caso de que una ley, que hubiera sido aprobada en el ejercicio de una determinada competencia, o sobre la base de una concreta configuración de la misma, se viera desprovista de su fundamento. Para solucionar estos supuestos debe acudirse a las normas de Derecho transitorio contenidas en el art. 125a LF, parcialmente reformadas, y al ahora creado art. 125b LF[99].

---

[97] Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit., p. 32. A este último argumento oponían los Länder que la valoración de cuándo una regulación completa unitaria para toda la Federación venía impuesta técnicamente era muy subjetiva y jurídicamente irrelevante. Lo decisivo para la cuestión de la necesidad de una regulación federal en la legislación marco debía ser sólo los presupuestos del art. 72.2 LF, a los que se refería el art. 75.1 LF. Por otra parte, jurídicamente la UE no podía imponer nunca una regulación federal, puesto que el Derecho comunitario respeta el orden competencial de los Estados miembros (ibidem, p. 32).

[98] *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 8. Cfr. al respecto Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit., p. 32.

[99] Sobre el debate específico suscitado con ocasión de este Derecho transitorio, véanse especialmente la pregunta número 5 formulada por el diputado V. KRÖNIG en *Kommissionsdrucksache* 0071 –*neu*-, y las respuestas subsiguientes.

En su apartado primero, el art. 125a LF establece ahora que "El Derecho que ha sido aprobado como Derecho federal, pero que por causa de la reforma de los arts. 74.1 [elenco de materias de la legislación concurrente], (…) o por causa de la desaparición de los arts 74a [legislación concurrente], [o] 75 [legislación marco] (…), ya no podría ser aprobado como Derecho federal, continúa vigente como Derecho federal. Puede ser sustituido por Derecho de los Länder".

El apartado segundo de este mismo artículo dispone que "El Derecho que ha sido aprobado sobre la base del art. 72.2 en la redacción vigente hasta el 15 de noviembre de 1994, pero que por causa de la modificación del art. 72.2 ya no podría ser aprobado como Derecho federal, continúa vigente como Derecho federal. Por medio de una ley federal se puede disponer que pueda ser sustituido por Derecho de los Länder". Según la motivación de la reforma, una tal autorización deberá ser concedida cuando el legislador federal tenga conocimiento positivo de la ausencia de necesidad, especialmente en los casos en que el TCF ha llegado expresamente a esta conclusión en una decisión incidental. Por lo demás –se añade-, el TCF ha decidido ya que, en caso de ausencia de necesidad, la discrecionalidad otorgada por el art. 125a.2, inciso 2 a la Federación en los casos en los que ella sostiene una nueva concepción acerca de lo que sea necesario, por razones materiales o políticas, se estrecha, de forma que la Federación debe autorizar a los Länder a crear nuevo Derecho[100].

Asimismo se incorpora un nuevo art. 125b que regula específicamente las situaciones creadas con ocasión de la desaparición de la legislación marco. En este sentido establece que "El derecho que ha sido aprobado sobre la base del art. 75 en la redacción vigente hasta el 1 de septiembre de 2006 y que también podría haber sido aprobado después de este momento como Derecho federal, continúa en vigor como Derecho federal. Las potestades y las obligaciones de los Länder en materia legislativa al respecto subsisten. En el caso de las materias citadas en el art. 72, apartado 3 inciso primero –que, recordemos, proceden de la legislación marco-, los Länder podrán aprobar normas divergentes de este Derecho; en el caso de las materias del art. 72, apartado 3, inciso 1 números 2, 5 y 6 sin embargo sólo si 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 lo más tarde a partir del 1 de enero de 2010, en el caso del número 6 lo más tarde a partir del 1 de agosto del 2008."

---

[100] *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 21, con cita de la BVerfGE 11, 10, 31.

A diferencia, pues, de lo que ocurre en el art. 125a LF, aquí se regula sobre la base de las normas anteriores, pero que después de la reforma también podría ser aprobado como Derecho federal, con especial atención a la posible creación de derecho divergente por los Länder. El sentido de este artículo lo aclara la motivación de la proposición de reforma: "En las materias sometidas a la legislación de divergencia del art. 72.3 LF, los Länder pueden aprobar normas divergentes de la actual legislación marco en el ámbito de los números 1, 3 y 4 (en la medida en que alcance su competencia para divergir) desde este mismo momento, mientras que en los ámbitos de los números 6 (admisión y graduación en la enseñanza superior) y 2 y 5 (medio ambiente) sólo está prevista la divergencia de las leyes marco actuales a partir de la fecha específicamente prevista. Hasta entonces únicamente el legislador federal podrá aprobar una nueva regulación de estas materias (…). En el caso de que la Federación hiciera uso de su competencia legislativa antes del transcurso de este plazo de transición, valdría el derecho a divergir desde el momento de la publicación de la ley[101]".

8. CONCLUSIONES

1) La necesidad de mejorar la capacidad de actuación y de decisión de la Federación y de los Länder, y de realizar entre ellos una distribución más clara de responsabilidades, por un lado, y, por otro, el retroceso progresivo experimentado por las competencias legislativas de los Länder justifican la reforma del sistema de atribución competencial en la Ley Fundamental.

2) Si existía un notable acuerdo sobre los objetivos a perseguir, las divergencias eran importantes en torno a las medidas concretas a adoptar para este fin. Por ello, con ocasión de la reforma se desarrolló un interesante debate doctrinal y político, donde quedaron de manifiesto las carencias del sistema anterior.

3) La reforma no realiza un cambio radical del sistema anterior por otro basado en un reparto estricto de todas las materias competenciales entre la Federación y los Länder. Esta técnica, aunque hubiera aportado en principio una mayor claridad al reparto competencial, fue rechazada por no corresponderse con la complejidad de los intereses presentes en algunas materias ni con la diversidad existente entre los Estados federados.

---

[101] *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 21.

4) En cuanto al tipo de la legislación concurrente, se modifica el alcance material de la cláusula de necesidad (art. 72.2 LF) y se crea un derecho de intervención de los Länder sobre algunas de sus materias. Otras posibilidades, como la inclusión en las leyes federales de cláusulas de apertura o experimentación a favor de los Länder no prosperaron.

5) La Federación ve incrementadas sus posibilidades de actuación en la legislación concurrente, en la medida en que el ámbito de aplicación de la cláusula de necesidad del art. 72.2 LF queda delimitado únicamente a algunas de las materias reservadas a este tipo. De este modo, sobre las restantes, la Federación podrá legislar sin necesidad de que su intervención venga justificada por el cumplimiento de condición alguna.

6) También la capacidad de actuación de los Länder en la legislación concurrente resulta beneficiada, con la creación por la reforma de un derecho a divergir («Abweichungsrecht») de la legislación federal, limitado en su alcance a materias concretas.

7) Donde los Länder pueden divergir de la legislación federal, los eventuales conflictos entre el Derecho de la Federación y el Derecho de los Länder serán resueltos sobre la base del criterio cronológico, lo que constituye una importante excepción al principio de prevalencia del Derecho federal (art. 31 LF).

8) Para evitar que la nueva regulación provoque la rápida sucesión de regímenes jurídicos, la Ley Fundamental establece un plazo de seis meses desde su publicación para la entrada en vigor de la ley federal, lo que permitirá al legislador de los Länder aprobar con tiempo suficiente su norma divergente.

9) Con la reforma desaparece la legislación marco. Sobre la necesidad de su supresión existía un acuerdo importante. Por un lado, el legislador federal había realizado un uso abusivo de este tipo, con frecuente inclusión de normas de detalle y de aplicación inmediata. Por otro, su continuidad entraba en contradicción con el objetivo de clarificar las responsabilidades respectivas de Federación y entes.

RESUMEN

La introducción de cambios en el sistema de atribución de competencias ha sido una de las claves de la reforma de la Ley Fundamental. Los objetivos por ésta perseguidos, de mejorar la capacidad de actuación y de decisión de la Federación y de los Länder y de clarificar sus respectivos ámbitos de responsabilidad, así lo exigían.

Los cambios más importantes se realizan sobre el tipo de la legislación concurrente. Por un lado, la Federación ve incrementadas sus posibilidades de actuación, en la medida en que el ámbito de aplicación de la cláusula de necesidad que la condicionaba (art. 72.2 LF) queda delimitado únicamente a algunas de las materias reservadas a este tipo. También la capacidad de actuación de los Länder en la legislación concurrente resulta beneficiada, con la creación por la reforma de un derecho a divergir (Abweichungsrecht) de la legislación federal, limitado en su alcance a materias concretas. Donde los Länder pueden divergir de la legislación federal, los eventuales conflictos entre el Derecho de la Federación y el Derecho de los Länder pasan a ser resueltos sobre la base del criterio cronológico. Con la reforma desaparece la legislación marco, de la que el legislador federal había realizado un uso abusivo, con frecuente inclusión de normas de detalle y de aplicación inmediata. Su continuidad entraba en contradicción con el objetivo de clarificar las responsabilidades respectivas de Federación y entes.

PALABRAS CLAVE: Ley Fundamental de Alemania, Estado federal, reparto de competencias, Federación, Länder, legislación concurrente, legislación marco.

ABSTRACT

The introduction of changes in the system of attribution of competitions has been one of the keys of the reform of the Fundamental Law. The objectives persecuted by this one –to improve the capacity of acting and taking decisions of the Federation and the Länder, as long as to clarify their respective scopes of responsibility– were demanding these changes.

The most important changes affect the type of the concurrent legislation. On the one hand, the Federation increases its possibilities of acting, as far as the scope of application of the necessity clause that conditioned her (art. 72.2 FL) has been restricted solely to some of the matters which were reserved to this type. The possibilities for the Länder of acting on the frame of concurrent legislation has been increased too, due to the creation by the reform of a right for the Länder to diverge (Abweichungsrecht) from the federal legislation, which is however limited to concrete subjects. Where the Länder can diverge from the federal legislation, the possible conflicts between the Right of the Federation and the Right of the Länder will be now solved following the chronological criterion. After this reform the frame legislation will disappear, because the federal legislator had made an abusive use, making frequent inclusion of two much detailed norms and regulations immediately applicable. The continuity of these laws contradicted with the objective to clarify the respective responsibilities of Federation and the Länder.

KEY WORDS: German Fundamental Law, Federal State, distribution of competitions, Federation, Länder, concurrent legislation, frame legislation.

LA REFORMA DEL FEDERALISMO ALEMÁN. CAMBIOS EN EL REPARTO MATERIAL DE COMPETENCIAS ENTRE LA FEDERACIÓN Y LOS LÄNDER

María Ángeles Martín Vida*

SUMARIO

1.- Introducción.

2.- A grandes rasgos: objeto y razón de ser de la reforma.

3.- Modificación en la distribución material de competencias entre la Federación y los Länder.

4.- Reflexión final.

1. INTRODUCCIÓN

El Bundesrat alemán aprobó el día 7 de julio de 2006, con la mayoría necesaria de dos tercios[1], la quincuagésimosegunda y hasta ahora mayor reforma de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, GG) que se lleva a cabo desde que ésta entró en vigor en el año 1949, así como la modificación a través de la llamada Ley de Acompañamiento a la Reforma del Federalismo («Föderalismusreform-Begleitgesetz») de otras leyes que se ven necesariamente afectadas por la reforma constitucional[2]. La «madre de

* Asistente científica. Universidad Johann-Wolfgang-Goethe, Frankfurt am Main (Alemania)

[1] 62 votos a favor emitidos de los 69 posibles. Se necesitaban al menos 46 votos favorables. Sólo el Gobierno de coalición entre socialistas y comunistas de Mecklenburg-Vorpommern votó en contra, alegando que la reforma sólo beneficia a los *Länder* ricos, mientras que el Gobierno de coalición entre democristianos y socialistas de Schleswig-Holstein se abstuvo.

[2] Las reformas introducidas y las leyes afectadas aparecen listadas en el Boletín Oficial del *Bundestag*, *BT Drucksache* 16/814, de 7 de marzo de 2006, pp. 3 y ss.

todas las reformas», como se la ha dado en calificar, porque supone la introducción de cuarenta modificaciones en el texto de la Ley Fundamental, se basa en un proyecto presentado por los grupos parlamentarios que sustentan la «Gran Coalición» de Gobierno y por cuatro Länder el día 7 de marzo de 2006. Afecta fundamentalmente a la estructura del modelo federal alemán y al reparto de competencias entre la Federación y los Länder, y ya fue aprobada por el Bundestag, también por dos tercios el 30 de junio de 2006[3].

La reforma constitucional, que ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2006[4] y cuya aprobación ya fracasó en diciembre de 2004[5], persigue dotar de claridad al modelo de reparto de competencias entre Federación y Länder, aportando también claridad sobre quién es responsable políticamente de cada decisión, y agilizar el procedimiento legislativo a nivel federal. Muy probablemente a finales de 2006 se emprenda la segunda parte de la reforma, la relativa a las relaciones financieras entre la Federación y los Länder, que se quiere aprobar también en esta legislatura (que en principio termina en 2009), pues parece poco probable poder sacarla adelante fuera de una gran coalición de Gobierno.

Este trabajo se centra fundamentalmente en el análisis de las modificaciones materiales que la reforma introduce en la distribución de competencias entre la Federación y los Länder. De todas ellas analizaré más detalladamente las más importantes y las que más críticas han generado en la doctrina alemana en la fase previa a la entrada en vigor de la reforma.

2. A GRANDES RASGOS: OBJETO Y RAZÓN DE SER DE LA REFORMA[6]

Lo que persigue fundamentalmente la reforma del federalismo alemán, llevada a buen puerto en su primera parte por la «Gran Coalición» de

---

[3] 428 diputados de la «Gran Coalición» de socialistas y democristianos votaron a favor de la reforma (era necesario el voto favorable de al menos 410 diputados, la «Gran Coalición» la componen 448); 162 parlamentarios votaron en contra; y tres se abstuvieron.

[4] Algunos de los preceptos de la «Ley de Acompañamiento a la Reforma del Federalismo» entrarán en vigor el 1 de enero de 2007, véase el artículo 22 de esta Ley (*BT Drucksache* 16/814, de 7 de marzo de 2006, p. 12).

[5] Sobre esta fallida reforma, véase el completo análisis de I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, «La fallida reforma del federalismo alemán». *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 16, 2005, pp. 377 y ss, a cuyas valoraciones me remito. Véase también el trabajo de este autor sobre el contexto en el que se produce la actual reforma, en este mismo número de la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*.

[6] Sobre la razón de ser y el contenido de la reforma del federalismo alemán puede verse más ampliamente Mª Á. MARTÍN VIDA, «La reforma del federalismo alemán – Una visión general». *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18, 2006.

democristianos (CDU), democristianos bávaros (CSU) y socialistas (SPD), es una mayor claridad en el reparto de competencias entre la Federación y los Länder, y una mayor transparencia y efectividad en el procedimiento legislativo a nivel federal, así como una mayor «eficiencia europea» («Europatauglichkeit») de la Ley Fundamental.

Hasta ahora, la Federación ha extendido su competencia legislativa, haciendo uso de todos los posibles resquicios constitucionales (mediante reformas constitucionales; haciendo un uso exhaustivo de la legislación concurrente sobre las materias del artículo 74 GG; y mediante leyes marco que incluían normas directamente aplicables y que regulaban cuestiones de detalle), hasta extremos en principio impensados, en detrimento naturalmente de los Länder. Para compensar esta tendencia a la centralización de competencias legislativas se ha ido reforzando poco a poco a lo largo del tiempo el papel de los Länder en el procedimiento legislativo federal, elevando notablemente la proporción de las llamadas «Zustimmungsgesetze»[7], leyes federales que no pueden ser aprobadas sin el consentimiento del Bundesrat, la Cámara de representación de los Länder[8]. El gran número de «Zustimmungsgesetze» provoca considerables retrasos en el procedimiento legislativo federal y acaba convirtiendo al Bundesrat en un «contraparlamento»[9] que impide que importantes leyes salgan adelante, debido en casi todos los casos a enfrentamientos políticos entre la Federación y los Länder y entre los partidos mayoritarios que gobiernan en una y otros.

La reforma constitucional de 2006 aspira fundamentalmente, pues, por un lado, a reducir el número de «Zustimmungsgesetze», de modo que la proporción de las mismas pase de suponer casi un sesenta por ciento del total de las leyes federales a representar aproximadamente sólo entre la cuarta parte y el cuarenta por ciento de las mismas, para de este modo reducir la influencia de los Länder en el procedimiento legislativo federal. El

---

[7] Por esta vía de la necesidad del voto favorable del *Bundesrat* para la aprobación de determinadas leyes, el peso político específico a la hora de influir en la regulación de ciertas materias que originariamente corresponderían los *Länder* se desplaza de los Parlamentos de éstos, que serían en principio quienes tendrían que legislar sobre estas cuestiones, a los Ejecutivos, que son los que representan los intereses de cada *Land* en el *Bundesrat*. A este fenómeno llamado «federalismo ejecutivo o de participación» se refiere más ampliamente H.-J.: PAPIER «Föderalismus auf dem Prüfstand». *Deutsche Verwaltungspraxis* 1/05, p. 1.

[8] Sobre las *Zustimmungsgesetze* y su papel en el sistema constitucional alemán, puede verse más ampliamente Mª Á. MARTÍN VIDA, «Las *Zustimmungsgesetze* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 6, 2003, pp. 331 y ss, y las referencias bibliográficas y jurisprudenciales que en ese trabajo se citan.

[9] La expresión es de B. ULRICH, «Mehr Zentralismus!». *Die Zeit*, 22 de junio de 2006.

otro aspecto de la reforma, para compensar, pretende disminuir, en favor de los Länder, las competencias legislativas de la Federación. Ello se hace por varias vías: ampliación de la competencia legislativa exclusiva de los Länder, supresión de la legislación marco y reordenación del catálogo de materias sujetas a legislación concurrente, con una reducción del ámbito de aplicación de la «cláusula de imprescindibilidad» («Erforderlichkeitsklausel») del artículo 72.2 GG, pero a la vez con introducción de la posibilidad de que los Länder puedan en numerosos ámbitos apartarse, mediante normas con rango de ley, de la legislación federal[10].

3. MODIFICACIÓN EN LA DISTRIBUCIÓN MATERIAL DE COMPETENCIAS ENTRE LA FEDERACIÓN Y LOS LÄNDER

3.1. Introducción: reordenación de la competencia legislativa concurrente y supresión de la legislación marco

Hay que recordar que el principio básico establecido en la Ley Fundamental de Bonn es el de que la legislación es tarea de los Länder, salvo que en la propia Ley Fundamental se disponga otra cosa (art. 70 GG), y que la ejecución de las leyes, sean federales o sean de los Länder, corresponde, con carácter general, también a éstos (arts. 83 a 85 GG). La Ley Fundamental atribuye expresamente a la Federación la competencia legislativa exclusiva (art. 71 GG[11]) sobre las materias enumeradas en el artículo 73 GG y sobre algunas más repartidas por toda la Constitución. También le reconoce la posibilidad de legislar sobre las materias, objeto de competencia legislativa concurrente, del artículo 74 GG, excluyendo con ello desde ese momento y en esa medida la posibilidad de los Länder de legislar sobre ellas (art. 72.1 GG[12]), si bien para que la Federación pudiese legislar sobre tales materias era, hasta ahora, necesario en todo caso que una regulación legislativa de las mismas a nivel federal fuese imprescindible para establecer o garantizar «relaciones vitales equivalentes» («gleichwertige

---

[10] Para más información sobre las modificaciones que la reforma del federalismo introduce en las técnicas de atribución de competencias entre la Federación y los *Länder* me remito al artículo de R. NARANJO DE LA CRUZ en este mismo número.

[11] Art. 71 GG: «Legislación exclusiva de la Federación: En el ámbito de la legislación exclusiva de la Federación tendrán los *Länder* competencia para legislar sólo si y en la medida en que una ley federal los autorice expresamente a ello».

[12] Art. 72.1 GG: «Legislación concurrente: (1) En el ámbito de la legislación concurrente están los *Länder* autorizados para legislar mientras y en la medida en que la Federación no haya hecho uso de su competencia legislativa por medio de una ley».

Lebensverhältnisse») dentro del territorio federal[13] o para asegurar la unidad económica[14] y jurídica[15] en interés del conjunto del Estado, según dispone el artículo 72.2 GG (la llamada «cláusula de imprescindibilidad») desde su reforma en 1994. Esta cláusula ha sido objeto de una interpretación muy estricta por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán[16], reduciendo de ese modo la capacidad de la Federación para legislar sobre las materias sujetas a ella[17].

---

[13] El establecimiento o la garantía de «situaciones vitales equivalentes» está en juego (y, de este modo, justificada la legislación federal) cuando las condiciones de vida en los distintos *Länder* sean tan diferentes que se menoscabe de manera notable la estructura del Estado social (BVerfGE 106, 62, 143 y ss; 111, 226, 253 y s.). Pero sólo una afectación «insoportable» de la equivalencia de las situaciones vitales de los ciudadanos que pudiera conducir a migraciones interiores o a poner en peligro la paz social justifica el que la Federación haga uso en estos casos de su competencia legislativa para restablecer la equivalencia de las situaciones vitales puesta en peligro (BVerfGE 111, 226, 253 y siguiente). El peligro ha de ser considerable y demostrable.

[14] La unidad económica peligra cuando aparezcan desventajas considerables para el conjunto de la economía en el sentido de que se perjudique la capacidad funcional del espacio económico, en especial mediante obstáculos o distorsiones del potencial económico (BVerfGE 106, 62, 143 y ss; 111, 226, 253 y s.).

[15] La unidad jurídica está en peligro cuando la diversidad de regulaciones o el hecho de que los *Länder* no hayan regulado en absoluto una materia necesitada de regulación genere inseguridades jurídicas considerables y éstas a su vez obstaculicen de manera inadmisible el tráfico jurídico entre los distintos *Länder*, amenazando de este modo los intereses de la Federación y de los *Länder* (BVerfGE 106, 62, 143 y ss; 111, 226, 253 y s). Sólo una «fragmentación jurídica» con problemáticas consecuencias que no puedan ser aceptadas ni en interés de los *Länder* ni en interés de la Federación o que amenacen el mantenimiento de una comunidad jurídica funcional justificaría entonces el uso por la Federación de su competencia en el ámbito de la legislación concurrente (o, antes de la reforma, de la legislación marco) (BVerfGE 106, 62, 145 y s.; 111, 226, 253 y s.).

[16] Véanse en especial las sentencias ya citadas: BVerfGE 106, 62 y ss (sentencia *Altenpflege*); y 111, 226 y ss (sentencia *Juniorprofessur*). Puede verse el comentario de *Batt* a la segunda de estas sentencias, donde se analiza muy claramente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el artículo 72.2 GG y sus consecuencias (H. BATT, «Bundesverfassungsgericht und Föderalismusreform: Stärkung der Länder in der Gesetzgebung. Zum Urteil vom 27. Juli 2004 – 2 BvF 2/02". *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, no. 4/2004, pp. 753 y ss); también el informe de SCHMIDT-JORTZIG como experto ante el *Bundestag*, en especial pp. 2 y s. Un buen análisis de la «cláusula de imprescindibilidad» asimismo en O. DEPENHEUER, «Verfassungsgerichtliche Föderalismusreform – Chance und Bewährungsprobe für den deutschen Föderalismus». *Zeitschrift für Gesetzgebung* 2005, pp. 83 y ss.

[17] El Tribunal Constitucional Federal ha sancionado repetidamente con la nulidad de las leyes en cuestión la no observancia por el legislador federal de la «cláusula de imprescindibilidad» en los estrictos términos expuestos.

La reforma de 2006 mantiene la legislación concurrente sobre determinadas materias, pero limita la aplicación de la «cláusula de imprescindibilidad» a sólo algunas de ellas[18]. Para el resto de las materias del apartado 1 del artículo 74 GG se parte de la base de que la Federación y los Länder están de acuerdo en que concurren las exigencias que hacen imprescindible una regulación federal de la materia en cuestión, pero se da a los Länder la posibilidad de apartarse de las normas que pueda dictar la Federación sobre la mayoría de tales materias, en cualquier momento y sin necesidad de tener que aportar ningún tipo de justificación para ello[19].

Por otro lado, se suprime la legislación marco («Rahmengesetzgebung»), mediante la cual la Federación podía regular hasta ahora, siempre que se diesen los requisitos del apartado 2 del artículo 72 GG, los principios básicos de la enseñanza superior o de la función pública, entre otras materias

---

[18] Sólo once de los treinta y tres números del artículo 74.1 GG siguen estando sujetos a la «cláusula de imprescindibilidad». La Ley Fundamental de Bonn incluye una regla de Derecho transitorio, el artículo 125a.2 GG, en el que se prevé que si con motivo de la restrictiva interpretación de la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG a partir de 1994 el legislador federal hubiese dejado de ser competente para legislar sobre determinadas materias objeto de competencia concurrente, pero ya hubiese legislado sobre ellas antes de la reforma del 94, ese Derecho federal seguirá vigente, pero la Federación podrá mediante una ley autorizar que sea reemplazado por Derecho de los *Länder*. Una regla similar se recoge en el artículo 72.4 GG para las materias que dejen de estar sujetas a la «cláusula de imprescindibilidad» tras la reforma de 2006. Si la Federación no aprobase una ley de autorización, el Derecho federal aprobado en su momento seguiría vigente, pero la Federación ya no tendría la competencia sobre la materia por efecto de la modificación en la cláusula del artículo 72.2 GG; a su vez tampoco los *Länder* podrían, a falta de aquella ley federal, legislar sobre esa materia. Por eso se ha introducido un nuevo apartado 2 en el artículo 93 GG, según el cual un Gobierno regional, un Parlamento regional o el *Bundesrat* pueden solicitar del Tribunal Constitucional Federal que determine si se dan los presupuestos materiales para que la Federación haya perdido, por efecto de la «cláusula de imprescindibilidad», la competencia sobre la materia de que se trate. Esta constatación por parte del Tribunal Constitucional Federal tendría el mismo efecto que una ley federal que autorizase, en los términos del artículo 125a.2 GG o del artículo 72.4 GG, a los *Länder* a regular esa materia.

[19] Para facilitar la tarea legislativa de los *Länder* que opten por apartarse de la regulación federal se dispone que las leyes federales en estas materias entrarán en vigor al menos seis meses después de su promulgación, salvo que se haya dispuesto otra cosa contando con el consentimiento del *Bundesrat* (nuevo art. 72.3 GG). El plazo de los seis meses alargará considerablemente el procedimiento legislativo y dificultará notablemente en muchos casos al Gobierno de turno el desarrollo en el marco de una legislatura, con el apoyo de su mayoría parlamentaria, de su programa político sobre los ámbitos afectados por este plazo. Evidentemente los *Länder* sólo pueden hacer uso de la opción de apartarse de la legislación federal cuando la Federación ya haya legislado sobre la materia de que se trate. Si la Federación no ha regulado la materia en cuestión, los *Länder* podrán en cualquier caso legislar sobre ella por efecto de la propia definición de «legislación concurrente» (art. 72.1 GG).

(art. 75 GG), preceptos marco que luego los Länder se encargaban de desarrollar y concretar mediante leyes propias. Las materias sobre las que hasta ahora la Federación podía dictar leyes marco de acuerdo con el artículo 75 GG pasan a repartirse entre la competencia legislativa de la Federación y la de los Länder, en los términos que se verán más adelante[20].

3.2. Nuevo reparto material de competencias entre la Federación y los Länder[21]

Como consecuencia de estas modificaciones, se produce una reordenación de la competencia sobre numerosas materias, algunas de ellas muy importantes, que se analiza en detalle a continuación.

3.2. a) Derecho de la función pública

En materia de Derecho de la función pública, hasta ahora le correspondía a la Federación regular mediante una ley marco los aspectos generales de la función pública de los Länder y entes locales (antiguo artículo 75.1.1 GG), y era la Federación la que tenía la competencia legislativa concurrente en materia de retribuciones y pensiones de los funcionarios al servicio de los Länder y entes locales (antiguo artículo 74a GG). Ahora se suprimen los artículos 74a y 75 GG, de modo que la regulación de la carrera profesional y de las retribuciones, pensiones y ascensos de sus funcionarios, de los funcionarios de sus entes locales y de los de sus Universidades, pasa a ser asunto de cada Land (art. 74.1.27 GG), aunque siempre respetando los principios básicos de la función pública recogidos en el artículo 33 GG. La Federación conserva la competencia legislativa concurrente para regular (mediante una ley que necesitará el consentimiento del Bundesrat) los restantes derechos y deberes del estatuto de los funcionarios y jueces de los

[20] La legislación marco vigente y las leyes de los *Länder* que la hayan desarrollado hasta ahora siguen estando en vigor (art. 125b.1 GG), si bien desde el momento de la entrada en vigor de la reforma constitucional la Federación no podrá dictar leyes marco.

[21] El texto completo de los informes con las conclusiones de las comparecencias ante el *Bundestag* de los distintos expertos en las diferentes materias que se citan a continuación puede consultarse, a fecha 7 de noviembre de 2006, en la página web oficial del *Bundestag* (www.bundestag.de/ausschuesse/a06/foederalismusreform/Anhoerung/index.html). En adelante, siempre que se cite un autor sin indicación expresa de la fuente se está haciendo referencia al informe con las conclusiones de su comparecencia como experto en la materia en cuestión ante el *Bundestag*. Dado lo numeroso de estas citas, renuncio a reproducir en cada caso el enlace completo, en todos los casos muy largo, donde encontrar cada informe concreto citado. Todos pueden consultarse en la web arriba mencionada. Sí se indica el número de la página de donde está tomada la referencia.

Länder y entes locales[22]. Esta competencia no está sujeta a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG, y a los Länder no se les reconoce la posibilidad de apartarse de lo que pueda legislar la Federación en esta materia.

Que los Länder sean a partir de ahora competentes para regular los sueldos y las pensiones de sus funcionarios se considera lógico, pues este elemento es un componente importante de la estatalidad de los Länder, que lo perdieron en 1971 cuando se introdujo el artículo 74a en la Ley Fundamental de Bonn[23]. Juristas y políticos no han podido, sin embargo, dejar de manifestar su temor a que los Länder comiencen ahora una competición por ganar para sí, con la oferta de sueldos atractivos, a los mejores funcionarios y que ello condene a los Länder más pobres a ser administrados por funcionarios peor cualificados[24]. Críticas ha levantado también el hecho de que los Länder regulen a partir de ahora la carrera profesional de sus funcionarios y, con ello, el acceso a la misma (aunque ello haya de hacerse siempre respetando los principios del artículo 33 GG), porque ello no hará probablemente sino complicar aún más la ya complicada movilidad funcionarial entre unos Länder y otros[25].

Se modifica también, en materia de función pública, el apartado 5 del artículo 33 GG, que pasa a decir literalmente lo siguiente: «El Derecho de

---

[22] Art. 74.1.27 GG: «La legislación concurrente se extiende a los siguientes ámbitos: … 27. Los derechos y deberes estatutarios de los funcionarios de *Länder*, municipios y otras corporaciones de Derecho Público así como de los jueces en los *Länder*, con excepción de la carrera profesional, retribución y previsión social». Por supuesto, es competencia exclusiva de la Federación la regulación de todo lo relativo a sus propios funcionarios (art. 73.1.8 GG).

[23] Esa reforma llegó en su momento ante el Tribunal Constitucional Federal por considerarla incompatible con la «cláusula de intangibilidad» del artículo 79.3 GG que, recordemos, impide reformar determinados aspectos de la Ley Fundamental. El Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 34, 9, 20) no consideró al final que la reforma vulnerase el artículo 79.3 GG. Se refiere a todo ello SCHNAPP, p. 3.

[24] Véanse por todos KEMPEN (p. 3) y KUTSCHA (p. 1). Esto podría ser particularmente grave en el caso de las Universidades, porque repercutiría en la calidad de la enseñanza superior ofrecida en el *Land* en cuestión y agravaría así, a medio y largo plazo, las dificultades competitivas que de por sí ya tienen los *Länder* más pobres. Se refiere a todo ello más ampliamente BATTIS (p. 3), quien considera que mientras no se concluya la segunda parte de la reforma constitucional que regule la financiación de los *Länder* y afronte los problemas financieros de éstos, no se darán las condiciones de partida necesarias que aseguren una cierta competencia justa entre los distintos *Länder* en este punto. Coincide en ello SCHNELLENBACH (p. 3).

[25] HUBER (pp. 24 y s.) y SCHNELLENBACH (p. 2). El favorecimiento de la movilidad funcionarial dentro del Estado alemán fue precisamente uno de los motivos con los que se justificó la reforma de 1971.

la función pública ha de ser regulado y desarrollado tomando en consideración los principios clásicos del funcionariado»[26]. Se han añadido simplemente dos palabras («y desarrollado») al antiguo artículo 33.5 GG para que la garantía institucional e individual en él contenida, susceptible incluso de ser protegida por la vía de amparo, no sea interpretada como una petrificación del «status quo», sino que en adelante le sea posible al legislador competente desarrollar el Derecho de la función pública y gozar de una mayor libertad de actuación para poder introducir algunos cambios en esta materia[27]. Hay que decir en cualquier caso que la posibilidad de introducir cambios en este ámbito no estaba literalmente excluida por la redacción original del artículo 33.5 GG. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha diferenciado tradicionalmente en este punto entre «principios clásicos que han de ser tomados en consideración» y «principios clásicos particularmente esenciales que han de ser respetados»[28], aunque al final el resultado ha sido en todo caso la prohibición sólo de modificaciones estructurales en la institución de la función pública, no la adaptación de la institución por vía de interpretación (en conexión particularmente con el artículo 6 GG y con el principio del Estado social) a las nuevas circunstancias[29], que siempre ha sido admitida en su jurisprudencia.

3.2. b) Medio ambiente

Hasta la entrada en vigor de la reforma del federalismo en Alemania la competencia nacional en materias medioambientales se repartía entre la

---

[26] «Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln». Un listado no exhaustivo de los «principios clásicos del funcionariado» puede verse en U. BATTIS, «Artikel 33», en M. SACHS (coord.): *Grundgesetz – Kommentar*. Munich: Beck, 1996, marginales 71 y ss, pp. 879 y s.

[27] BATTIS (p. 1) considera la modificación del artículo 33.5 GG innecesaria, pues el Derecho de la función pública en Alemania se ha desarrollado en los últimos años sin que los Tribunales hayan visto en la antigua formulación del artículo 33.5 GG un obstáculo para ello. En ese sentido también SCHNELLENBACH (pp. 1 y s.), que teme que con esta modificación se acaben vaciando de contenido los principios clásicos de la función pública, y KUTSCHA (p. 1). SCHNAPP, por su parte (p. 2), no considera problemática la reforma del artículo 33.5 GG en los términos en los que se ha llevado a cabo. KEMPEN, por el contrario, manifiesta su temor a que la reforma de este precepto suponga el principio del fin del funcionariado a través de una erosión paulatina de los principios sobre los que se fundaba, comenzando por una reducción de los sueldos (pp. 1 y s.- téngase en cuenta que el Tribunal Constitucional Federal alemán considera incluido entre los principios clásicos de la función pública el principio de la igualdad de sueldo para puestos iguales o comparables, BVerfGE 12, 327, 334).

[28] Véase, entre otras, BVerfGE 62, 374, 383.

[29] BVerfGE 43, 168; 44, 267; 81, 376.

Federación y los Länder del siguiente modo: en los artículos 70 y siguientes de la GG, que regulan el reparto de competencias legislativas entre Federación y Länder, no se contemplaba de manera genérica la materia «protección del medio ambiente», sino que las competencias legislativas en materia medioambiental se sustentaban, normalmente en favor de la Federación, en títulos competenciales diversos. Así, las materias «eliminación de residuos», «protección contra la contaminación atmosférica» y «lucha contra el ruido» eran objeto de competencia legislativa concurrente, es decir, que los Länder sólo podían regular estas materias mientras y en la medida en que la Federación no hubiese legislado sobre las mismas (art. 72.1 GG). La Federación por su parte, para poder aprobar leyes que regulasen estas materias, estaba sujeta a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG. Las materias «protección de la naturaleza y cuidado del paisaje» y «economía hídrica» («Wasserhaushalt», que engloba las materias «recursos hidráulicos» y «protección contra las riadas») se atribuían a la Federación como objeto de legislación marco (art. 75.1.3 y 4 GG), con lo que en teoría la Federación no podía dictar normas que regulasen detalles o que fuesen directamente aplicables (art. 75.2 y 3 GG). Además, la regulación de estas materias mediante leyes-marco también estaba sujeta a la «cláusula de imprescindibilidad». Otras materias relevantes desde el punto de vista medioambiental, como la protección del clima, las energías renovables, la seguridad de los productos químicos o la protección frente a radiaciones no ionizantes, no se mencionaban expresamente (y siguen sin mencionarse tras la reforma) en la Ley Fundamental de Bonn. La Federación ha basado hasta ahora su competencia para regular estas materias por medio de ley fundamentalmente, y es previsible que lo siga haciendo, en competencias no escritas o en el título competencial «Derecho de la economía», objeto de legislación concurrente (art. 74.1.11 GG) y sujeto a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG.

La reforma constitucional no modifica en lo esencial este modelo, puesto que sigue sin contemplar una materia genérica bajo la denominación «protección al medio ambiente» o similar, como según la mayoría de los autores sería de desear[30], sino que mantiene una pluralidad de títulos

[30] Así KLOEPFER (p. 8 y p. 23), aunque es consciente de que con ello no se eliminan todos los problemas. A favor también de un título competencial «Derecho del medio ambiente» en el ámbito de la legislación concurrente, sin sujeción a la «cláusula de imprescindibilidad» y sin posibilidad de que los *Länder* se aparten de la legislación federal EPINEY (p. 5); ZIEHM (pp. 1 y s.); SCHRADER (p. 1); KOCH (p. 5); y el informe del Comité de Expertos alemán para cuestiones medioambientales (Sachverständigenrat für umweltfragen. *Der Umweltschutz in der Föderalismusreform*, 2006, pp. 5 y ss, publicado en Internet en www.bundestag.de/ausschuesse/

competenciales diferentes relacionados con el medio ambiente y sometidos a regímenes diversos, que sí que se han modificado en algunos puntos interesantes respecto al modelo anterior:

• Las materias «protección contra la contaminación atmosférica» y «lucha contra el ruido» siguen siendo objeto de legislación concurrente pero dejan de estar sometidas a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG. Del bloque «lucha contra el ruido» se excluye, no obstante, la lucha contra el ruido procedente de instalaciones deportivas y de ocio o de instalaciones que cumplan un fin social[31], que pasa a ser competencia exclusiva de los Länder al quedar expresamente excluida de la legislación concurrente según el artículo 74.1.24 GG[32].

• La materia «gestión de residuos» (art. 74.1.24 GG) sigue siendo objeto de legislación concurrente y sigue sometida a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG[33]. La novedad fundamental aquí es que en el artículo 74.1.24 GG deja de emplearse el término «eliminación de residuos» («Abfallbeseitigung»), que es sustituido por una nueva denominación de esta materia («gestión de residuos», «Abfallwirtschaft»). La competencia concurrente alcanza de este modo a todas las fases del tratamiento de basuras y residuos (recogida, almacenamiento, tratamiento, transporte), no sólo a su eliminación, y se incorpora de este modo al texto constitucional la amplia interpretación del término «eliminación de residuos» que el Tribunal Constitucional Federal alemán[34] y el Tribunal Administrativo Federal[35] sostienen desde hace años.

---

a16/aktuelles/Stellung_Foederalismusreform_Feb2006.pdf, que en adelante se cita como «el informe del SRU»), p. 4.

[31] Según la fundamentación que acompaña al Proyecto de Ley para la Reforma de la Ley Fundamental de Bonn presentado por las fracciones de la CDU/CSU y del SPD ante el *Bundestag* alemán (*BT Drucksache* 16/813, de 7 de marzo de 2006, p. 13) en esta categoría se engloban guarderías y escuelas infantiles, centros de internamiento de menores, parques infantiles, instalaciones deportivas y estadios, teatros, ferias, hoteles, restaurantes, etc.

[32] Aparte de que la delimitación entre actividades que cumplen un fin social y las que no lo cumplen puede ser muy complicada en algunos casos (por ejemplo, el ruido procedente de edificios religiosos o actos de culto), esta separación competencial según que el ruido proceda de una fuente o de otra no se contiene, por ejemplo, en la Directiva Europea sobre Ruido, con lo que es más que previsible que con ello se complique la transposición del Derecho comunitario en esta materia dentro del Derecho alemán. Lo destaca DIETLEIN (p. 3).

[33] Es difícilmente explicable y objeto de críticas en Alemania por qué la gestión de residuos sigue sometida a la «cláusula de imprescindibilidad» y la lucha contra el ruido o la protección contra la contaminación atmosférica no.

[34] BVerfGE 98, 106, 120.

[35] BVerwG, *Deutsche Verwaltungsblätter* 1991, 400.

• La supresión de la legislación-marco (art. 75 GG) es en general bien acogida por la doctrina alemana, sobre todo porque facilitará la transposición de las Directivas comunitarias en las materias hasta ahora cubiertas por la misma[36]. Sin embargo, la posibilidad de los Länder de apartarse a partir de ahora de la normativa federal en esta materia limitará considerablemente ese efecto positivo[37]. Las materias relacionadas con el medio ambiente que antes eran objeto de legislación-marco, como la protección de la naturaleza, el cuidado del paisaje, la economía hídrica y la ordenación del territorio pasan a ser objeto de legislación concurrente (art. 74.1.29, 31 y 32 GG) no sujeta a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG, si bien se da a los Länder la posibilidad de dictar leyes que se aparten de los que pueda regular la Federación en estas materias. Ahora bien, en la propia Ley Fundamental se enumeran una serie de aspectos nucleares a los que no alcanza esa capacidad de los Länder de apartarse de la normativa federal, aunque la mayoría de ellos se formulan de manera demasiado vaga. Son, en concreto, los principios básicos de la protección de la naturaleza[38], la protección de las especies y la protección del entorno marino (art.72.3.2 GG) y, en materia de economía hídrica, sólo las reglas relativas a agentes contaminantes y a instalaciones[39] (art. 72.3.5 GG)[40].

• En materia de caza se mantiene en la ley de reforma la separación entre los títulos competenciales «caza» y «protección de la naturaleza». La

---

[36] Hasta ahora, una Directiva no se podía considerar correcta y completamente transpuesta hasta que se aprobaba la ley-marco federal en la materia en cuestión y las dieciséis leyes de los respectivos *Länder* desarrollando la ley-marco.

[37] Lo destaca, entre otros, ZIEHM (pp. 2 y s.).

[38] Según se establece en el Acuerdo de Coalición, por «principios básicos de la protección de la naturaleza» hay que entender unos «principios básicos vinculantes para la protección de la naturaleza, en particular la conservación de la diversidad biológica, y para asegurar la capacidad funcional del patrimonio natural», lo cual en realidad no ayuda mucho a concretar el contenido de esa vaga fórmula. El Acuerdo de Coalición enumera expresamente una serie de ámbitos que no se englobarían dentro de estos principios, entre otros, la ordenación paisajística, las condiciones concretas para la expulsión de territorios protegidos o la colaboración con asociaciones de defensa de la naturaleza. En estas materias, por tanto, pueden apartarse los *Länder* de lo regulado por la Federación.

[39] Es decir, los peligros para las aguas que puedan proceder de instalaciones (fábricas, etc.) y los agentes contaminantes han de ser regulados de manera unitaria para todo el territorio federal.

[40] Por qué se excluye el que los *Länder* puedan apartarse de la regulación federal en lo que se refiere a los principios básicos de la protección de la naturaleza y no en lo relativo a los principios básicos de la economía hídrica (salvo en materia de instalaciones y de agentes contaminantes) es una de las inconsistencias sistemáticas que el informe del SRU detecta en el texto de la reforma (p. 17).

caza, que hasta ahora era objeto de legislación marco, pasa a ser objeto de legislación concurrente (art. 74.1.28 GG) sin sujeción a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG, aunque se da a los Länder la posibilidad de apartarse de la regulación federal, salvo en materia de licencias de caza (art. 72.3.1 GG). Problemas de delimitación competencial podrían darse en la regulación de la protección de las especies cuando ésta se base en la protección de la naturaleza (aquí los Länder, por previsión expresa del artículo 72.3.2 GG no tienen posibilidad de apartarse de la normativa federal, según se ha visto en el punto anterior) y cuando ésta se base en la protección de la caza y en la conservación de las explotaciones cinegéticas, porque ahí sí que se reconoce a los Länder la posibilidad de apartarse de las normas de la Federación[41].

• Se crea un nuevo título competencial en materia de protección contra las radiaciones («Strahlenschutz»), que se atribuye en exclusiva a la Federación (art. 73.1.9a GG). Siguen faltando, sin embargo, títulos competenciales específicos para las materias «protección del clima», «energías renovables», o «productos químicos», que previsiblemente seguirá regulando la Federación apoyándose, como hasta ahora, en títulos competenciales como el «Derecho de la economía», objeto de legislación concurrente (art. 74.1.11 GG) sujeta a la cláusula del artículo 72.2 GG.

• En el ámbito de la organización y el procedimiento administrativos, se ha modificado el artículo 84.1 GG[42], y ello también tiene consecuencias en materia medioambiental: a partir de ahora, la Federación puede aprobar normas relativas a la organización y el procedimiento administrativos cuan-

---

[41] Véase DIETLEIN (pp. 4 y s.). ERBGUTH sugiere (p. 3) que se fije también en este caso un núcleo duro del que no puedan apartarse los *Länder*.

[42] Hasta ahora la Federación necesitaba contar con el consentimiento del *Bundesrat* para poder aprobar leyes federales en las que se contuviesen normas, aunque sólo fuese una, relativas a la organización de la Administración de los *Länder*, al procedimiento administrativo, a la aprobación de tasas administrativas, o a los requisitos de notificación de los actos administrativos, porque la ejecución de leyes federales está, con carácter general, en manos de los *Länder*. Presupuesto, de todos modos, para que el legislador federal pueda incluir preceptos de esta naturaleza en una ley era, según el propio artículo 84.1 GG, que la ejecución de la ley federal en cuestión correspondiese a los *Länder* como tarea propia, que es la regla general según el artículo 83 GG. La exigencia del voto favorable del *Bundesrat* alcanzaría también, según la opinión mayoritaria, pese a no estar expresamente contemplado en el artículo 85.1 GG, a aquellas leyes federales que contienen regulaciones sobre el procedimiento administrativo y cuya ejecución corresponde a los *Länder* no como tarea propia, sino por encargo de la Federación (*Bundesauftragsverwaltung*). El Tribunal Constitucional Federal alemán no se ha pronunciado expresamente a este respecto, aunque así parece deducirse de su sentencia BVerfGE 26, 338 (385). El artículo 85.1 GG no ha sido objeto de reforma en este sentido en 2006.

do los Länder ejecuten leyes federales, pero sin contar como hasta ahora con el consentimiento del Bundesrat, si bien se permite en adelante a los Länder adoptar normas con rango de ley que se aparten de lo regulado en este punto en la normativa federal. Sólo en el supuesto excepcional de que «necesidades especiales reclamen una regulación unitaria para todo el territorio federal» podrá la Federación aprobar normas relativas al procedimiento administrativo sin que los Länder puedan apartarse de esa regulación, aunque para eso sí que se necesita contar con el consentimiento del Bundesrat (art. 84.1.3 y 4 GG)[43]. Pues bien, según el Acuerdo de Coalición, y esta referencia se incorpora también a la fundamentación que acompaña al Proyecto de Ley para la Reforma de la Ley Fundamental de Bonn presentado por las fracciones de la CDU/CSU y del SPD ante el Bundestag alemán[44], la regulación del Derecho procedimental medioambiental constituye normalmente una de tales excepciones que reclaman una regulación unitaria de la que los Länder no podrán apartarse. Hubiera sido en cualquier caso deseable, por razones de seguridad jurídica, anclar este acuerdo de forma expresa en el texto constitucional[45].

Hay que tener en cuenta que la finalidad principal que se persigue con la reforma constitucional en materia de medio ambiente es, tal como figura

---

[43] Artículo 84.1 GG en su nueva formulación: «Cuando los *Länder* ejecuten las leyes federales como asunto propio regularán ellos mismos la constitución de las autoridades y el procedimiento administrativos. Si una ley federal dispusiese algo diferente, los *Länder* podrán adoptar una regulación que se aparte de ello. Si un *Land* hubiese adoptado una regulación diversa de acuerdo con la frase anterior, las reglas posteriores contenidas en una ley federal relativas en ese punto a la constitución de las autoridades y al procedimiento administrativo entrarán en vigor como muy pronto seis meses después de su promulgación, salvo que con el voto favorable del *Bundesrat* se disponga otra cosa. La frase tercera del apartado 3 del artículo 72 se aplica en consecuencia. En casos excepcionales podrá la Federación, si existe una necesidad especial de una regulación federal unitaria, regular el procedimiento administrativo sin que los *Länder* tengan la posibilidad de apartarse de esta regulación. Estas leyes necesitarán el voto favorable del *Bundesrat*. A los municipios y las federaciones de municipios no se pueden transferir tareas mediante ley federal». La estructura del nuevo artículo 84.1 GG la explica gráficamente MÖLLERS (pp. 1 y s.) hablando de la existencia de tres niveles: 1) En un primer nivel pueden los *Länder* regular la organización y el procedimiento administrativos necesarios para ejecutar, como tarea propia, el Derecho federal en su territorio; 2) En un segundo nivel puede la Federación aprobar normas en materia de procedimiento administrativo sin necesidad de contar con el voto favorable del *Bundesrat*, pero de las que los *Länder* podrán apartarse mediante normas con rango de ley; 3) En un tercer nivel puede la Federación, en determinados supuestos y siempre contando con el voto favorable del *Bundesrat*, aprobar reglas en esta materia de las que los *Länder* no podrán apartarse. La novedad sustancial la constituye el segundo nivel.

[44] *BT Drucksache* 16/813, de 7 de marzo de 2006, p. 15.

[45] En este sentido el informe del SRU, p. 27. También ZIEHM (p. 5) y SCHRADER (p. 15).

en el Acuerdo de Coalición, que la Federación pueda aprobar en el futuro un Código de Derecho Medioambiental que ordene de forma sistemática la pluralidad de normas, algunas de ellas contradictorias, que actualmente existen en esta materia. Con ello se pretende fundamentalmente reforzar, sobre todo mediante una simplificación y unificación de los procedimientos de concesión de licencias y autorización de proyectos, el atractivo de Alemania como lugar de establecimiento de empresas. Qué valor tendrá ese Código y en qué quedarán los objetivos que con él se persiguen cuando los Länder empiecen a apartarse de las normas en él contenidas es algo que los críticos de la reforma ya se están planteando[46].

Resumiendo puede decirse que la reformada Ley Fundamental de Bonn contempla en materia de medio ambiente cinco títulos competenciales diferentes:1) competencia exclusiva de la Federación en materia de protección contra las radiaciones; 2) competencia exclusiva de los Länder en materia de lucha contra el ruido procedente de instalaciones deportivas y de ocio; 3) competencia concurrente de la Federación con tres variantes: a) con vinculación de la Federación a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2. GG en materia de gestión de residuos y de Derecho de la economía (título competencial en el que se tendrá que seguir apoyando la Federación como hasta ahora para regular, entre otras, materias como la protección del clima, las energías renovables, o la seguridad de los productos químicos, que siguen sin ser mencionadas expresamente en el texto de la Ley Fundamental); b) sin vinculación de la Federación a la «cláusula de imprescindibilidad» y sin posibilidad de que los Länder puedan apartarse de la regulación federal en materia de protección contra la contaminación atmosférica y la lucha contra el ruido (con las excepciones señaladas) así como en los ámbitos expresamente excluidos en materias en las que, en principio, sí que pueden apartarse los Länder de la legislación federal; c) sin vinculación de la Federación a la «cláusula de imprescindibilidad» y con posibilidad para los Länder de apartarse de la legislación federal en materia de protección de la naturaleza y ordenación territorial y en determinados ámbitos de la materia «economía hídrica».

---

[46] Véase el informe del SRU, pp. 16 y ss. KLOEPFER considera que estos temores están injustificados (pp. 2 y siguiente, y p. 10), básicamente porque los *Länder* también estarán sujetos al apartarse de la normativa federal a las numerosas normas comunitarias en la materia y a los límites que éstas impongan, y porque no necesariamente los *Länder* rebajarán el nivel de protección del medio ambiente contenido en el futuro Código, sino que cabe pensar también que los que hagan uso de la posibilidad de apartarse de él lo hagan para elevar los *standards* en él contenidos, algo que el informe del SRU no ve tan claro. También optimista RUTHIG (p. 8).

En general puede decirse que el nuevo reparto de competencias en materia de medio ambiente tiene algunos aspectos que en principio hay que valorar como muy positivos, pero parece garantizada la aparición de numerosos conflictos entre la Federación y los Länder cuando cada uno de estos entes empiece a hacer uso de sus respectivas competencias. Esos conflictos se tendrán que resolver, o bien acudiendo al Tribunal Constitucional Federal, o bien mediante acuerdos entre la Federación y los dieciséis Länder fuera de los cauces parlamentarios habituales de toma de decisiones (Bundesrat)[47]. Además, es más que probable que esta fragmentación de la competencia sobre las materias medioambientales y la posibilidad de los Länder de apartarse en muchos ámbitos de la legislación federal genere (mejor dicho, siga generando) problemas a la hora de transponer en Derecho interno alemán las Directivas comunitarias en materia de medio ambiente[48].

3.2. c) Enseñanza

3.2. c).1. Educación primaria y secundaria

La enseñanza a nivel de educación primaria y secundaria, que era el asunto que hizo fracasar el intento de reforma de 2004, pasa a quedar en manos en exclusiva de los Länder, algo que en la práctica ya ocurría antes de la reforma, mientras que la Federación conserva su competencia en

---

[47] Véase en este sentido más ampliamente el informe del SRU, pp. 33 y s.

[48] Se refiere ampliamente a ello EPINEY (pp. 2 y ss), a quien me remito. Lo destaca también ZIEHM (p. 6). En ese sentido ha manifestado también sus temores ante el texto de la reforma constitucional el Comisario de Medio Ambiente de la Unión Europea, Stavros Dimas (ZIEHM, pp. 6 y s.). Interesantes también las reflexiones de SCHRADER (en especial pp. 10 y ss). Esos problemas de transposición de Directivas en materias medioambientales a causa del federalismo ya existen en Alemania, como lo demuestra por ejemplo el hecho de que se haya concluido la primera fase de transposición de la Directiva 92/43/CEE sobre hábitats con once años de retraso porque los *Länder* Baja Sajonia, Bremen y Schleswig-Holstein no han mandado hasta febrero de 2006, y ello sólo debido a la presión de la Comisión Europea, sus propuestas de qué espacios naturales dentro de su territorio han de considerarse «lugares de importancia comunitaria», propuestas que según el artículo 4 de la Directiva tendrían que haberse presentado en junio de 1995 como muy tarde. Los problemas se incrementarán en este ejemplo concreto y en otros similares cuando el Estado alemán, responsable último de la adecuada transposición de la Directiva, sea incapaz de cumplir, precisamente por la previsible fijación normativa de estándares de protección diferentes en los *Länder* que se aparten de la normativa federal homogénea, las obligaciones que le impone esta Directiva (F. EKARDT, y R. WEYLAND, «Föderalismusreform und europäisches Verwaltungsrecht». *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 7/2006, p. 740).

materia de formación profesional fuera de las escuelas. La competencia exclusiva de los Länder en materia de educación primaria y secundaria es, en general, valorada negativamente por los expertos que han aportado su opinión a los trabajos de la Comisión para la Reforma del Federalismo en el Bundestag[49] a la vista, fundamentalmente, de los pésimos resultados obtenidos por los escolares alemanes en el estudio PISA[50], que apuntan hacia la necesidad de más competencia federal en esta materia y no de menos, para que Alemania pueda recuperar la posición que le corresponde a nivel internacional en este contexto[51]. También los maestros tienen ahora mismo dificultades extraordinarias para que su titulación y su experiencia, obtenida en un Land, sean reconocidas en los otros Länder, dificultades que no harán más que agravarse con el reforzamiento de las competencias de los Länder en la materia, hasta el punto de que se dice que es más fácil

---

[49] Puede verse, por ejemplo, STEINERT (en especial pp. 4 y ss), en su condición de Presidente de la Confederación de Padres de Alumnos. También LANDFRIED (p. 1).

[50] El último estudio PISA indica que más de una quinta parte del total de los jóvenes de quince años escolarizados en Alemania carecen de los conocimientos básicos imprescindibles (el porcentaje varía entre el 13 y el 32 por ciento según los *Länder* y según el área de conocimiento de que se trate); la proporción asciende a más de dos quintos cuando se trata de inmigrantes de la segunda generación. Por otra parte, Alemania es uno de los países de la OCDE donde la relación entre procedencia socioeconómica y éxito escolar está más acentuada, con diferencias también notables en este punto entre los distintos *Länder*. Los resultados medios de los tests realizados en el marco del estudio PISA muestran marcadas diferencias entre unos *Länder* y otros, también en el ámbito de la educación preuniversitaria, con lo que no está garantizada una base más o menos homogénea de conocimientos en el momento de acceder a la Universidad (HÜTHER, p. 3).

[51] Téngase en cuenta, además, que, incluso ahora, un cambio de escuela motivado por un traslado de la familia de un *Land* a otro va acompañado de dificultades extraordinarias para el niño o la niña, dada la existencia de leyes escolares diferentes en los distintos *Länder*, de diferentes períodos de escolarización obligatoria, de diferentes planes de estudios, de dieciséis modelos diferentes de formación profesional, de diferentes modelos de aprendizaje de lenguas extranjeras en la escuela, de diferentes edades para la escolarización obligatoria según cada *Land*, de diferentes libros de texto, sin que sea algo excepcional el que los alumnos que atraviesan por esta experiencia tengan que invertir más años en su formación escolar que si no hubiesen cambiado de *Land*. Esas dificultades no harán probablemente a partir de ahora sino incrementarse (lo apuntan STEINERT, p. 4, y THÖNE, p. 1, y G. SEIDEL, «Der unreformiebare Föderalismus». *Recht und Politik* 4/2005, p. 213). Mucho más optimista y convencido de la capacidad de los *Länder* para abordar con éxito las nuevas tareas que se le encomiendan HOFFMANN (p. 3). También KRAUS (p. 1), que considera que no es la competencia de los *Länder* en materia de enseñanza la responsable de los malos resultados de los escolares alemanes en el estudio PISA, y que a esa competencia hay que agradecer el que algunos *Länder* hayan alcanzado resultados más que satisfactorios en ese estudio: una competencia federal en la materia no haría sino equiparar por abajo a todos los *Länder* alemanes.

actualmente para un maestro procedente de otro país de la Unión Europea trasladarse a Alemania y empezar a ejercer su profesión en territorio germano o a la inversa que para un maestro alemán titulado en un Land trasladarse a otro Land dentro de Alemania[52].

La mayoría de los expertos reclaman un marco general y único en esta materia para todos los Länder que sólo será posible mediante reglas federales válidas y vinculantes en todo el territorio estatal que fijen estándares educativos mínimos que todos los Länder estén obligados a respetar. Sin ese marco único, la educación no podrá dar cumplimiento de forma efectiva y eficiente a las funciones, también económicas, que tiene asignadas (socialización, adquisición de competencias básicas, adquisición de una cualificación profesional, etc.)[53]. Los Länder podrían luego, al desarrollar los preceptos federales, estimular en ese marco la competencia entre las escuelas de su territorio, aunque la normativa federal garantizaría el que la competencia no se desarrollase en perjuicio de los colectivos más desfavorecidos desde el punto de vista educativo. Hüther destaca cómo, aunque la competencia en materia de enseñanza la tengan los Länder en exclusiva, va a corresponder al final a la Federación, a agencias federales o a las propias empresas poner los medios, también financieros, para subsanar las deficiencias en la adquisición de los conocimientos básicos que correspondería a los sistemas escolares de los Länder proporcionar y que éstos no proporcionen. Asimismo, si la capacidad de los estudiantes para acceder a la Universidad no está garantizada por la posesión de unos conocimientos básicos homogéneos en todo el territorio federal, las Universidades tendrán que subsanar esas deficiencias, bien estableciendo sus propias pruebas de acceso para asegurar que los estudiantes que lleguen a ellas tienen un determinado nivel de conocimientos, o bien prolongando la duración de los estudios universitarios para suplir aquellas carencias[54]. Lo mismo ocurre con las empresas si no pueden confiar en que la posesión de un determinado título escolar acredite la posesión de un mínimo y homogéneo nivel de competencia y conocimientos en todo el territorio federal[55], lo cual ya es un hecho, según constata Kraus[56]. Hay muchas dudas

---

[52] THÖNE, como representante del sindicato Educación y Ciencia (p. 1).

[53] HÜTHER (pp. 2 y ss).

[54] Algunas Universidades alemanas se están ya planteando ofrecer cursos complementarios de lengua alemana, incluso obligatorios, a sus estudiantes para suplir con ello las deficiencias de la educación primaria y secundaria en este punto que dificultan notablemente la transmisión, adquisición y evaluación de conocimientos dentro de la Universidad.

[55] HÜTHER (pp. 3 y s.).

[56] En su informe como experto ante el *Bundestag*, p. 3.

además acerca de la capacidad de los Länder, en particular de los más pobres, para financiar a partir de ahora por sí solos las reformas que se consideran necesarias en materia de educación primaria y secundaria[57].

El reforzamiento de la competencia de los Länder en el ámbito de la enseñanza traerá consigo, por otro lado, un reforzamiento en la posición y la función de la Conferencia de Ministros de Educación, donde están representados los Ministros de Educación de cada uno de los Länder, y que será la responsable a partir de ahora de fijar, mediante técnicas de cooperación, las líneas maestras de una serie de cuestiones básicas en materia educativa, también a nivel universitario, que luego cada Land se encargará de desarrollar. Las cuestiones básicas, por tanto, no serán decididas por los Parlamentos regionales, ni, naturalmente, en el Bundestag o el Bundesrat, sino en el seno de este órgano de cooperación entre los Gobiernos regionales, que además celebra sus sesiones a puerta cerrada[58], y que se ha mostrado hasta la fecha incapaz de hacer frente satisfactoriamente a las tareas que le corresponden[59].

El único residuo competencial que le queda a la Federación en este ámbito se recoge en la nueva redacción del artículo 91b.2 GG, según el cual «la Federación y los Länder pueden, sobre la base de acuerdos, colaborar en la elaboración de informes y recomendaciones para determinar la capacidad de rendimiento del sistema escolar a nivel internacional», precepto orientado únicamente a estimular la cooperación entre la Federación y los Länder en estudios internacionales comparativos, como el famoso estudio PISA.

---

[57] HÜTHER (p. 4).

[58] Lo destaca THÖNE (p. 8). También se refiere a ello H. J. PAPIER, op. cit., p. 2, quien de manera contundente llega a la conclusión en general, no sólo en el caso de la Conferencia de Ministros de Educación, de que «el sentido de una reforma del federalismo en el ámbito de la competencia legislativa no puede ser el que una competencia que hasta ahora era de la Federación sea simplemente sustituida por un complicado proceso de coordinación entre los *Länder*, al final del cual resulta una norma en definitiva unitaria para toda la Federación, sólo que cumplimentada dieciséis veces por leyes regionales. Una refederalización de la legislación sólo tiene sentido, en otras palabras, cuando los *Länder* –en especial los Parlamentos regionales- reciben o encuentran de nuevo la posibilidad, la voluntad y la fuerza de una auténtica estatalidad y de una configuración propias».

[59] Piénsese sólo en las enormes dificultades que ha tenido la Conferencia de Ministros de Educación para sacar adelante una reforma de la ortografía alemana aplicable en todos los *Länder*; o en el hecho, que destaca HÜTHER (p. 5), de que la Conferencia ha sido hasta la fecha incapaz de introducir estándares mínimos de calidad vinculantes, de reducir o siquiera de suavizar las interacciones interregionales negativas, o de asegurar la no rivalidad entre los *Länder* en el cumplimiento de las funciones educativas «socialización» y «adquisición de conocimientos básicos».

3.2. c).2. Enseñanza superior y Universidades

Hasta ahora, la Federación tenía atribuida constitucionalmente la competencia para dictar leyes-marco sobre los principios generales del sistema universitario (antiguo art. 75.1.1a GG), competencia cuyo ejercicio estaba sujeto a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG. La reforma de la Ley Fundamental de Bonn suprime ahora la legislación marco en general, y pasa a atribuir a la Federación la competencia concurrente sólo para legislar sobre admisión en la Universidad («Hochschulzulassung») y sobre títulos universitarios («Hochschulabschlüsse»), materias que no están sometidas a la «cláusula de imprescindibilidad», si bien se da a los Länder la posibilidad de apartarse de la regulación que pueda elaborar la Federación (art. 74.1.33 GG, en conexión con los apartados 2 y 3.1.6 del artículo 72 GG)[60]. La competencia en materia de admisión en la Universidad pretende dar a la Federación la posibilidad de regular de manera unitaria los procedimientos de selección y de adjudicación de plazas, en particular en aquellas titulaciones con «numerus clausus». Expresamente excluida de este título competencial queda la polémica cuestión de las tasas universitarias, cuya fijación corresponde por tanto a los Länder. La competencia en materia de «títulos universitarios», por su parte, permite a la Federación regular de manera unitaria, no sólo los títulos en sí y el nivel de cualificación necesario para alcanzarlos, sino también la duración mínima de las distintas titulaciones[61].

El resto de la materia pasa a ser competencia exclusiva de los Länder[62]; es decir, que éstos pueden a partir de ahora regular, sin sujeción a normas federales, la constitución y organización de las Universidades y Escuelas Técnicas Superiores, sus deberes, su dotación, y la posición jurídica de su

---

[60] La posibilidad de apartarse de la normativa federal se reconoce a los *Länder* desde el momento en que el legislador federal haya regulado esta materia tras la reforma o, incluso en ausencia de nueva regulación federal, en todo caso desde el 1 de agosto de 2008 (art. 125b.1.3 GG). La previsible falta de una regulación unitaria a nivel federal en materia de acceso a la Universidad y de títulos universitarios no es visto por Steinberg como un problema ni generará en su opinión un caos, porque, según él, los *Länder* actuarán de manera inteligente y responsable y mantendrán la movilidad mediante técnicas de coordinación (acuerdos entre *Länder*) (STEINBERG, p. 4). Críticos con la posibilidad de los *Länder* de apartarse de la legislación federal en este punto se muestran prácticamente el resto de los expertos consultados por el *Bundestag*, incluida la Conferencia de Rectores de Universidades alemanas (véanse, por ejemplo, SCHNEIDER, p. 1, y HÜTHER, p. 8).

[61] *BT Drucksache* 16/813, de 7 de marzo de 2006, p. 14.

[62] El Derecho actualmente vigente en esta materia seguirá en vigor (art. 125a.1.1 GG), pero puede a partir de ahora ser reemplazado por Derecho de los *Länder* (art. 125a.1.2 GG).

personal[63]. Sólo se deja sin modificar la competencia concurrente de la Federación en materia de ayudas a la formación profesional y de promoción de la investigación científica (art. 74.1.13 GG), que sigue con ello también sujeta a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG y, por tanto, impracticable, porque ninguno de los criterios determinantes de la «imprescindibilidad» de la legislación federal es fácilmente aplicable a este título competencial[64]. La Federación sigue siendo competente para regular, al amparo del título competencial «Derecho del trabajo» (art. 74.1.12 GG), la relación del personal laboral al servicio de las Universidades y Escuelas de Enseñanza superior, competencia concurrente que deja de estar sujeta a la «cláusula de imprescindibilidad»[65].

Se suprime la tarea común («Gemeinschaftsaufgabe»[66]) «construcción de Universidades» y con ello la financiación mixta para la construcción de Universidades y Hospitales Clínicos Universitarios (antiguo art. 91a.1 GG), aunque los Länder seguirán percibiendo transitoriamente, en principio hasta 2013, fondos públicos de la Federación en los términos previstos en el nuevo artículo 143c GG y en el artículo 13.2 de la Ley de Acompañamiento a la Ley de Reforma Constitucional. Eso quiere decir que a partir de ahora, a salvo de lo dispuesto en esa regla transitoria, la construcción de Universidades o de nuevas Facultades queda en manos exclusivamente de los medios financieros (en general muy escasos) de los Länder, lo cual es duramente criticado por Hüther[67] y Landfried[68], porque además ninguna norma

---

[63] Lo previsible es, en cualquier caso, que en el futuro se evolucione hacia un reforzamiento de la autonomía universitaria y que dentro de unos años sean las propias Universidades y Escuelas Técnicas Superiores las que regulen de manera autónoma las cuestiones de organización, personal, medios financieros e, incluso, admisión que les afecten, y que el papel del Estado se limite al aseguramiento de niveles determinados de calidad (véase E. HANSALEK, «Die neuen Kompetenzen des Bundes im Hochschulrecht». *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* núm. 6, 2006, p. 669).

[64] Lo constata MEYER, p. 3.

[65] Para los funcionarios al servicio de las Universidades vale lo dicho anteriormente al hablar del reparto de competencias entre la Federación y los *Länder* en materia de función pública, a lo cual me remito.

[66] La categoría de las «tareas comunes» fue introducida en 1969 en la Ley Fundamental de Bonn. Su artículo 91a, que enumera exhaustivamente la lista de tareas comunes, establece que la Federación colaborará en el cumplimiento de tareas de los *Länder* cuando dichas tareas sean relevantes para la totalidad y la colaboración de la Federación sea imprescindible para mejorar las condiciones de vida. La colaboración de la Federación se centra en su participación en la planificación marco y en la ejecución de la tarea en cuestión, lo que supone que la Federación asume una parte importante de los costes que todo ello conlleva. Ello a su vez ha supuesto un incremento notable en la capacidad de influencia de la Federación en tareas que en realidad son competencia de los *Länder*.

[67] HÜTHER, p. 6.

[68] LANDFRIED, p. 7.

obliga a los Länder a partir de 2013 a destinar fondos a tales fines. La Federación sólo puede cooperar en la construcción de centros de investigación y en la compra de grandes aparatos destinados a la investigación.

Sí se mantiene la cofinanciación[69] para estimular el desarrollo de proyectos de investigación científica de importancia supra-regional dentro o fuera de las Universidades y Centros de Enseñanza Superior (art. 91b GG). La cofinanciación en materia de docencia y formación, que no de investigación, universitarias[70] queda excluida en adelante por efecto del nuevo artículo 104b.1.2 GG, que suprime las ayudas financieras en materias que sean de competencia exclusiva de los Länder, regla que naturalmente también va a afectar a la financiación por parte de la Federación de programas en el ámbito de la educación primaria y secundaria, lo que se teme que en conjunto afecte negativamente a la calidad de la oferta educativa sobre todo en los Länder más pobres.

La supresión de la competencia marco en materia de Universidades se veía como algo inevitable desde 1994 en que, con la reforma del artículo 72.2 GG y con la estricta interpretación que de los criterios de «imprescindibilidad» ha hecho desde entonces el Tribunal Constitucional, el legislador federal quedó prácticamente imposibilitado para hacer uso de la competencia en esta materia. En ese sentido no ha habido sorpresas. La mayoría de los expertos consultados considera, no obstante, necesarias, igual que en educación primaria y secundaria, mayores competencias federales, y no menos, en materia de Universidades, para asegurar la calidad de las mismas y su competitividad a nivel internacional[71].

---

[69] También es posible que se acuerde entre la Federación y los *Länder* que sea la Federación la única que financie el proyecto de que se trate (*BT Drucksache* 16/813, de 7 de marzo de 2006, p. 16).

[70] Esta separación entre docencia e investigación universitarias es criticada por SCHNEIDER (p. 1) como algo ajeno al sistema alemán y también muy duramente por LANDFRIED (p. 6). Véase también THÖNE (p. 14), y el informe del DAAD como experto ante el *Bundestag*, p. 3: "la necesidad de inversión e innovación en la formación y la docencia universitarias en las Universidades y Escuelas de Enseñanza Superior alemanas es como mínimo tan urgente como en la investigación" (afirmación que confirma el informe de la Conferencia de Rectores de Universidades alemanas ante el *Bundestag*, p. 1).

[71] En este sentido, por ejemplo, M. STOCK, "Föderalismusreform: Mit der Großen Koalition ins Abenteuer? «Die Rahmengesetzgebung wird abgeschafft» - Was wird aus dem deutschen Umweltrecht?". *Zeitschrift für Umweltrecht* 3/2006, p. 119, y THÖNE (p. 3). Otros autores, sin embargo, ven en la competencia exclusiva de los *Länder* en materia de Universidades una manera de estimular la competencia entre éstas y su especialización (STEINBERG, p. 4).

3.2. d) Otras materias

3.2. d).1. Ampliación del catálogo de materias objeto de competencia exclusiva de los Länder

Numerosas materias que antes eran objeto de legislación concurrente (art. 74.1 GG) pasan a ser competencia exclusiva de los Länder, al excluirse expresamente del enunciado del artículo 74.1 GG o suprimirse en éste la referencia expresa a las mismas, con lo cual, por efecto del artículo 70 GG, vuelven a caer automáticamente en el ámbito competencial de los Länder. Las más importantes de estas materias son las siguientes:

• La ejecución de las penas y de la prisión provisional (art. 74.1.1 GG). La competencia legislativa en materia de Derecho penal, Derecho de las medidas de seguridad y Derecho procesal penal sigue correspondiendo (como competencia concurrente[72]) a la Federación, aunque deja de estar sujeta a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG, mientras que la competencia legislativa exclusiva en materia de ejecución de penas pasa a atribuirse a los Länder[73], que han sido hasta la fecha los encargados de ejecutar la normativa federal en esta materia[74]. El temor a que los Länder hagan uso de esta competencia para endurecer el régimen de ejecución de las penas, sobre todo de las privativas de libertad, con fines populistas ha sido ya manifestado por algunos autores[75]. Hay otros autores que conside-

---

[72] Aunque con ciertas peculiaridades, como explica Ch. MAIWALD, "Die Gesetzgebungszuständigkeit im Strafrecht". *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1/2006, p. 19.

[73] En este sentido, por ejemplo HUBER (p. 24) se manifiesta partidario de mantener la competencia legislativa en materia de ejecución de las penas en manos de la Federación, precisamente por la vinculación entre esta materia y el Derecho Penal, el Derecho procesal penal y el Derecho de las medidas de seguridad, que siguen siendo competencia de la Federación. La transferencia de la competencia sobre esta materia a los *Länder* se produjo casi por sorpresa durante las negociaciones de la Comisión para la Reforma del Federalismo, sin que se aportase ningún tipo de justificación objetiva para ello y sin que haya habido discusión al respecto, ni en el seno de la Conferencia de Ministros de Justicia ni en el Comité de los *Länder* para la Ejecución de las Penas ni en los Parlamentos, y sin que los *Länder* hubiesen reclamado hasta diciembre 2004 asumir esta competencia (lo denuncia MAELICKE, pp. 1 y s.).

[74] El argumento de la experiencia material y organizativa de los *Länder* en este terreno es el que emplean AUMÜLLER (p. 1) y LÜCKEMANN (p. 2) para justificar que sean los *Länder* los titulares a partir de ahora de la competencia legislativa sobre esta materia.

[75] Véanse por todos los informes de LANGE-LEHNGUT y de SEEBODE como expertos ante el *Bundestag*. Téngase en cuenta que la legislación penal federal prevé la pena de privación de libertad para numerosos delitos, pero no define cuál es el contenido de ésta, lo cual corresponde a la legislación en materia de ejecución de penas, que pasa a partir de

ran ese peligro conjurado por la propia Ley Fundamental, en particular, por los derechos fundamentales que en ella se recogen y por la interpretación que de los mismos hace, en particular en relación a la ejecución de las penas, el Tribunal Constitucional Federal[76], lo cual, junto con el Derecho penal material, que sigue siendo competencia de la Federación, y con las normas europeas en esta materia, garantizaría una cierta unidad jurídica básica, que podría completarse con acuerdos entre los Länder para facilitar la necesaria y deseable coordinación[77]. Otro temor expresado por algunos autores es el de que los Länder decidan de ahora en adelante reducir sus inversiones en prisiones y en resocialización de los condenados a penas de privación de libertad y que ello redunde a la larga en mayores tasas de reincidencia y en un incremento de la delincuencia[78]. Hasta la Ministra Federal de Justicia se ha pronunciado a favor de una regulación unitaria de esta materia a nivel federal, como única vía para garantizar la unidad jurídica, la calidad de las instalaciones y de la atención a los reclusos, y la igualdad de oportunidades de éstos[79].

• El derecho de reunión (art. 74.1.3 GG). Hasta ahora la Federación había regulado de forma casi exhaustiva esta materia a través de una anticuada ley de 1953, dejando margen a los Länder para regular solamente la cuestión de los costes ocasionados por la celebración de reuniones y manifestaciones y de las medidas a adoptar con carácter previo a la celebración de la reunión o al término de la misma, aunque hay que decir que, precisamente por lo anticuado de la ley de 1953, la mayor parte del Derecho actualmente vigente en esta materia es, sobre todo desde 1985, Derecho jurisprudencial. A partir de ahora, la materia pasa a ser objeto de la competencia exclusiva de los Länder, al modificarse el art. 74.1.3 GG, que sólo mantiene como objeto de la competencia concurrente el derecho de asociación.

---

ahora a quedar en manos de los *Länder*. Esto podría suponer una vulneración del principio de legalidad penal del artículo 103.2 GG según SEEBODE (pp. 5 y s.).

[76] AUMÜLLER (pp. 2 y s.) y ROBBERS (p. 2).

[77] ROBBERS (pp. 4 y s.).

[78] MOSER (p. 3). LÜCKEMANN, tomando como ejemplo a Baviera, el *Land* donde el gasto diario por recluso es menor, niega que ese temor tenga fundamento (pp. 8 y s.).

[79] Véase MAELICKE (p. 3). Este autor destaca que también las Iglesias, los sindicatos, más de cien catedráticos alemanes de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Criminología, y catorce antiguos Ministros de Justicia, federales o de los *Länder*, de distintos partidos políticos se han mostrado contrarios a que los *Länder* asuman la competencia legislativa exclusiva en esta materia (p. 5). En este sentido se ha pronunciado también la Asociación Federal de Directores de Prisiones en su informe ante el *Bundestag*.

Los más críticos con la atribución de esta competencia a los Länder[80] temen sobre todo que el derecho de reunión acabe siendo configurado de manera muy diversa en unos puntos y otros del territorio federal, y consideran además que por la propia naturaleza del objeto, la competencia legislativa habría de corresponder a la Federación[81], aunque hay que tener en cuenta en cualquier caso que el margen de regulación de los Länder en los aspectos esenciales no es tan grande, porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y de los Tribunales administrativos sobre este derecho fundamental ya marca numerosos límites a la configuración legal del mismo. En cualquier caso, el hecho de que al final acabe habiendo dieciséis leyes que regulen de manera diferente (siempre respetando las directrices marcadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional) traerá previsiblemente consigo dificultades prácticas cuando se trate, como ocurre con frecuencia, de garantizar la seguridad de una concentración masiva o de una manifestación con miembros del Cuerpo de Policía de otro Land o de la Policía Federal, que habrán de ser previamente instruidos en la regulación en materia de derecho de reunión y de manifestación del Land donde han de intervenir[82].

• El derecho de los asilos y de las residencias para ancianos y discapacitados («Heimrecht») (art. 74.1.7 GG). El hecho de que la Federación deje de determinar a partir de ahora de forma unitaria niveles mínimos de calidad en la asistencia estacionaria a ancianos e incapacitados en estas instituciones hace temer a algunos autores un aumento notable de la burocracia, y un empeoramiento en la calidad del cuidado a estas personas motivado fundamentalmente por un afán de disminuir costes[83].

• El horario de cierre de los comercios y la regulación de los hoteles y locales de restauración, teatros, casinos, ferias, exposiciones y mercados (art. 74.1.11 GG). Los Länder regularán de manera particular y adaptada a sus peculiaridades la dimensión económica del horario de apertura y cierre de los comercios, mientras que la dimensión relativa a la protección de los trabajadores del sector del comercio seguirá siendo regulada de manera

---

[80] HUBER (p. 25) y BATTIS (p. 4). Las normas de la Federación que estén vigentes en materia de derecho de reunión se mantienen en principio en vigor y podrán ir siendo sustituidas por Derecho de los *Länder* (art. 125a.1 GG).

[81] HUBER (p. 25) y KUTSCHA (p. 2).

[82] Lo destaca POSCHER (p. 8).

[83] VERHÜLSDONK (p. 1) y FRANK (p. 7). Otros autores, como PITSCHAS, se muestran por el contrario convencidos de que la descentralización en este ámbito es el camino correcto (pp. 7 y ss).

unitaria a nivel federal como parte de la materia «legislación laboral», que sigue siendo objeto de la competencia legislativa concurrente de la Federación (art. 74.1.12 GG)[84].

• El ruido generado por instalaciones deportivas y de ocio o por instalaciones con un fin social (art. 74.1.24 GG), a lo que ya se hizo referencia con anterioridad al hablar del medio ambiente.

• La carrera profesional, el sueldo y la previsión social de los funcionarios de los Länder, los municipios y otras corporaciones de Derecho público (por vía de la supresión de los artículos 74a y 75.1 GG), a lo que también se ha hecho ya alusión.

• La regulación del derecho de prensa, que antes era objeto de legislación marco, también pasa a ser competencia exclusiva de los Länder.

Antes de concluir el análisis del catálogo de materias que pasan a ser competencia exclusiva de los Länder me parece interesante hacer referencia a una materia que la «Gran Coalición» en su Proyecto de Reforma Constitucional pretendía atribuir en exclusiva a los Länder pero que al final seguirá siendo, como hasta ahora, objeto de competencia legislativa concurrente: el notariado (art. 74.1.1 GG).

En el texto de la Ley de Reforma finalmente aprobado en el Bundestag y en el Bundesrat el notariado sigue siendo objeto de la competencia legislativa concurrente de la Federación[85], que ha regulado hasta la fecha de manera exhaustiva esta materia en numerosos preceptos del Código Civil alemán (BGB) que se refieren a la forma de determinados negocios jurídicos, en la «Beurkundungsgesetz» (Ley de Escrituras Públicas), en la «Bundesnotarordnung» (Ordenanza Federal del Notariado), en la «Kostenordnung» (Orden sobre Tasas), y en numerosos preceptos procesales relativos, por ejemplo, entre otras cuestiones, a la ejecutividad de los títulos notariales. Esta normativa pudo ser aprobada porque reglas federales unitarias en esta materia se consideraron imprescindibles de acuerdo con los criterios del artículo 72.2 GG.

La intención del Proyecto de Reforma presentado ante el Bundestag el 7 de marzo de 2006 era la de limitar la competencia concurrente de la

---

[84] Véase FRANK (p. 7).

[85] La Ley Fundamental reconoce en su artículo 138 a los *Länder* Baviera y Baden-Württemberg un derecho de veto cuando la regulación del notariado afecte a las peculiaridades que, por motivos históricos, esta institución presenta en diversos territorios de esos *Länder* («Las modificaciones de los órganos del notariado ahora existentes en los Länder Baden, Baviera, Württemberg-Baden y Württemberg-Hohenzollern precisarán el consentimiento de los Gobiernos de estos Länder»).

Federación en esta materia al «Derecho de las escrituras públicas» («Recht der Beurkundung»), del que quedaría excluido expresamente el Derecho de las tasas notariales. La materia que no se atribuyese a la competencia concurrente de la Federación pasaría automáticamente a ser de la competencia legislativa exclusiva de los Länder. Los expertos que se ocuparon del tema criticaron muy duramente el que el notariado (con la sola excepción del «Derecho de las escrituras públicas») pasase a ser competencia legislativa exclusiva de los Länder[86], no sólo porque la reforma se consideraba absolutamente innecesaria, contraria a la evolución histórica de la institución en Alemania, y opuesta a la tendencia en el Derecho comparado, sino fundamentalmente porque no se consideraba que la reforma fuese a ser ventajosa en absoluto para los ciudadanos[87]. Todo lo contrario: con toda probabilidad se habrían planteado con mucha frecuencia complicados problemas de delimitación entre la competencia de la Federación y la competencia de los Länder que hasta ahora en materia de notariado no existen; los Länder habrían podido establecer diferentes niveles de cualificación para ejercer la profesión de notario o, para evitar tales diferencias, habría tenido que recurrirse a la coordinación entre los distintos Länder, con considerables costes de tiempo y de dinero; los Länder podrían haber emprendido una competición entre sí para ofrecer los servicios notariales a precios más bajos que los otros Länder, lo cual haría que acabase resintiéndose la calidad del servicio ofrecido; y todo ello podría haber acabado en definitiva creando obstáculos al tráfico jurídico dentro y fuera de Alemania que ahora mismo no existen[88] y que repercutirían sin duda en la competitividad internacional de las empresas alemanas y de Alemania como foro de negocios. Además, durante la tramitación del Proyecto de Ley de Reforma no se explicó en ningún momento en qué medida los criterios que hacían hasta ahora imprescindible una regulación unitaria en esta materia habían dejado de darse[89]. Al final los grupos parlamentarios de la CDU/CSU y del SPD se han puesto en el último minuto de acuerdo para no reformar la Ley Fundamental en este punto, para satisfacción de todos.

---

[86] Véase por todos el informe de STÜRNER como experto ante el *Bundestag*.

[87] Véase sobre todo esto los interesantes y coincidentes informes de BURNS, en especial pp. 6 y ss, y SANDKÜHLER, en especial pp. 7 y ss.

[88] Todas estas críticas en los informes de BURNS, pp. 12 y ss, y SANDKÜHLER, pp. 8 y ss.

[89] Lo destaca SANDKÜHLER (p. 3). Eso le hacía temer que en realidad no hubiese razones jurídico-materiales que justificasen este traslado de la competencia a los *Länder* y que ello obedeciese exclusivamente a concesiones políticas (p. 4).

3.2. d).2. Ampliación del catálogo de materias objeto de competencia legislativa exclusiva de la Federación

A la Federación le corresponde a partir de ahora en exclusiva la competencia para legislar en materia de armas y materiales explosivos (nuevo art. 73.1.12 GG), uso pacífico de la energía atómica (nuevo art. 73.1.14 GG), y asistencia a los damnificados por la guerra (nuevo art. 73.1.13 GG), materias todas ellas que antes eran objeto de legislación concurrente[90]. La protección del patrimonio cultural para evitar su expatriación (nuevo art. 73.1.5a GG) y las materias «empadronamiento y expedición de documentos de identidad» («Melde- und Ausweiswesen», nuevo art. 73.1.3 GG), que antes eran objeto de la legislación marco, pasan a ser también objeto de competencia legislativa exclusiva de la Federación.

Se crea asimismo un nuevo título competencial, que se atribuye en exclusiva a la Federación, en materia de defensa preventiva frente al terrorismo internacional[91] cuando el peligro afecte a más de un Land, o cuando no se pueda reconocer la competencia de una autoridad policial a nivel de Land, o cuando la autoridad policial superior de un Land pida a la autoridad federal que asuma ella misma la competencia. El ejercicio de esta competencia la atribuye la propia Constitución en todo caso a la Agencia Federal contra el Crimen («Bundeskriminalamt»). Para la regulación de esta materia se precisa una ley federal (o que se complemente la ley federal vigente que regula la Agencia Federal contra el Crimen) que cuente con el consentimiento del Bundesrat (nuevo art. 73.1.9a GG). Hasta entonces seguirá vigente el Derecho de los Länder existente sobre esta materia (art. 125a.3 GG).

Son numerosos los argumentos a favor de la asunción de esta competencia por parte de la Federación[92], que, en general, ha sido bien acogida, si bien no faltan voces que critican lo innecesario de la reforma desde el punto de vista práctico o la injerencia que este título competencial supone en un ámbito, el Derecho de policía y de la prevención de riesgos, de competencia tradicional de los Länder[93].

---

[90] Las normas de los *Länder* que estén vigentes en estos ámbitos se mantienen en principio en vigor y podrán ir siendo sustituidas por Derecho federal (art. 125a.3 GG).

[91] Para la comprensión del concepto «terrorismo» el documento que acompañaba al proyecto de ley de reforma presentado ante el *Bundestag* (*BT Drucksache* 16/813, de 7 de marzo de 2006, p. 12) se remite a la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea en materia de lucha contra el terrorismo, de 13 de junio de 2002.

[92] Un resumen de los mismos en el informe de BALDUS (pp. 6 y ss).

[93] Véase BATTIS (p. 4), que critica también que este refuerzo de la competencia de la Federación en la lucha contra el terrorismo no garantiza necesariamente el fin último que es

3.2. d).3. Efectos reflejos de la modificación del artículo 84.1 GG sobre el reparto material de competencias entre la Federación y los Länder

El análisis hecho en este trabajo, dirigido a determinar hasta qué punto cambia, desde una perspectiva material, el reparto de competencias entre la Federación y los Länder con la primera parte de la «Reforma del Federalismo alemán», que ha entrado en vigor en septiembre de 2006, estaría incompleto si no se hiciese una breve referencia al hecho de que, al margen de las modificaciones de los artículos 74 y 72 y de la supresión del artículo 75 GG, pueden producirse alteraciones sustanciales en el reparto competencial sobre la base de la nueva formulación que se da a partir de ahora al artículo 84.1 GG. Es decir, que al margen de las modificaciones directas en el reparto competencial sobre distintas materias, el nuevo artículo 84.1 GG, que permitirá a los Länder en muchos ámbitos regular la organización de las autoridades administrativas y el procedimiento administrativo de manera diferente a cómo lo haga la Federación, podrá traer consigo, a la espera de ver cómo actúan los Länder en los primeros meses tras la reforma, una alteración indirecta en la competencia, que afectará no a la titularidad de ésta, que puede permanecer inalterada, sino a la forma concreta en que ésta se ejerza.

Ejemplo concreto de esto puede ser el artículo 74.1.7 GG, que sigue atribuyendo a la Federación la competencia concurrente en materia de asistencia pública («öffentliche Fürsorge»), lo cual incluye, entre otras materias, la protección de menores (regulada en el Libro VIII del Código alemán de Seguridad Social), siempre que se den los requisitos de imprescindibilidad del artículo 72.2 GG. Desde el momento en que se modifica el artículo 84.1 GG se permite, sin embargo, a los Länder determinar mediante ley, de manera diferente a cómo eventualmente lo haga una ley federal sobre esta cuestión, qué órgano u órganos son los encargados en el territorio de ese Land de asumir la protección de los menores, incluso suprimiendo para su territorio las «Oficinas de Menores» («Jugendämter» y «Jugendhilfeausschüsse»), que son la instancia que asume hasta ahora de forma uniforme en toda la Federación el ejercicio de estas funciones. Si además los Länder tienen a partir de ahora la posibilidad de regular de manera diferente a la Federación el procedimiento que se sigue en materia de protección de menores, el efecto será que, sin modificar formalmente en

---

el de incrementar el nivel de seguridad de la ciudadanía. También crítico con la superposición de competencias BRILLO, en su informe como experto ante el *Bundestag*.

este punto concreto el artículo 74.1.7 GG y, con ello, la titularidad de la competencia concurrente en manos de la Federación, pueda haber al final diferencias incluso sustanciales entre unos Länder y otros en la configuración material de la misma[94]. A esta transformación indirecta del reparto de competencias entre la Federación y los Länder se ha hecho referencia sólo incidentalmente a lo largo de este trabajo, pero hay necesariamente que mencionarla, a la espera de ver cómo actúan los Länder en los próximos meses y qué uso hacen de las posibilidades que se le abren con la reforma del artículo 84.1 GG[95].

4. REFLEXIÓN FINAL

Las cuestiones más polémicas en el marco del sistema federal alemán no han sido, en cualquier caso, objeto de esta reforma. Por un lado, no es sólo que no se haya reordenado la configuración territorial de los Länder alemanes (hay voces que se pronuncian a favor de una reducción en el número de Länder mediante la fusión de los Länder más pequeños y más pobres, que serán previsiblemente, y la espera de lo que se decida en la segunda parte de la reforma del federalismo, los que más salgan perdiendo con los cambios[96]), sino que ni siquiera se ha modificado el artículo 29 GG, pensado para posibilitar la fusión entre Länder, pero que prevé un procedimiento tan complicado que la hace imposible en la práctica. Por otro lado, no se han alterado en lo sustancial las relaciones financieras entre la Fe-

---

[94] Al caso concreto de la protección de menores se refieren WABNITZ y MÜNDER, críticos con la reforma, y PITSCHAS, favorable a la misma, en sus respectivos informes como expertos ante el *Bundestag*.

[95] La excepción en favor de una regulación federal unitaria en atención a razones de necesidad especial del nuevo artículo 84.1 GG alcanza sólo al procedimiento administrativo, pero no a la organización de las autoridades administrativas.

[96] "La devolución de tareas y competencias a los *Länder*, el refuerzo del principio de subsidiariedad y, en general, del parlamentarismo a nivel regional, el desentramado de las competencias colectivas y la eliminación de las financiaciones mixtas, todo esto sólo tiene sentido si los *Länder* están en condiciones de hacer uso de los recuperados espacios de actuación con plena energía, en el sentido de desarrollar políticas autónomas de configuración de la realidad. La verdadera estatalidad propia, que los *Länder* siguen reclamando para sí mismos, presupone, en el actual modelo de relaciones sociales y económicas, un potencial de actuación del que ya no todos los *Länder* disponen en suficiente medida" (H. J. PAPIER, op. cit., p. 5). Es por ello que Papier defiende la fusión de algunos Länder y una reordenación del espacio federal alemán, para de este modo garantizar la operatividad y capacidad de actuación de los *Länder* resultantes. Sobre esta discusión en el plano político, véase también G. BANNAS, "Geben und nehmen". *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 4 de agosto de 2006.

deración y los Länder, reforma que se deja para una segunda parte, y que muchos dudan que acabe saliendo adelante, con lo que la reforma actualmente aprobada quedaría incompleta y tendría serias dificultades de operatividad. La reforma de las relaciones financieras tendrá necesariamente que abordar la cuestión de si los Länder deberían disponer de más autonomía a la hora de regular las fuentes de ingresos públicos, en particular de los impuestos; la de las relaciones entre los Länder más ricos y los más pobres, para que el foso entre unos y otros no sea cada vez más profundo, con los peligros de todo tipo que ello conllevaría; y la del endeudamiento de los Länder, dramático en el caso de algunos de ellos, y de cómo salir de él[97].

La primera parte de la reforma del federalismo llevada a cabo por la «Gran Coalición» no acaba de convencer desde el punto de vista técnico-jurídico en algunas cuestiones importantes. En particular, la posibilidad que se reconoce a los Länder en el marco del artículo 74 GG de apartarse de la legislación federal plantea muchos interrogantes, no sólo desde el punto de vista político, que se despejarán en los próximos meses, cuando los distintos actores hagan uso o no de esta posibilidad, sino también desde el punto de vista técnico: en las materias sobre las cuales la Federación ostenta la competencia concurrente y los Länder la posibilidad de apartarse de la legislación federal, se priva al legislador federal de la posibilidad de determinar hasta cuándo una ley federal respetuosa con la Constitución es vinculante y aplicable, incluso aunque se den los estrictos requisitos del artículo 72.2 GG que hacen imprescindible una regulación federal de la materia en cuestión. Esa decisión queda ahora respecto de estas leyes federales en manos de entidades estatales diferentes, los Länder. Esto sorprende todavía más si se tiene en cuenta que la aplicación de la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG se excluye ahora para algunas de las materias del artículo 74 GG sobre la base de que la Fede-

[97] Fundamental en este sentido la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 19 de octubre de 2006, que ha negado a Berlín la percepción de ayudas complementarias procedentes de la Federación (art. 107.2.3 GG) que habrían de solucionar la crisis financiera en la que este *Land* está inmerso. Estas ayudas sólo pueden ser asignadas como último recurso cuando la situación de emergencia financiera de un *Land* sea extrema en comparación con el resto de los *Länder* y en atención a las tareas constitucionales que el *Land* en cuestión haya de ejecutar, de tal modo que se ponga en peligro la propia existencia del *Land* como entidad capaz de cumplir sus funciones constitucionales, han dicho los jueces de Karlsruhe, que han interpretado que éste no era el caso de Berlín. Bremen y el Sarre, a los que el Tribunal Constitucional Federal ya dio en el pasado la razón en reclamaciones similares, tienen nuevos recursos pendientes ante el Tribunal de Karlsruhe reclamando más ayudas federales extraordinarias.

ración y los Länder están de acuerdo en relación a esas materias sobre la imprescindibilidad de una regulación federal[98], pero a la vez se les da a los Länder la posibilidad de regular la mayoría de ellas de manera diferente a la Federación, lo cual no deja de resultar cuando menos paradójico[99]. Desde el punto de vista práctico, los aplicadores jurídicos se encontrarán a partir de ahora en esos ámbitos con numerosas dificultades para poder identificar la norma aplicable: primero tendrán que indagar si la Federación ha regulado la materia haciendo uso de su competencia concurrente, porque si no es así, pueden regularla (incluido el núcleo duro) los propios Länder por efecto de la propia definición de legislación concurrente. En segundo lugar, si la Federación ha regulado esta materia, el aplicador jurídico habrá de determinar qué Länder han regulado a su vez la cuestión apartándose de la normativa federal; las normas de los Länder que hayan hecho uso de esta posibilidad serán en este caso aplicables si la Federación no ha aprobado una norma posterior sobre esa misma materia y en la medida en que los Länder hayan respetado, en su caso, el núcleo duro en el que, según la Ley Fundamental de Bonn, no pueden apartarse de la normativa federal. Puede también ocurrir que los Länder hayan regulado sólo parcialmente una materia de manera diferente a la Federación, con lo que en ese Land esa materia estará en parte regulada por Derecho del propio Land y en parte por Derecho federal. Dificultades precisamente en estos ámbitos van a tener a partir de ahora también los órganos de la Unión Europea, sobre todo cuando se trate de saber si una Directiva ha sido correctamente transpuesta en el Estado alemán[100].

El miedo a que el nuevo reparto de competencias pueda traer consigo una competición entre Länder por los niveles más bajos de exigencia, sobre todo en materia de medio ambiente, que los hagan atractivos para empresas e inversores también es patente en muchos de los trabajos analizados. Asimismo muchos autores manifiestan su temor a que la escasez de medios financieros disminuya las inversiones de los Länder en áreas importantes, fundamentalmente la educación. Este último temor al menos tiene aún

---

[98] *BT Drucksache* 16/813, de 7 de marzo de 2006, p. 9.

[99] Se refiere a ello E. HANSALEK, op. cit., p. 670.

[100] Como destaca Häde, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reclama que la transposición de las Directivas "se corresponda plenamente con las exigencias de claridad y certeza de las situaciones jurídicas queridas por la propia Directiva" (STJCE de 6 de mayo de 1980, en el asunto 102/79, *Comisión contra Bélgica*). A este autor le parece dudoso que la transposición de una Directiva mediante Derecho Federal del que cualquier *Land* en cualquier momento puede apartarse satisfaga suficientemente este requisito (U. HÄDE, "Zur Föderalismusreform in Deutschland". *Juristenzeitung* 19/2006, pp. 936 y s.).

esperanzas de quedar conjurado si la «Gran Coalición» de Gobierno y los Länder son capaces de sacar adelante en los próximos meses una reforma de las relaciones financieras entre los distintos entes implicados que equipare en cierta medida las notables diferencias de partida que existen actualmente entre unos Länder y otros y que no obligue a algunos de ellos a prescindir de inversiones determinantes para mejorar no sólo su situación actual, sino también sus perspectivas de futuro. Ésa parece hoy por hoy la única vía que permitirá realmente al Estado alemán como un todo ganar fuerza en el seno de la economía globalizada, y conjurar peligros reales como el repunte de la extrema derecha en las zonas más afectadas por el desempleo y por la falta de expectativas.

RESUMEN

El Parlamento alemán ha aprobado en verano de 2006 la mayor reforma de la Ley Fundamental de Bonn llevada a cabo desde su entrada en vigor en 1949. La «madre de todas las reformas», que ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2006, aspira por una parte a clarificar el sistema de reparto de competencias entre la Federación y los Länder, limitando en favor de los Länder el número de materias sobre los que la Federación puede legislar y precisando quién es políticamente responsable de cada decisión. Por otra parte, la reforma pretende acelerar el procedimiento legislativo a nivel federal reduciendo el número de leyes federales que necesitan el voto favorable del Bundesrat para ser aprobadas (las llamadas «Zustimmungsgesetze»). La segunda parte de la reforma, que afectará a las relaciones financieras entre la Federación y los Länder, se emprenderá muy probablemente antes de que acabe el año 2006. La intención es aprobarla durante esta legislatura, mientras el actual Gobierno de coalición (la llamada «Gran Coalición») siga contando con una amplia mayoría parlamentaria. El presente trabajo se centra en el análisis de las reformas materiales introducidas en el sistema de reparto de competencias entre la Federación y los Länder, en especial en las áreas de función pública, protección del medio ambiente, y educación.

PALABRAS CLAVE: República Federal de Alemania, Ley Fundamental de Bonn, reforma del federalismo alemán, Länder, Gran Coalición, reparto de competencias, legislación concurrente, medio ambiente, función pública, educación.

ABSTRACT

The German Parliament has passed in the summer of 2006 the largest amendment of the Basic Law since its coming into effect in 1949. The «mother of all revisions», which has entered into force the 1st September 2006, seeks on the one hand to clarify the system of apportionment of competences between the Federation and the Länder by limiting, to the advantage of the Länder, the number of fields over which the Federation has the power to legislate, and by setting out who is politically responsible for each decision. On the other hand, the revision seeks to speed up the legislative procedure at federal level by reducing the number of federal bills requiring upper house approval (Zustimmungsgesetze). The second part of the revision, concerning the financial relations between the Federation and the Länder, will most probably be undertaken before the end of 2006. The intention is to adopt it during this legislative period, while the current Government coalition (the so called «Grand Coalition») still holds a wide parliamentary majority. The present study focuses on the amendments introduced in the system of apportionment of competences between the Federation and the Länder, particularly in the fields «civil service», «environment protection» and «education»].

KEY WORDS: Federal Republic of Germany, Basic Constitutional Law of the Federal Republic of Germany, reform of German federalism, *Länder*, «Grand Coalition», apportionment of competences, concurrent legislation, environment protection, civil service, education.

EL FEDERALISMO ALEMÁN ANTE LA INTEGRACIÓN EUROPEA*

Jorge Alguacil González-Aurioles**

SUMARIO

1.- Integración europea y Estados compuestos.
2.- La regulación previa a la reforma.
3.- El camino de la reforma.
4.- La reforma del régimen federal en materia de integración europea.
5.- Conclusiones.

1. INTEGRACIÓN EUROPEA Y ESTADOS COMPUESTOS

Conforme al principio de autonomía institucional, el ordenamiento europeo respeta las singularidades del Derecho interno, incluso cuando se trata de desarrollar y dar aplicación a sus propias disposiciones[1]. Al margen de la vinculación a los principios mencionados en el artículo 6.1 TUE[2], caben diferencias significativas entre los sistemas políticos e institucionales de los Estados miembros: entre ellos existen monarquías y repúblicas, regímenes parlamentarios y presidencialistas, y también, claro está, Estados federales

* El estudio forma parte del proyecto I+D del Ministerio de Educación "La reforma de los Estatutos de Autonomía en el marco del proceso de constitucionalización de la Unión Europea" (SEJ2005-07735/JURI, 2005-2008), dirigido por Carlos de Cabo Martín.

** Profesor Ayudante de Derecho Constitucional. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

[1] Artículo 6.3 TUE: "La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros".

[2] Artículo 6.1 TUE: "La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y en el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros".

y centralizados. El proceso de integración europea respeta la forma estatal de organización del poder; sólo exige que no afecte al deber de todo Estado miembro de lealtad comunitaria y a la garantía de la aplicabilidad y efecto directo del Derecho europeo (artículo 10 TCE).

En efecto, como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, todo Estado miembro es libre para distribuir como considere oportuno las competencias internas. Así, por ejemplo, en su resolución «International Fruit Company»: "Cuando las disposiciones del Tratado o de los Reglamentos reconozcan poderes a los Estados miembros o les supongan obligaciones a los fines de la aplicación del Derecho comunitario, la cuestión de saber de qué manera el ejercicio de esos poderes y la ejecución de esas obligaciones pueda ser confiada por los Estados miembros a órganos internos determinados, afecta únicamente al sistema constitucional de cada Estado miembro"[3]. Pero ello no debe incidir en los principios que rigen las relaciones entre ordenamientos y que, como es conocido, este tribunal, fijó desde un comienzo[4]. De hecho, la consecuencia de este "principio de indiferencia" del Derecho europeo respecto de la estructura interna del Estado miembro es que no cabe alegar por parte del Estado su estructura federal para justificar el incumplimiento de una obligación comunitaria[5]. Justo la necesidad de compatibilizar estos dos principios, la garantía de que el proceso de integración no afecte al sistema de distribución de competencias del Estado, y la responsabilidad que también adquiere éste de cumplir su deber de lealtad comunitaria, produce especiales dificultades en Estados descentralizados.

Desde la perspectiva europea, la descentralización política de los Estados puede resultar, en definitiva, relativamente indiferente[6]. Pero desde el punto de vista de los Estados miembros con descentralización política, la

---

[3] STJCE de 15 de diciembre de 1971, Rec 1971, p. 1116.

[4] Nos referimos a los conocidos principios de primacía y efecto directo, cfr. SSTJUE *Costa-Enel* de 15 de julio de 1964, as.4/64 y *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963 as 26/62.

[5] Así se pronunció el TJCE, por ejemplo, en su sentencia de 25 de mayo de 1982: "Es verdad que cada Estado miembro es libre de distribuir como juzgue oportuno las competencias en el plano interno y de adaptar una directiva por medio de medidas acordadas por autoridades regionales o locales. Esto no podría, sin embargo, dispensarle de la obligación de traducir las disposiciones de la directiva en disposiciones internas que tengan carácter obligatorio", STJCE, Rec. 1982-5, p. 1833.

[6] Cfr en cualquier caso las observaciones realizadas por P. CRUZ VILLALÓN, "Las autonomías regionales en el Proyecto de Tratado/Constitución para Europa", *La constitución inédita. Estudios sobre la constitucionalización de Europa*, Madrid: Trotta, 2004, p. 91 a 94.

integración europea plantea al menos dos tipos de problemas, situados respectivamente en los ámbitos de la creación y de la aplicación del Derecho europeo; podemos encontrar un tercer problema en la responsabilidad financiera del Estado por incumplimiento de las obligaciones que impone el Derecho europeo.

En la fase ascendente de creación del Derecho europeo parece necesaria la participación de representantes no sólo del Estado central en la toma de decisiones; las entidades políticas infraestatales deberían gozar también de alguna forma de participación cuando el Derecho que se vaya a crear afecte directamente al ámbito de competencias que les han sido constitucionalmente deferidas. La transferencia de competencias legislativas de los entes descentralizados a Europa parece exigir para éstos una cierta compensación en forma de participación en la adopción de las decisiones europeas, directamente o mediante la codeterminación de la posición que haya de adoptar el representante del Estado en las deliberaciones y decisiones comunitarias.

En efecto, el ingreso de un Estado compuesto en la Unión Europea supone tanto para el Estado central como para los entes descentralizados una pérdida de competencias. Cuando "la Constitución prevé la descentralización territorial, la habilitación competencial a la Unión afecta también a las regiones autónomas, especialmente si tienen competencias legislativas"[7]. Ahora bien, el Estado central puede ver compensada parcialmente tal pérdida por las posibilidades que se le abren de participación en las instancias europeas; no ocurre los mismo, al menos en principio, con los entes descentralizados. Y como observa Montilla Martos, por "esta vía, los órganos centrales del Estado «recuperan» los poderes cedidos, o dicho con más rigor, la capacidad para poder influir sobre el ejercicio de la facultad atribuida, también el que correspondía a las instancias regionales, en la misma proporción en que, en su envés, lo pierden éstas (…) Ello "puede producir «descompensación» en el equilibrio interno de poderes, que beneficia a las tendencias «centrípetas» en el proceso de integración europea"[8].

---

[7] J. A. MONTILLA MARTOS, *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 23. Además, y para el caso español, puede sostenerse que estas facultades transferidas a la Unión son en buena parte de titularidad autonómica: el empleo, la política social, la agricultura y la pesca, el medio ambiente, la protección de los consumidores, los transportes, etc, son políticas autonómicas, pp. 23 y 24.

[8] J. A. MONTILLA MARTOS, *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas*, op. cit, pp. 24 y 25. Para R. BUSTOS GISBERT "se ha producido la aparición de un nuevo factor de centralización de gran importancia: la cooperación internacional o supranacional.

Por eso parece lógico que se garantice también la participación de las entidades dotadas de autonomía política en los procedimientos decisorios de la Unión. Como observa Pérez Calvo, la preservación del equilibrio constitucional entre el Estado y los entes descentralizados exige no sólo el obligado respeto a la distribución de competencias; requiere también la organización de procedimientos que permitan la participación de los entes descentralizados en la formación de la voluntad comunitaria del Estado[9]. Se trataría, en definitiva, de reformular un principio básico de todo Estado complejo: el principio de unidad de acción exterior[10]. Las dificultades que esta propuesta pudiera ocasionar en la eficacia y la celeridad en la toma de decisiones europeas del Estado miembro no debería ser una dificultad insalvable.

La denominada fase descendente de aplicación del Derecho europeo hace necesario compatibilizar la eficacia de la incorporación del Derecho europeo con el necesario respeto que dicha aplicación ha de tener para con el sistema de distribución de competencias en el orden interno: la incorporación del Derecho europeo debe ser llevada a cabo por quien ostente la competencia sobre la materia en cuestión, el Estado central o los entes territoriales; mas la autonomía ejecutiva y presupuestaria de los entes descentralizados y del Estado central debe verse sustituida por una necesaria coordinación, a fin de dar cumplimiento al mandato de aplicación uniforme del Derecho comunitario.

Ante el hecho de que en un Estado compuesto no tenga que haber "forzosamente correspondencia entre el sujeto de la obligación internacional y quien deba cumplir con esa obligación en el ordenamiento interno"[11], Pérez Calvo aboga para el caso español por la conveniencia de acudir a vías de coordinación y colaboración entre el Estado central y los entes descentralizados como primer paso ante la posibilidad de que el Estado incurra en responsabilidad internacional[12]. La separación competencial debe ser sustituida por la coordinación, y los diferentes instrumentos para alcanzar tal fin, previstos o no contemplados en la Constitución, deben estar

---

Factor centralizador que ha permitido que el poder central recupere el ejercicio de competencias que no le correspondían", *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 408 y 409.

[9] A. PÉREZ CALVO, *Estado autonómico y Comunidad europea*, Madrid: Tecnos, 1993, pp. 85 y 86.

[10] R. BUSTOS GISBERT, *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas*, op. cit, p.437.

[11] A. PÉREZ CALVO, *Estado autonómico y Comunidad europea*, op. cit, p. 260.

[12] A. PÉREZ CALVO, *Estado autonómico y Comunidad europea*, op. cit, p. 263.

mediados por la cooperación entre entes. El reparto competencial en el proceso aplicativo del Derecho debe vincularse a relaciones de colaboración entre el Estado central y los entes descentralizados. Resulta tópico resaltar, observa Montilla Martos, "la importancia de la colaboración en cualquier articulación de ordenamientos, pues permite el tratamiento consensuado sin alterar la estructura del sistema de distribución del poder"[13]. Frente a fórmulas verticales de ejecución del nuevo Derecho, basadas en la autonomía entre ordenamientos, se ha de imponer la coordinación horizontal.

En último extremo, la falta de actuación de los entes territoriales y la consiguiente responsabilidad ante la Unión Europea, que es necesariamente del Estado central, no debiera irrogarle a éste competencias que pudieran alterar el sistema de reparto interno de distribución competencial. Más bien, parece que la responsabilidad financiera derivada del incumplimiento de las obligaciones comunitarias debe ser distribuida razonablemente entre el Estado central y los entes descentralizados.

2. LA REGULACIÓN PREVIA A LA REFORMA

Los problemas descritos resultaban abordados en Alemania, antes de la reforma, sólo parcialmente, mediante dos artículos de la Ley Fundamental y una ley sobre el trabajo conjunto de la Federación y los Länder en asuntos de la Unión Europea. Como veremos, sólo se daba respuesta al primero de los problemas que plantea la integración europea a los Estados descentralizados, el derivado de la fase ascendente de creación de este Derecho.

Los dos preceptos de la Ley Fundamental de Bonn que se encargaban de regular esta materia eran los artículos 23 y el 52 a). Como es conocido, la reforma que provocó en 1992 la creación del artículo 23 LF[14] fue suscitada principalmente por los Länder. De los siete apartados de que consta el nuevo artículo, cinco (los apartados dos y cuatro a seis) están dedicados

---

[13] J. A. MONTILLA MARTOS, *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas*, p.123.

[14] Hasta la creación del artículo 23 LF la participación de los Länder en el proceso de creación de Derecho europeo estaba regulada en el artículo 2 de la Ley alemana de ratificación y aplicación del Acta Única Europea de 19 de diciembre de 1986. Tal participación, su insuficiencia y las razones que provocan por tanto las propuestas de reforma las analiza R. BUSTOS GISBERT, *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas*, op. cit, pp.181 a 199.

expresamente a regular la participación de los Länder en la toma de decisiones europeas; y el primero, como se sabe, no sólo constitucionaliza la participación de Alemania en la Unión Europea y lo somete a la reserva de la salvaguardia de los principios del Estado social y democrático de Derecho, así como de un nivel de protección de los derechos fundamentales equiparable en lo esencial al garantizado por la Ley Fundamental; también condiciona la participación de Alemania en el proceso de integración al respeto de su estructura federal, así como al principio de subsidiariedad.

El artículo 23 regula la participación de los Länder en el proceso de formación de la voluntad política de la Federación en asuntos de la Unión Europea, esto es, su intervención en la fase ascendente de creación del Derecho europeo, atribuyendo un especial protagonismo a la cámara de representación de los Länder, el Bundesrat[15]. El apartado primero del artículo 23 impone ya con carácter general que la atribución por ley de derechos de soberanía a las Comunidades Europeas requiere del acuerdo del Consejo Federal, Cámara de representación de los Länder[16]. En el apartado segundo se establece en términos generales que "en los asuntos de la Unión Europea participan (...) los Länder a través del Consejo Federal". Los apartados cuatro a seis de este artículo concretan esta afirmación: en primer lugar, se determina «cuándo» participan: "el Consejo Federal participa en el proceso de formación de la voluntad política de la Federación en tanto que tuviera que participar en la formación de una decisión de naturaleza análoga o que la competencia interna correspondiera a los Länder" (apartado cuatro); en segundo término, «cómo» participan: "cuando en un ámbito de competencias exclusivas de la Federación se afecten los intereses de los Länder o cuando a la Federación corresponda la competencia legislativa (concurrente o marco)" el Gobierno Federal deberá en todo caso "tomar en cuenta el pronunciamiento del Consejo Federal"; si se afectan las competencias legislativas de los Länder (no sólo las exclusivas, sino también las concurrentes y las de desarrollo legislativo de la legislación federal marco) o se afecten su organización o procedimientos administrativos será determinante la postura que adopte el Consejo Federal (apartado 5). En cual-

---

[15] En general, la participación del Bundesrat en el nuevo proceso la analiza I. PERNICE, "Artikel 23", DREIER, *Grundgesetzkommentar*, pp. 393 y ss. Sobre el significado del Bundesrat, cfr recientemente en castellano, S. OETER, "La posición del Bundesrat en el sistema constitucional alemán. Consideraciones desde el punto de vista histórico y jurídico constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional,* nº 16, 2005, pp.181 a 209.

[16] Y ello con independencia de que las competencias transferidas correspondan a los Länder o a la Federación.

quier caso, la obligación que compete a la Federación de tomar en cuenta la postura del Consejo Federal se entiende "sin perjuicio de la responsabilidad de la Federación en cuanto al Estado en su conjunto" (apartado cinco «in fine»). Esta regulación, pues, reduce el margen de apreciación de los órganos federales competentes, pero no lo anula por entero. El Consejo Federal, por último, ha de pronunciarse necesariamente en asuntos que pudieran conducir bien a un aumento del gasto público federal, bien a una reducción de los ingresos de la Federación.

Además, el apartado sexto permite la atribución por parte del Gobierno federal del ejercicio de los derechos que corresponden a Alemania como Estado miembro de la Unión a un representante de los Länder designado por el Consejo Federal, cuando se afecten esencialmente sus competencias. Pero esta posibilidad está sometida a una serie de condicionamientos: en primer lugar, se realiza "sin perjuicio de la responsabilidad de la Federación en cuanto al Estado en su conjunto"; el Gobierno Federal goza así de un cierto margen de apreciación. Además, la representación de los Länder debe llevarse a término "con la participación del Gobierno Federal" y en sintonía con aquél[17].

El apartado tercero a) del artículo 52 de la Ley Fundamental alude a la creación de una Comisión para Europa por parte del Bundesrat. Dispone: "Para asuntos de la Unión Europea, el Bundesrat puede crear una Comisión de Europa, cuyas resoluciones tienen el valor de acuerdos del propio Bundesrat. A efectos de tal Comisión, rige lo establecido en el artículo 51 apartados 2 y 3". Estos dos apartados del artículo 51 regulan el funcionamiento del Bundesrat. Si por mor de su apartado segundo "cada Land tiene al menos tres votos, los Länder con más de dos millones de habitantes tienen cuatro, los Länder con más de seis millones cinco, los Länder con más de siete millones seis votos", el apartado tercero concreta que "cada Land puede enviar al Bundesrat tantos miembros como de votos disponga. Los votos de un Land sólo pueden ser emitidos unitariamente y por los miembros presentes o sus representantes"[18].

Una ley sobre el trabajo conjunto de la Federación y los Länder en asuntos de la Unión Europea, que entró en vigor a la par que el Tratado por

---

[17] El nuevo procedimiento regulado en el artículo 23 LF lo analiza también M. BACIGALUPO, "El impacto del Tratado de la Unión Europea en la reforma constitucional alemana de 21 de diciembre de 1992: el nuevo artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 39, septiembre-diciembre, 1993, cfr. también R. BUSTOS GISBERT, *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas*, op. cit, p. 192 a 213.

[18] Sobre la interpretación de este precepto, cfr. H. MEYER, "Los votos en el Bundesrat", *Teoría y Realidad Constitucional,* nº 17, pp 65 a 105.

el que se creaba una Unión Europea, el 1 de enero de 1993, desarrolla el precepto constitucional. Dispone en primer lugar la obligación de la Federación de informar a la Cámara Federal de todas las cuestiones europeas que puedan tener interés para los Länder (artículo 1); el Bundesrat debe poder pronunciarse ante cualquier proyecto europeo que afecte a los Länder (artículos 2 a 5). Por lo demás, el Bundesrat puede designar cuando se trate de una competencia exclusiva de los Länder a un representante de éstos para defender sus intereses en el Consejo de la Unión, que deberá actuar en coordinación y con el consentimiento del representante del Gobierno federal (artículo 6).

3. EL CAMINO DE LA REFORMA

La reforma del federalismo alemán tiene por objetivo modernizar el sistema federal: se pretende básicamente desliar la maraña que obstaculiza la democracia y la eficiencia entre Federación y Länder, que obstaculiza la eficiencia y la democracia[19]. Se había tomado conciencia, al menos, de tres tipos de problemas que afectaban al régimen entonces vigente[20]: la Federación había utilizado todas las atribuciones que la Ley Fundamental le ofrecía en términos que, con el transcurso del tiempo, amenazaban con anular la capacidad de configuración política a disposición de los Länder[21]. A cambio, el Bundesrat, cámara de representación de los Länder, había adquirido cada vez más competencias[22], que amenazaban con alterar el normal desenvolvimiento del régimen democrático parlamentario[23]. Por lo

---

[19] Proyecto de reforma del federalismo presentado el 7 de marzo de 2006.

[20] Cfr. I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, "La fallida reforma del federalismo alemán", *Teoría y Realidad Constituciona,l* nº 16, pp. 378 a 382.

[21] Si bien las competencias legislativas corresponden a los Länder entretanto la Ley Fundamental no disponga otra cosa (artículo 70 LF), la capacidad legislativa de éstos se encuentra restringida por ciertas atribuciones de la Federación: la legislación marco (artículo 75 LF, sometida a las condiciones del artículo 72.2 LF) y la legislación de principios en materias concretas (artículos 109.3 LF y 140 LF); a esto se añade la capacidad que tiene la Federación de influir sobre políticas que son en principio responsabilidad de los Länder en el ámbito de las llamadas tareas comunitarias (artículo 91 a y b LF) que dan lugar a la financiación mixta y mediante las ayudas financieras (artículo 104 a 4 LF).

[22] Inicialmente se preveía que el concurso del Bundesrat sería imprescindible para adoptar leyes federales en un 10% de los casos; la cifra superaba en el momento de plantearse la reforma el 60%.

[23] El Bundesrat gozaba así de la capacidad para bloquear la mayor parte de las iniciativas legislativas apoyadas por la mayoría del Budestag que sostiene al Gobierno. Uno de los objetivos básicos de la reforma es reducir el número de las leyes que exigen la aprobación de las dos cámaras, las denominadas *Zustimmungsgesetze*.

demás, el federalismo cooperativo, orientado hacia la participación de los diversos niveles territoriales en la adopción de decisiones unitarias, resultaba disfuncional a las necesidades competitivas que imponía la globalización. Estos tres problemas básicos orientan la reforma en un sentido bien preciso: distribuir con más claridad las competencias de los Länder y la Federación, reducir el peso del Bundesrat en la elaboración de la legislación federal y asumir un federalismo competitivo que otorgue una amplia capacidad de configuración autónoma a los Länder[24].

Los problemas planteados a nivel general determinan las discusiones sobre la eventual reforma del artículo sobre Europa. Como veremos, la participación del Bundesrat en la toma de decisiones europeas, que de forma tan generosa consagra el primigenio artículo 23 LF, se contempla por la Federación como disfuncional a las necesidades de eficacia que impone la toma de decisiones europeas; los representantes de los Länder podrían aceptar reducir su participación si se atribuye a cambio más peso a los Länder en la toma de decisiones europeas, pero ahora a través de la participación directa y exclusiva del Land que pueda resultar afectado por la competencia en cuestión. Así lo pone de manifiesto Stoiber en la sesión conjunta del viernes 14 de mayo de 2004 del Bundestag y el Bundesrat para la modernización del orden federal. En su opinión, sólo cabe hacer una reforma cuando fruto de ésta haya dos vencedores: la Federación y los Länder. Si aquélla quiere liberarse de las estrechas ataduras que impone la participación del Bundesrat en la toma de decisiones europeas habrá de aceptar un incremento de la capacidad de actuación autónoma de los Länder en los asuntos europeos que les incumben[25].

3.1. La comisión del Bundestag y el Bundesrat para la modernización del orden federal

La comisión conjunta del Bundestag y el Bundesrat, creada mediante resoluciones adoptadas los días 16 y 17 de octubre de 2003, tenía como objetivo elevar propuestas a las cámaras legislativas con vistas a la modernización del régimen federal de Alemania. Ciertamente, esta comisión no pudo llegar a un acuerdo sobre las reformas a realizar, y así se hizo saber el 17 de diciembre de 2004. Pero los debates desarrollados, y en concreto

---

[24] M. Á MARTÍN VIDA, "La reforma del federalismo alemán. Una visión general", *Teoría y Realidad Constitucional,* nº 18.

[25] E. STOIBER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 127.

el desplegado el viernes 14 de mayo de 2004, en el que se celebró una sesión monográfica dedicada a la incidencia del orden europeo en el federalismo alemán, orientan sobre los conflictos existentes y las eventuales decisiones que en un futuro se habrían de adoptar.

Como hemos señalado más arriba, tres son los problemas que plantea el Derecho europeo a los regímenes federales; en torno a los mismos se articulan las discusiones. El primer aspecto del debate, que resultó también el más discutido, fue el relativo a la denominada fase ascendente de creación del Derecho europeo. Las facultades atribuidas al Bundesrat en el artículo 23 LF encaminadas a permitir la participación de los Länder en la toma de decisiones comunitarias se perciben por todas aquellas posiciones no defensoras exclusivamente de los intereses de los Länder como un bloqueo de las posibilidades de acción y decisión de Alemania en el contexto de la Unión Europea. La crítica a las mismas es muy dura: restringen directa o indirectamente la capacidad de maniobra de los representantes de Alemania en el Consejo de la Unión Europea; las rigideces impuestas por el mandato constitucional dificultan llegar a acuerdos con otros Estados miembros de la Unión. Se perjudica así la posibilidad de que Alemania negocie, reaccione y forme alianzas en función de los complejos debates europeos. Así se expresa, a modo de ejemplo, Schwall-Düren, para quien han de reducirse las posibilidades de participación de los Länder que otorga el artículo 23 LF; establecer un mandato imperativo en la representación dificulta hasta el extremo la posición negociadora de Alemania[26]. El artículo 23 LF, se dice, incide de forma muy negativa, en definitiva, los intereses generales de Alemania, que incluyen a los de sus Länder. De hecho, se observa cómo los problemas y las dificultades impuestas por las rigideces del procedimiento se han evitado en la medida en que, pragmáticamente, se han desatendido u obviado las exigencias constitucionales; para la ministra Zypries, la representación de Alemania en Europa funciona bien, pero sólo porque los Länder no han usado en su plenitud los derechos que este precepto les otorga[27]. Esto confirmaría la necesidad de modificar el precepto a fin de asegurar su normatividad.

La posición de los representantes de los Länder se articula a través de dos premisas básicas: de un lado, no encuentran razones para modificar un texto que en su opinión no ha planteado mayores problemas; el Gobierno

---

[26] A. SCHWALL-DÜREN, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federa*l. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 129.

[27] B. ZYPRIES, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal.* Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 132.

ha prestado su colaboración en los problemas que la aplicación de este artículo ha conllevado, y la actuación del Bundesrat ha sido prudente y responsable[28]. La ausencia de conflictos confirma precisamente la bondad de la disposición constitucional, que habría actuado como garantía preventiva de la posición de los Länder[29]. Admiten, en cualquier caso, que quizá quepa una modificación del precepto, pero justo en el sentido contrario al propuesto. Cabría precisar y formalizar la obligación del Gobierno de atenerse a las indicaciones del Bundesrat en ciertos supuestos[30]; entienden también necesario ampliar los supuestos en que la representación de Alemania debe deferirse a un comisionado de los Länder a todos los casos en los que la Unión trate sobre competencias que les correspondan[31].

En cualquier caso, y como anticipa Robert Röttgen, en la Comisión parece insuperable la tensión entre eficiencia y democracia; el artículo 23 LF tampoco parece haber logrado resolverlo maximizando ambas variables. Una decisión que primara la eficiencia sobre la democracia debería permitir al Gobierno decidir en Europa sin la participación del Bundestag y del Bundesrat. El principio democrático impone tal participación, al menos para permitir el control parlamentario también en asuntos europeos[32].

Como alternativa a este bloqueo, Dieter Grimm había propuesto reducir el precepto constitucional a principios básicos, sobre los que sí existía acuerdo. La Carta Magna únicamente debería hacer constar la garantía de la mayor participación posible del Bundestag y de los Länder en la determinación de los criterios de actuación de Alemania ante la Unión Europea, la máxima eficacia en la representación exterior de esos criterios, y por

---

[28] H. MARTIN, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 137, W. SCHÖN, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004 pp. 149 ss.

[29] W. GERHARDS, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 138. Ya lo había hecho notar el propio STOIBER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal.* Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 84. GEIGER había replicado de inmediato que tal eficacia anticipada constriñe indebidamente la capacidad de acción alemana.

[30] R. SCHOLZ, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden f*ederal. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p.141, M. HUBER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004 p. 151.

[31] R. BÖHMLER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal.* Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 135.

[32] N. RÖTTGEN, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004 p. 139.

tanto su concentración en manos del Gobierno federal; por último, la óptima articulación de mecanismos de control y rendición de cuentas por parte del Gobierno[33]. En definitiva se trataría, a juicio de Grimm, de no confundir la función de la Constitución con la función de las leyes, de no pretender constitucionalizar modelos en el orden social cerrados que ahoguen el pluralismo político, de no constitucionalizar pretendidas soluciones estructurales a problemas coyunturales.

Sin embargo, la propuesta fue rechazada de inmediato por Edmund Stoiber que apeló al valor simbólico que para los Länder tenían las garantías institucionalizadas en el artículo 23 LF. Si este artículo ha sido el único precepto que en los últimos cuarenta años ha mejorado la posición de los Länder frente a la Federación, su reforma en el sentido indicado debe quedar definitivamente descartada[34]. Hans Meyer insiste en que, en la tensión entre eficiencia de la representación de Alemania y organización federal y democrática, aquélla fija el marco de posibilidades de ésta; y, por lo demás, el elemento federal y el democrático debe ser organizado. Stoiber ha apelado al valor simbólico del artículo 23 LF; pero este precepto sería mucho más valioso si realmente se cumpliera[35].

La intervención de Hans Peter Schneider se articula a partir de la necesaria coordinación y colaboración que debe darse entre representantes de la Federación y de los Länder. Apuesta por insertar en la relación entre la Federación y los Länder mecanismos propios del federalismo cooperativo; y ello desde el convencimiento de que este modelo de federalismo es el que mejor se acomoda al vigente constitucionalismo[36]. Entre sus propuestas está, en primer lugar, que el representante permanente del gobierno federal en Alemania cree junto con el representante de los Länder ante Bruselas un Consejo Consultivo de los Länder. Este Consejo, que en su opinión debería reunirse semanalmente, debería ser el foro adecuado para que los Länder y la Federación pudiesen negociar la posición de Alemania

---

[33] D. GRIMM, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal.* Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 152.

[34] E. STOIBER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 152.

[35] H. MEYER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal.* Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 155, 156

[36] El federalismo cooperativo ya había sido objeto de análisis por H. P. SCHNEIDER bastante tiempo atrás, "El Estado federal cooperativo. Problemas actuales del federalismo en la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos* nº 12, 1979, pp. 41 a 61. En su opinión, "el federalismo cooperativo no es una panacea, pero sí el mejor camino para un ulterior desarrollo del orden federativo dentro del derecho constitucional vigente", p. 61

ante la Unión. En segundo lugar, cree conveniente reforzar la cámara europea del Bundesrat, que debería ejercer realmente las funciones que el artículo 23 LF le encomienda. Tal reforzamiento debe conducir incluso a hacer del Presidente de esta comisión una suerte de apoderado de los Länder, que dirija, junto con el representante permanente de Alemania, el Consejo Consultivo de los Länder. Además, cree que el Gobierno federal debería crear un Ministerio para Europa que coordinara todas estas acciones; el ministro para Europa debería ser precisamente el representante permanente de Alemania[37]. La forma de articular la toma de decisiones de Alemania en Europa combinaría así en dosis razonables eficacia y democracia. Los órganos de la Unión tan sólo deberían relacionarse con el representante permanente de Alemania. Pero éste habría de tomar sus decisiones en el Consejo de los Länder; cuando afectara a una competencia exclusiva de la Federación la decisión la adoptaría el representante permanente de Alemania de acuerdo con el representante de los Länder. Si la materia en cuestión afectara a una competencia exclusiva de los Länder la decisión la adoptará el representante de los Länder de acuerdo con el representante permanente de Alemania. Al reunirse este Consejo semanalmente se asegura la toma de decisiones de forma rápida y eficaz[38].

Steenblock y el propio Grimm consideran aceptables las propuestas de Schneider[39], pero como él mismo había indicado, no necesariamente deben introducirse en la Constitución. Precisamente por ello esta propuesta no encuentra mayor eco en la Comisión, orientada justamente a preparar reformas constitucionales. Los desacuerdos de principio entre la Federación y los Länder resultaban demasiado profundos; pero la realidad política inmediata no forzaba a superarlos. La poco conflictiva experiencia del artículo 23 LF resulta decisiva para acordar, en el tramo final de las negociaciones de aquella Comisión, el mantenimiento del «status quo».

El segundo punto del debate se articula a partir de los problemas que genera en un Estado compuesto como Alemania la ejecución del Derecho europeo. Brigitte Zipries alude ya a estas dificultades en la sesión constitutiva de la Comisión: los numerosos incumplimientos son en buena medida

---

[37] H. P. SCHNEIDER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 142.

[38] En el documento publicado por el Instituto para la investigación de la reforma del federalismo de la Universidad de Hannover dirigido por el Profesor SCHNEIDER puede verse un esquema de la propuesta realizada, KD 0042.

[39] R. STEENBLOCK *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 143.

responsabilidad de los Länder; mas también es decisiva la dificultad de precisar quién es responsable de incorporar directivas que en absoluto se adaptan a las delimitaciones competenciales establecidas por la Ley Fundamental[40]. Geiger hace notar las dificultades de Alemania para incorporar el Derecho europeo; una de las razones, en su opinión, es la compleja distribución de competencias entre la Federación y los Länder. Ofrece el ejemplo de la regulación del medio ambiente: el Derecho europeo contempla en una misma normativa cuestiones referentes al aire, al agua y al suelo, competencias que en Alemania se encuentran repartidas entre la Federación y los Länder[41].

Ciertamente, parece lógico partir del principio de autonomía institucional, como señala Gerhards: la incorporación del Derecho de la Unión Europea debe realizarse conforme al reparto de competencias interno[42]. Pero la Federación es quien ha de responder del incumplimiento de la obligación comunitaria, y también podría ser necesario que ésta pudiera asegurar su cumplimiento efectivo sea quien sea el encargado de realizarlo.

Para superar esta situación se plantean diferentes posibilidades: se podría atribuir a la Federación una competencia general al respecto; los Länder gozarían del derecho a apartarse de esta regulación[43]. Precisamente la reordenación de la competencia legislativa concurrente entre la Federación y los Länder podría permitir adoptar esta solución. La propuesta de Gerhards sin embargo es más compleja: incluye una garantía a favor de la regulación de la Federación cuando se estime que la del Land es contraria al Derecho comunitario, a fin de reducir los supuestos de incumplimiento[44]. Podría también articularse un procedimiento cooperativo que otorgara a la Federación una competencia general para dictar una legislación marco limitada a los principios exigidos al Estado por la normativa comunitaria; los Länder podrían regular las particularidades. Así lo plantean Scholz[45] y Schmidt-

---

[40] B. ZYPRIES, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 19.

[41] H. GEIGER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal.* Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 156.

[42] W. GERHARDS, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, pp. 157 y 158.

[43] M. HUBER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal.* Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, pp. 55 y ss. y 88.

[44] W. GERHARDS, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 156.

[45] R. SCHOLZ, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 74.

Jortzig[46]; Geiger invoca las inevitables dilaciones que conllevaría tal proceso[47], poniendo de nuevo en evidencia las tensiones difícilmente articulables, en este caso, entre el principio federal y la eficiencia que exige el Derecho europeo en el cumplimiento de las obligaciones que impone al Estado.

La tercera cuestión discutida es a quién corresponde en un Estado federal la responsabilidad financiera derivada de los eventuales incumplimientos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la Unión Europea. Como es conocido, el Derecho europeo atribuye en exclusiva al Estado central, en nuestro caso a la Federación, la responsabilidad financiera derivada del incumplimiento de sus obligaciones. Pero si tales obligaciones se proyectan sobre competencias y tareas distribuidas en el seno del Estado federal, la situación generada parece injusta. Por lo demás, el déficit excesivo de Alemania amenaza con poner en marcha este régimen de responsabilidad y se hace imprescindible determinar un reparto de la responsabilidad entre la Federación y los Länder. Las intervenciones en esta materia son pocas: Shäfer pone de manifiesto que la Federación sólo es responsable del 47% del presupuesto total[48], y para Eichel sólo cabe tomar como base del reparto de responsabilidades las cifras de habitantes[49]. En cualquier caso, Stoiber y Münterfering acuerdan en un texto el 13 de diciembre de 2004 cómo se determina la responsabilidad financiera, que se repartirá entre Federación y Länder en una proporción precisa: el 65% corresponde al Bund y el 35% a los Länder; de esta cifra, el 65% se distribuiría entre ellos en atención a la participación en el déficit, el 35% restante se atendería al criterio, que se estima solidario, del número de habitantes.

3.2. Del acuerdo de coalición a la aprobación de la reforma constitucional

El pacto de coalición entre democristianos (CDU), socialcristianos (CSU) y socialdemócratas (SPD) firmado el 18 de noviembre de 2005 pone fin a la situación de incertidumbre que habían causado los resultados de las elecciones celebradas en Alemania el 19 de septiembre de 2005. Incluye como uno de sus apéndices el resultado de las negociaciones entre la

---

[46] E. SCHMIDT-JORTZIG, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, pp. 75 y 76.

[47] H. GEIGER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, pp. 73, 75 y ss.

[48] A. SCHÄFER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 159.

[49] H. EICHEL, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 159.

Federación y los Länder sobre la base de las conversaciones entre Münterfering y Stoiber. En su última propuesta de diciembre de 2004 éstos habrían dejado fuera el tema del artículo 23 y, por ello, todo lo relacionado con Europa, por considerar imposible superar la situación de bloqueo. Sólo aparecía la cuestión del reparto financiero. En el acuerdo de coalición, sin embargo, se supera esta situación y se alcanza a proponer una mínima reforma en el artículo 23 LF. El acuerdo, por tanto, se extiende a todas las cuestiones debatidas en la sexta sesión conjunta del Bundestag y del Bundesrat del viernes 14 de mayo de 2004. Aborda tanto la fase ascendente de creación de Derecho europeo como la fase descendente de incorporación de este Derecho; también se tratan las consecuencias de los eventuales incumplimientos del Pacto de Estabilidad europeo. Para estos dos últimos supuestos se plantea la creación de un sistema claro de reparto de cargas entre la Federación y los Länder; pero además, las nuevas formas de articulación competencial podrían facilitar una respuesta más eficaz a la exigencia de incorporación de la normativa comunitaria.

Esto se articula mediante la reforma de dos apartados de dos artículos de la Ley Fundamental, el 23.6 y el 52.3 a, y la incorporación de dos nuevos apartados, el sexto del artículo 104 y el quinto del artículo 109, además de otras modificaciones legislativas. Se proponen asimismo mejoras para la coordinación entre la Federación y los Länder en la toma de decisiones europeas, mecanismos cooperativos en la línea postulada por Schneider. Sin embargo, al postergar su entrada en vigor a un eventual acuerdo entre la Federación y los Länder, la reforma no tiene propuestas concretas encaminadas a asegurar la introducción de mecanismos propios del federalismo cooperativo.

El proyecto de reforma del federalismo alemán presentado el 7 de marzo de 2006 por los grupos parlamentarios de la CDU/CSU y del SPD en el Bundestag y por cuatro Länder en el Bundesrat[50] recoge, como no podía ser de otro modo, las propuestas realizadas en el pacto de coalición, y comprende un proyecto de modificación de la Ley Fundamental de Bonn y una ley de acompañamiento que incluye la modificación y creación de diferentes leyes que afectan a las materias reformadas. El amplio respaldo popular con la que cuenta esta gran coalición entre los dos grandes partidos alemanes permite aprobar en el Parlamento sin dificultades la reforma constitucional propuesta.

---

[50] El proyecto de reforma de la Ley Fundamental de Bonn es la D 16/813; el proyecto de reforma de la ley de acompañamiento es la D16/814.

En la primera parte del proyecto de ley de modificación de la Ley Fundamental (D 16/813) constan las reformas planteadas: el artículo primero recoge las reformas de la Ley Fundamental y el artículo segundo regula su entrada en vigor, que será al día siguiente de su publicación. La segunda parte se dedica a explicar las modificaciones propuestas, y ello comprende tanto una explicación general de la reforma como una justificación específica de cada una de las modificaciones propuestas[51]. El apartado segundo del artículo primero postula la reforma del apartado sexto del artículo 23 LF: se reducen las competencias exclusivas de los Länder que les permiten una intervención directa en las instituciones europeas a la educación no superior, la cultura y la radiodifusión; en estas materias, como veremos, se refuerza la obligación de la Federación de delegar en los Länder la representación. Además se señala que en un convenio entre la Federación y los Länder se regulará la información y participación de éstos en asuntos que no afecten a las materias exclusivas a que se había hecho antes referencia. El apartado cuarto recoge la modificación del apartado tercero a) del artículo 52 LF, que suprime la referencia al apartado tercero del artículo 51 LF que alude, como hemos visto, a que cada Land pueda enviar al Bundesrat tantos miembros como votos disponga.

Merced al apartado decimosexto, debe añadirse después del apartado quinto del artículo 104 a) un apartado sexto que establece un sistema de reparto de responsabilidad entre la Federación y los Länder. El apartado vigésimo regula la creación de un nuevo apartado quinto al artículo 109; vuelve a insertar, como veremos, un sistema de reparto de la responsabilidad entre la Federación y los Länder para el supuesto de incumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento europeo. Si los Länder son un componente esencial del sector estatal contribuyen de forma también al déficit general del Estado, según se dice en la explicación de la modificación del artículo. El apartado séptimo del artículo 1 modifica el artículo 74 LF.

El artículo segundo del proyecto de ley de acompañamiento (D 16/814) plantea la reforma de la Ley sobre el trabajo conjunto de la Federación y los Länder en asuntos de la Unión Europea; el apartado segundo del artículo sexto se modifica a fin de regular la participación de los Länder también en materias de competencia exclusiva que no sean las conocidas de educación no superior, de cultura y de radiodifusión. Pero no se recogen las propuestas de mejora del trabajo conjunto entre la Federación y los Länder

[51] La primera parte, en la que se exponen las modificaciones a la Ley Fundamental, consta de dos artículos; en el primero se hacen constar las reformas, el segundo regula la entrada en vigor de la ley. La segunda parte se dedica a explicar las modificaciones.

pues como se indica en el pacto de coalición éstas deben hacerse constar en un acuerdo entre éstos. Conforme al artículo 15 se crea la ley de reparto de cargas entre Federación y Länder en el supuesto de lesión de las obligaciones supranacionales o internacionales la ley de reparto de cargas entre Federación y Länder.

El 15 de mayo de 2006 comenzaron unas sesiones informativas sobre la reforma del federalismo en sesión conjunta del Bundestag y del Bundesrat. Se celebraron a lo largo de siete días[52]; el martes, 16 de mayo, se trató el tema de la reforma del federalismo y Europa[53]. Las sesiones se articulan a partir de preguntas formuladas por los representantes populares a una gran cantidad de expertos. A diferencia del debate celebrado el 14 de mayo de 2004, en el que los expertos formulaban sus criterios con autonomía, aquí se enfrentan a un texto concreto que han de valorar. En cualquier caso, las opiniones formuladas[54] nos servirán para la valoración final de la reforma. Especialmente interesantes son, como veremos, las observaciones realizadas por Hans Meyer, Christoph Möllers y Fritz Scharpf.

La ley definitivamente aprobada de reforma de la Ley Fundamental recoge en idénticos términos lo planteado en el proyecto; la ley de acompañamiento hace lo propio: el artículo segundo recoge la reforma de la Ley sobre el trabajo conjunto de la Federación y los Länder en asuntos de la Unión Europea; el artículo quince incorpora la ley de reparto de cargas entre Federación y Länder en el supuesto de lesión de las obligaciones supranacionales o internacionales. La reforma, aprobada por el Bundestag el 30 de junio y por el Bundesrat el 7 de julio, entró en vigor el primero de septiembre de 2006.

4. LA REFORMA DEL RÉGIMEN FEDERAL EN MATERIA DE INTEGRACIÓN EUROPEA

4.1. Fase ascendente: creación de Derecho europeo

La participación de los Länder en la fase ascendente de creación de Derecho europeo provoca la modificación parcial del apartado sexto del

---

[52] Todas las sesiones pueden encontrarse en la página web que el Bundestag dedica a la reforma, http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/foederalismusreform/index.html

[53] http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/foederalismusreform/Protokolle/01_Protokoll_Allgemeir

[54] Estas opiniones no sólo se reflejan en la contestación directa a las preguntas de los diputados, también en los dictámenes que presentan los diferentes expertos y que se incluyen en las actas de la propia sesión.

artículo 23 LF y del apartado 3 a) del artículo 52 LF. En su versión original el artículo 23.6 LF dispone: "Si como asunto central son abordadas competencias exclusivas de los Länder, el ejercicio de los derechos que corresponden a Alemania como miembro de la Unión Europea debe ser transferido por la Federación a un representante de los Länder designado por el Bundesrat. Tales derechos son ejercidos con la participación y de acuerdo con el Gobierno Federal, sin perjuicio de la preservación de la plena responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto". La modificación consiste, de un lado, en concretar las competencias exclusivas de los Länder en las que éstos pueden hacer uso de tal derecho. De otro, en reforzar la obligación de la Federación de delegar en ese caso el ejercicio de los derechos a los Länder.

Éstos sólo pueden disponer de las facultades que les otorga este artículo en materias de educación no superior, de cultura o de radiodifusión. El significado político de esta restricción es evidente, especialmente cuando la reforma amplía las competencias exclusivas de los Länder, que éstos por tanto podrían hacer valer a través del artículo 23.6 LF; también resulta significativa la vinculación de estas materias con la garantía de la identidad cultural de los Länder. En sentido contrario, se sustituye el deber de la Federación de transferir a los Länder su derecho de representar en Europa a la República Federal, cuya efectividad dependía de la decisión del Bundesrat de nombrar al correspondiente representante de los Länder, por una obligación incondicionada que reduce los márgenes de acción; si antes se empleaba la correspondiente forma del verbo «sollen», ahora se apela al valor del imperativo que incorpora el futuro construido con el modal «werden». El nuevo artículo quedaría así: "Si como asunto central son abordadas competencias exclusivas de los Länder «en materias de educación no superior, de cultura o de radiodifusión», el ejercicio de los derechos que corresponden a Alemania como miembro de la Unión Europea se transferirá por parte de la Federación a un representante de los Länder designado por el Bundesrat. Tales derechos son ejercidos con la participación y de acuerdo con el Gobierno Federal, sin perjuicio de la preservación de la plena responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto".

En el texto de acompañamiento se reforma la Ley sobre el trabajo conjunto de la Federación y los Länder en asuntos de la Unión Europea[55], añadiendo en el apartado segundo de su artículo sexto a lo dicho sobre la

[55] BGBl I 1993, 313, 12 de marzo de 1993.

participación de los Länder (que el Bundesrat sólo puede designar a un representante de los Länder y que éste ha de actuar en coordinación y con el consentimiento del representante del Gobierno federal) qué ocurre cuando se tratan competencias que no son de educación no superior, de cultura o de radiodifusión, pero que sin embargo son también competencias exclusivas de los Länder. Para las reuniones del Consejo de Ministros el Bundesrat puede, como representante de los Länder, atribuir a miembros de sus gobiernos el rango ministerial para que estén autorizados, en coordinación con el representante del gobierno federal, a exponer las observaciones que estimen pertinentes. En el caso de proyectos sobre materias de exclusiva competencia de los Länder pero que sin embargo no sean las conocidas materias de educación no superior, de cultura o de radiodifusión, el gobierno federal realiza las funciones de negociación en los gremios consultivos de la Comisión y del Consejo en coordinación con el representante de los Länder.

El primigenio artículo 52.3 a), como indicamos anteriormente, disponía: "Para asuntos de la Unión Europea, el Bundesrat puede crear una Comisión para Europa, cuyas resoluciones tienen el valor de acuerdos del propio Bundesrat. A efectos de tal Comisión, rige lo establecido en el artículo 51 apartados 2 y 3"[56]. La reforma supone que los votos de la Comisión para Europa no necesitan ser emitidos por miembros del Bundesrat que estén presentes en la correspondiente sesión; se suprime la referencia al apartado tercero del artículo 51 LF. Con ello se pretende facilitar que la adopción de decisiones finales se formalice con mayor agilidad, sin necesidad siquiera de "sesiones" a las que fueran "enviados" representantes al Bundesrat; de este modo, los votos de los Länder se podrían enviar incluso por escrito y sin deliberación.

Las propuestas de cooperación entre Federación y Länder formuladas en el Acuerdo de Coalición, como señalamos anteriormente, se relegan a un pacto ulterior, referido tanto a la fase inicial de preparación del Derecho como a la fase final de negociación y decisión en el Consejo. Respecto a la primera fase, se plantea mejorar la información recíproca entre la Federación y los Länder a fin de poder identificar las potenciales iniciativas más cuestionables. Por lo que se refiere a la última fase, los Länder aseguran

---

[56] Artículo 51.2 LF: "Cada Land tiene al menos tres votos, los Länder con más de dos millones de habitantes tienen cuatro, los Länder con más de seis millones cinco, los Länder con más de siete millones seis votos". Artículo 51.3 LF: "Cada Land puede enviar al Bundesrat tantos miembros como de votos disponga. Los votos de un Land sólo pueden ser emitidos unitariamente y por los miembros presentes o sus representantes".

su capacidad decisoria a través de la convocatoria de la Comisión de Asuntos Europeos, mientras que la Federación debe indicar a los Länder cuándo la coyuntura de decisión ha cambiado sustancialmente y por lo tanto es preciso una nueva toma de posición del Bundesrat.

4.2. Fase descendente: incorporación del Derecho europeo

La fase descendente de incorporación del Derecho europeo provoca la creación de un nuevo apartado sexto al artículo 104 LF. Dispone: "La Federación y los Länder soportan las consecuencias de una infracción de las obligaciones supranacionales o internacionales de Alemania de conformidad con la distribución de competencias y tareas en el seno del Estado. Los reintegros financieros a la Unión Europea que afecten a varios Länder son asumidos por la Federación y los Länder en una relación de 15 a 85; el conjunto de los Länder asume de forma solidaria el 35% del total conforme a un criterio de distribución general, mientras que el 50% restante será soportado por los Länder que hayan dado lugar al reintegro de forma proporcional al importe de los recursos percibidos. El desarrollo de este precepto corresponde a una ley federal adoptada con el acuerdo del Bundesrat".

Esto supone que, en principio, responde por la lesión de las obligaciones internacionales o supranacionales quien según el orden interno de competencias debiera haber dado cumplimiento a la correspondiente obligación; así lo dispone, por lo demás, el artículo primero de la nueva ley de reparto de cargas entre la Federación y los Länder. Sólo hay correcciones financieras que repartir en los términos que dice la segunda parte del apartado sexto del artículo 104 LF cuando la Comisión haya determinado que las responsabilidades administrativas subyacentes afecten a todos los Länder (artículo 2 de la Ley de reparto de cargas entre la Federación y los Länder); que la Federación soporte en este caso una parte de la responsabilidad no tiene que ver con el principio de causalidad; se trata de una ayuda solidaria[57].

[57] La ley de reparto de cargas entre la Federación y los Länder en el supuesto de lesión de las obligaciones supranacionales o internacionales fija los principios básicos de este reparto en su artículo primero: las obligaciones financieras derivadas de una infracción del Derecho internacional o supranacional deben ser asumidas por el que haya provocado tal infracción, la Federación o el Land correspondiente. Si los dos, la Federación y el Land, han sido responsables, responderán en proporción a la infracción cometida. Únicamente, así dispone su artículo segundo, si la corrección financiera impuesta por la Comunidad Europea afectara a todos los Länder se repartirían las cargas. La nueva ley regula específicamente las responsabilidades derivadas del artículo 228 TCE (condena del Tribunal de Justicia consecuencia de un recurso por incumplimiento) y los incumplimientos causados por los tribunales; el último

Pero en relación con la fase descendente, como hemos observado antes, tiene especial importancia la nueva normativa sobre legislación concurrente. Los acuerdos adoptados en relación con esta fase descendente de incorporación del Derecho europeo no hacen referencia a la nueva normativa; pero lo cierto es que la supresión de legislación marco y la nueva distribución de materias permitiría a la Federación la regulación íntegra de numerosos ámbitos, asegurando así la incorporación del Derecho europeo, aunque ulteriormente los Länder puedan apartarse de esa regulación inicial de la Federación. Como es conocido, la nueva categoría de la legislación concurrente permite a la Federación legislar sin condiciones previas (esto es, sin que deba comprobarse si tal legislación es realmente necesaria), pero los Länder tienen la posibilidad de adoptar normas que se aparten de la normativa general[58]. En la medida en que la Federación, en adelante, no se tiene que limitar a una legislación marco en esas materias, sino que tiene derecho a emitir una regulación completa, queda en situación de incorporar directivas él solo; ello reduce el peligro de que un Land deje pasar el plazo correspondiente. Pero también aquí los Länder ganan competencias, por cuanto antes se limitaban a rellenar el marco dado por la Federación, y ahora pueden a su vez adoptar una regulación plena, en la medida en que el nuevo artículo 72.3 LF, al aludir al núcleo del que los Länder no se pueden apartar, no haya incorporado de nuevo elementos propios de la "legislación marco".

4.3. Responsabilidad financiera por incumplimiento del Pacto de Estabilidad

La necesidad de dar respuesta a los problemas que causa la responsabilidad financiera por incumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento se resuelve mediante un nuevo apartado quinto al artículo 109 LF. Merced al mismo, "las obligaciones de la República Federal de Alemania

---

artículo de la ley se dedica a regular el modo en que los Länder reembolsan a la Federación el importe del pago de infracciones de las que son responsables, cfr. U. HÄDE, "Zur Föderalismusreform in Deutschland", *Juristen Zeitung* 19/2006, pp. 937 y ss.

[58] El artículo 74.1 LF permite a los Länder regular determinadas competencias que establece expresamente en tanto la Federación no las haya regulado. Y para que la Federación pudiese legislar sobre las mismas tal regulación había de evidenciarse como imprescindible. La reforma mantiene la legislación concurrente, pero limita la aplicación de esta cláusula de la imprescindibilidad a sólo alguna de estas competencias. Para algunas de las materias que ya no están sujetas a la cláusula de imprescindibilidad, los Länder pueden adoptar una regulación que se aparte de la federal, y no rige el principio de prevalencia federal, sino el criterio cronológico en la sucesión de normas para cuya ordenación se introducen unas extrañas cláusulas de carencia de seis meses en perjuicio de la legislación federal.

establecidas jurídicamente por la Comunidad Europea al amparo del artículo 104 TCE, que dispone el respeto a la disciplina presupuestaria, deben ser satisfechas de forma conjunta por la Federación y los Länder. Las medidas sancionadoras de la Comunidad Europea deben ser soportadas por la Federación y los Länder en una proporción de 65 a 35. La totalidad de los Länder asume de forma solidaria el 35% de las cargas de los Länder de conformidad con su cifra de habitantes; el 65% de estas cargas la asumen los Länder que las han causado de conformidad con su cuota de responsabilidad. El desarrollo de este precepto corresponde a una ley federal adoptada con el acuerdo del Bundesrat".

El texto de acompañamiento al Pacto de Estabilidad establece que esta regulación contenida en la Constitución incluye una corresponsabilidad de los Länder que respetan los criterios del pacto de estabilidad para con los Länder que provocan las acciones por su déficit presupuestario. Esta responsabilidad puede afectar también a los Länder que se encuentren en una situación de excepción presupuestaria. La Federación aplazará para estos Länder las sanciones e intereses durante la duración de excepcionalidad presupuestaria, constatada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, y en el marco de un plan de saneamiento.

5. CONCLUSIONES

Los conocidos problemas que plantea la participación en la integración europea a los órdenes políticamente descentralizados habían sido abordados por el federalismo alemán antes de esta reforma. Pero esta regulación había sido parcial, pues sólo había tratado la fase ascendente de creación de Derecho europeo; además, su eficacia práctica era discutible. La nueva normativa busca, por tanto, no sólo tratar todas las cuestiones que plantea el proceso integrador al federalismo alemán; pretende también una nueva regulación que no carezca de eficacia.

Por lo que respecta a la fase ascendente de creación del Derecho europeo, y coherentemente con el federalismo cooperativo existente en la República Federal de Alemania antes de la reforma, se había atribuido en el artículo 23 LF a la Cámara de representación de los Länder, el Bundesrat, un protagonismo decisivo en la toma de decisiones europeas que afectasen a los intereses de aquéllos. Pero esta participación parece difícilmente conciliable con la eficacia que debe caracterizar la toma de decisiones de Alemania en el orden europeo. Por lo demás, como observa Meyer, el Bundesrat no es un órgano de representación de Alemania en el exte-

rior[59]. Justo por ello, y en coherencia con la tendencia general de la reforma del federalismo, que se encamina a restar competencias al Bundesrat, se plantea reducir tales competencias en la Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la reforma del federalismo. La negativa de los Länder a modificar el artículo 23 LF en este sentido, e incluso a reducirlo a sus principios más generales como había planteado Grimm, dejando a una ley la regulación de los detalles, lo impide. El hecho de que tal participación no se haya llevado a efecto con toda la extensión que permite el artículo facilita que se acepte inicialmente su mantenimiento. Ahora bien, si otra de las finalidades generales de la reforma del federalismo era determinar con claridad el reparto de competencias entre la Federación y los Länder, parece coherente que se hayan fijado expresamente los supuestos en que éstos pueden intervenir directamente en la defensa de sus intereses[60]. Ello asegura en estas materias la participación directa de los Länder. Pero también supone reducir de forma considerable los asuntos en los que pueden participar de manera directa los Länder; algo que contrasta con la extensión general de las competencias exclusivas de los Länder que se ha producido en la reforma.

Podría intentarse un resumen de la situación diciendo que la Federación cede competencias legislativas de las que ya no dispone libremente, porque han pasado a Europa, con la condición de garantizar su intermediación exclusiva ante la Unión Europea; esto es, cede lo que ya no tiene y garantiza lo que aún conserva. Que esto no es exactamente así, y requiere al menos un análisis detallado por materias, lo pone de manifiesto el hecho de que la nueva situación se presenta como una conquista de los Länder. Habían sido muy fuertes las presiones de la Federación para eliminar este precepto que supuestamente hace ineficaz la representación alemana en Bruselas, como denuncia Mayer una vez más en la sesión informativa celebrada conjuntamente en el Bundestag y el Bundesrat el 16 de mayo de 2006[61]. Por lo demás, como observa Möllers, la democratización de la Unión

---

[59] H. MEYER, "Informe sobre la reforma del federalismo", *Sesión informativa conjunta del Bundestag y el Bundesrat sobre la Reforma del Federalismo*, op. cit, p. 266

[60] La claridad y la mejora de la seguridad jurídica son así elementos positivos que hacen que WIELAND valore positivamente la reforma en este extremo, "Informe sobre la reforma del federalismo", *Sesión informativa conjunta del Bundestag y el Bundesrat sobre la Reforma del Federalismo*, op. cit, p. 359.

[61] H. MEYER, *Sesión informativa conjunta del Bundestag y el Bundesrat sobre la Reforma del Federalismo*, op. cit, p. 98. En cualquier caso, las dificultades para solucionar el problema de la participación de los *Länder* en la toma de decisiones en Europa son puestas de manifiesto por F. KIRCHHOF. En su opinión, si queremos un Estado alemán fuerte debe-

Europea pasa por el reforzamiento de las garantías establecidas en el apartado primero del artículo 23 LF, nada tiene que ver con esta modificación[62].

Scharpf cree posible el establecimiento de procedimientos que permitan una coordinación dentro del Gobierno federal y entre la Federación y los Länder[63]. Por eso parecía especialmente interesante la propuesta de cooperación entre Federación y Länder que ya en la Comisión del Bundestag y del Bundesrat de 2005 realizó Schneider y que asumió Grimm. Frente a la tendencia general existente en la reforma del federalismo alemán de tránsito de un federalismo cooperativo a un federalismo competitivo, insiste en la importancia de las instituciones de cooperación para el correcto funcionamiento del federalismo. Ciertamente, podría ser conveniente que tal cooperación no se plasmara en la Constitución más que en términos generales, como defendió Grimm; la Carta Magna se limitaría a consagrar los principios generales de este federalismo cooperativo, requiriendo una ulterior regulación por ley o mediante acuerdo entre la Federación y los Länder. Sin embargo, el pacto de coalición pospone las propuestas de coordinación entre Federación y Länder a un pacto ulterior, cuyos principios se recogen en términos generales, sin la concreción que ya les había dado Schneider. Por supuesto, si se tratara de darle concreción ya no haría falta volver a negociarlo.

Entretanto, la reforma podría haber moderado la tendencia general de la modificación del federalismo en Alemania: frente a la tendencia a la extensión de las competencias exclusivas de los Länder, se reduce la virtualidad de tales competencias para permitirles que de forma autónoma puedan participar en la toma de decisiones europeas. Aunque es cierto que únicamente cuando está en juego la eficacia de la representación de Alemania en Europa se restan competencias a los Länder, y no se modifican los apartados segundo a quinto del artículo 23 LF, que se orientan a configurar un modelo de federalismo cooperativo. En el bien entendido de que se mantienen estos instrumentos propios del federalismo cooperativo justo porque no se aplican. Por lo demás, la reforma del apartado tercero del artículo 53 LF ciertamente pretende facilitar la adopción rápida y ágil de

---

mos renunciar a toda vinculación federal; si queremos federalismo debemos renunciar a todo centralismo en la defensa internacional de los intereses. La cuadratura del círculo es imposible y la solución otorgada en la reforma podría ser, en este sentido, satisfactoria, *Sesión informativa conjunta del Bundestag y el Bundesrat sobre la Reforma del Federalismo*, op. cit, p. 112.

[62] Ch. MÖLLERS, *Sesión informativa conjunta del Bundestag y el Bundesrat sobre la Reforma del Federalismo*, op. cit, p. 99.

[63] F. W. SCHARPF, *Sesión informativa conjunta del Bundestag y el Bundesrat sobre la Reforma del Federalismo*, op. cit, p. 101.

decisiones. Pero ello se hace a costa, como denuncia Meyer[64], de eludir la negociación pública que disponía el primigenio artículo 53 LF. Se subordinan instrumentos propios del federalismo cooperativo a la rapidez y eficacia en la toma de decisiones.

En la fase descendente o de ejecución del Derecho europeo parece lógico instaurar un sistema de responsabilidades. Ahora bien, el objetivo no debería ser la distribución de responsabilidades, sino el aseguramiento del cumplimiento de la obligación, en su caso mediante instrumentos del federalismo cooperativo. Al igual que los propuestos para el caso de la formación ascendente del Derecho europeo, podría haberse intentado garantizar una ejecución coordinada en plazo del nuevo Derecho; el sistema de responsabilidades quedaría circunscrito así a los supuestos en que ese sistema cooperativo no lograse funcionar.

Las propuestas presentadas en la Comisión conjunta del Bundestag y el Bundesrat para la reforma del federalismo parecían orientarse en este sentido: particularmente interesante parece, a primera vista, otorgar a la Federación una competencia general para dictar una legislación marco limitada a los principios exigidos por la normativa comunitaria; los Länder podrían regular las particularidades. Pero esta propuesta no tiene en cuenta que su adopción afectaría al sistema de distribución de competencias y, como es conocido, la facultad de que dispone el Estado central para asegurar la correcta ejecución del Derecho europeo no puede afectar al reparto competencial previsto en la Constitución.

La nueva legislación concurrente, que altera el sistema de distribución de competencias y en esta medida atribuye a la Federación una competencia general en ciertas materias, preservando el derecho de los Länder de apartarse de esta regulación, no fomenta la cooperación sino la competencia. La nueva regulación puede plantear problemas de eficacia en la incorporación del Derecho europeo: estima Häde que difícilmente el Tribunal de Justicia aceptará que los requisitos de la incorporación del Derecho europeo eficaz y dotada de seguridad jurídica se cubren con una regulación estatal de la que los Länder pueden apartarse cuando les parezca oportuno[65]. Meyer entiende que la nueva regulación no desplegará en este sentido ningún papel[66].

---

[64] H. MEYER, "Informe sobre la reforma del federalismo", *Sesión informativa conjunta del Bundestag y el Bundesrat sobre la Reforma del Federalismo*, op. cit, p. 267.

[65] U. HÄDE, "Zur Föderalismusreform in Deutschland", *Juristen Zeitung* 19/2006, pp. 936 y 937

[66] H. MEYER, *Sesión informativa conjunta del Bundestag y el Bundesrat sobre la Reforma del Federalismo*, op. cit, p. 104.

La solución a que se llega para afrontar el problema que causan las posibles sanciones por incumplimiento del Pacto de Estabilidad no parece plantear mayores problemas. La participación de los Länder en el déficit general de Alemania es evidente; parece claro que ellos deben asumir también parte de la responsabilidad por la infracción compartida. Quizá hubiera sido también conveniente fijar constitucional o legalmente reglas expresas sobre el reparto entre la Federación y los Länder del déficit tolerado por la Unión.

Las propuestas de cooperación, en definitiva, no son asumidas para resolver los aspectos de la reforma que guardan relación con la fase descendente del Derecho europeo. Ciertamente, no parece que deba alterarse en ella el sistema de distribución de competencias; pero ello tampoco debería haber situado la solución exclusivamente en el reparto de responsabilidades. La distribución de competencias y la articulación de procedimientos en materia europea, seguramente ya más importante que la propia distribución de competencias entre Federación y Länder, no han recibido por tanto una respuesta constitucional que se acomode al federalismo propio del constitucionalismo social, el federalismo cooperativo[67].

RESUMEN

Los conocidos problemas que plantea la participación en la integración europea a los órdenes políticamente descentralizados habían sido abordados por el federalismo alemán antes de esta reforma, si bien de forma parcial y con escasa eficacia. La nueva normativa busca paliar las deficiencias existentes. Por lo que respecta a la fase ascendente de creación del Derecho europeo, se reducen las competencias en las que los Länder pueden participar directamente. La reforma del apartado tercero del artículo 53 LF pretende facilitar la adopción rápida y ágil de decisiones. En la fase descendente o de ejecución del Derecho europeo parece lógico instaurar un

[67] La relación entre este modelo de federalismo y el vigente constitucionalismo mediado por el postulado social puede verse en G. CÁMARA VILLAR, "El principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas", *Revista de Derecho Constitucional Europeo* nº 1, 2004.; http://www.ugr.es//%7Eredce /ReDCE1, también, J. TAJADURA TEJADA, *El principio de cooperación en el Estado autonómico*, Granada: Comares, 2000. Por lo demás, C. DE CABO insiste en la íntima conexión de la solidaridad entre entes descentralizados, propia del federalismo cooperativo, con el constitucionalismo del Estado social, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 95.

sistema de responsabilidades, si bien el objetivo no debería ser la distribución de responsabilidades, sino el aseguramiento del cumplimiento de la obligación, en su caso mediante instrumentos del federalismo cooperativo. Si la participación de los Länder en el déficit general de Alemania es evidente, parece claro que ellos deben asumir también parte de la responsabilidad por la infracción compartida.

PALABRAS CLAVE: Autonomía institucional, competencias exclusivas de los Länder, federalismo competitivo, federalismo cooperativo, responsabilidad por incumplimiento del Derecho europeo.

ABSTRACT

The well-known problems that the participation in European integration creates to the orders politically decentralized had been already confronted by the German federalism before this reform, although only in a partial way and achieving little effectiveness. The new regulation tries to palliate these existing deficiencies. Regarding the ascending phase of creation of the European Law, the competitions in which the Länder can participate directly have been reduced. The reform of the third section of article 53 FL tries to facilitate a fast and easy decision-making. In the descendent phase or execution phase of the European Law it seems logical to establish a system of responsibilities, although the objective would not have to be the distribution of responsibilities, but the securing of the fulfilment of the obligation, maybe by means of the instruments of the cooperative federalism. If the participation of the Länder in the general deficit of Germany is evident, it seems to be clear that they must also assume part of the responsibility for the shared law breakings too.

KEY WORDS: Institutional autonomy, exclusive competitions of the Länder, competitive federalism, cooperative federalism, responsibility for European law breaking.

LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN FINANCIERA EN ALEMANIA: UNA REFORMA PENDIENTE

Cristina Elías Méndez*

SUMARIO

1.- Introducción.
2.- El modelo de la Constitución financiera antes de la reforma de 2006.
3.- Acontecimientos de relevancia para el modelo constitucional financiero alemán.
4.- Razones para la reforma.
5.- Las modificaciones más significativas de los aspectos financieros en la reforma constitucional de 2006.
6.- Balance y reformas pendientes.

1. INTRODUCCIÓN

En Alemania se ha aprobado, tras siete años de discusiones y negociaciones, la reforma constitucional más importante desde 1949, la llamada "reforma federal". Se trata, desde la aprobación de la Ley Fundamental en 1949, de la reforma más significativa del orden constitucional tanto por el número como por la relevancia de las modificaciones. Esta reforma fue aprobada el 28 de junio de 2006 en la Comisión jurídica del Bundestag con los votos de los grupos parlamentarios de la CDU/CSU y del SPD. Han votado en contra los partidos de la oposición y dos parlamentarios del SPD. Las enmiendas presentadas por el FDP, el grupo de izquierdas y la coali-

* Profesora Ayudante Doctora. Universidad de Extremadura. El material para la realización de este trabajo se ha recopilado en el marco de una estancia de investigación en el Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht financiada por una beca del DAAD.

ción 90/Los Verdes no han prosperado. El Bundestag acordó la reforma de la Ley Fundamental y de la Ley de acompañamiento de la reforma del federalismo, que contiene las necesarias modificaciones en el plano legal ordinario. El 7 de julio de 2006 el Bundesrat dio su aprobación a la reforma con más votos de los necesarios para lograr una mayoría de dos tercios, 62 de los 69 votos posibles han sido a favor de la reforma del federalismo. Schleswig-Holstein se ha abstenido. Mecklenburg-Vorpommern ha rechazado la ley. De modo que catorce de los dieciséis Länder representados en el Bundesrat han expresado su conformidad con la reforma constitucional, que finalmente entró en vigor el 1 de septiembre de 2006. Los dos Länder que no han apoyado la reforma han justificado su rechazo en la amenaza del federalismo competitivo, considerando que los grandes perjudicados van a ser los Länder financieramente más débiles.

Los primeros análisis políticos valoran el compromiso alcanzado como "histórico", en la medida en que se produce una importante renovación del federalismo. En esta significativa reforma ha quedado, sin embargo, un punto fundamental pendiente: la reforma de la Constitución financiera, la transformación realmente decisiva que según muchos requiere el federalismo alemán.

2. EL MODELO DE LA CONSTITUCIÓN FINANCIERA ANTES DE LA REFORMA DE 2006

El Título X de la Ley Fundamental de Bonn (arts. 104.a a 115) establece las bases constitucionales del sistema financiero federal alemán. Estas disposiciones regulan aspectos como la distribución de los costes de las tareas del Estado (art. 104.a), la potestad legislativa en este ámbito (art. 105) y la Administración financiera (art. 108), el reparto de la recaudación de los impuestos (art. 106), las bases del sistema de compensación financiera («Finanzausgleich», art. 107), aspectos presupuestarios (por ejemplo, en los arts. 109 ó 110), así como control financiero y endeudamiento (arts. 114 ó 115). El peso del Bund y de cada uno de los Länder en el Estado depende en última instancia sobre todo de la concreta configuración de esta parte de la Constitución, puesto que distribuye la soberanía financiera entre los distintos entes territoriales, regulando a su vez el equilibrio económico entre los mismos[1].

[1] K. VOGEL, "Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes", en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo IV, Finanzordnung. Bundesstaatliche Ordnung, 2ª ed., Müller, Heidelberg, 1999, pp. 4 y 5.

Es conocida la fuerte discusión política que ha rodeado siempre a la Constitución financiera desde su elaboración, tanto en el seno del Consejo parlamentario como asimismo respecto a las fuerzas aliadas, que pretendían mediante la introducción de un sistema federal impedir una centralización excesiva también en los aspectos financieros de la nueva Ley Fundamental. Sin embargo, la práctica constitucional pronto puso de manifiesto la tendencia hacia el reforzamiento del papel del Bund, que terminó acaparando la mayor parte de los recursos financieros y controlando el grueso de los ingresos impositivos. La más importante de las reformas de esta parte de la Constitución se produjo en el año 1969, ante la constatación de la divergencia entre las disposiciones constitucionales y su práctica aplicativa, y con la intención, ya entonces, de lograr una más clara delimitación de funciones, un reparto financiero más nítido, un nuevo diseño del sistema de ajuste financiero, así como un mayor grado de flexibilidad. Entre la reforma de 1969 y la acometida en 2006 no se ha producido ninguna reforma significativa de la Constitución financiera en Alemania, si bien resulta de gran trascendencia el impacto del acontecimiento histórico de la reunificación, la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional Federal y las consiguientes reformas legislativas que han tenido lugar a lo largo de este período. Veamos, siquiera sea a grandes rasgos, cómo ha estado diseñado el sistema a nivel constitucional durante todos estos años[2].

En 1969 se introduce, precisando la regulación anterior, el llamado principio de conexión en el artículo 104.a LFB: "El Bund y los Länder soportan por separado los gastos que resulten del desempeño de sus tareas, en tanto la Ley Fundamental no disponga otra cosa". Se trata en última instancia de confirmar tanto la autonomía del Bund y de los Länder como la vigencia del principio federal también en el ámbito constitucional financiero al delimitar con carácter general las cargas, ya que tanto Bund como Länder deberán asumir los gastos que deriven de la realización de sus respectivas tareas, uniendo de este modo –en palabras de Albertí- la responsabilidad competencial con la responsabilidad financiera[3]. Queda así

---

[2] Son de sobra conocidos valiosos y detallados trabajos de referencia explicativos de la Constitución financiera alemana en español, como por ejemplo los de los profesores Albertí y Medina (E. ALBERTÍ, *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, CEC, Madrid, 1986, y M. MEDINA GUERRERO, *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas*, CEC, Madrid, 1993, pp.162 a 244). No obstante, creemos necesario realizar siquiera una breve y actualizada síntesis del sistema a fin de proporcionar al lector de este artículo una visión de conjunto sobre el significado de las reformas llevadas a cabo y de las planteadas pero aún pendientes.

[3] E. ALBERTÍ, op. cit., p. 289.

establecido que es la competencia administrativa –y no, como antes de 1969- la competencia legislativa la que determina la responsabilidad sobre los gastos[4]. Con este principio se trata sobre todo de contrarrestar la financiación por el Bund de tareas de los Länder, práctica muy extendida a pesar de su incompatibilidad con la Constitución, tal y como recuerda el propio TCF: "Un sistema federal debe asegurar que las ayudas financieras constituyen sólo 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"[5].

Las únicas excepciones admisibles al principio de conexión son, pues, aquellas expresamente previstas por la Constitución, entre las que debe destacarse la institución de las tareas comunes (arts. 91.a y 91.b LFB) y las ayudas a la inversión del art. 104.a.4 LFB. La constitucionalización de estas figuras generadas por la dinámica práctica del federalismo alemán constituyó el principal motivo de la reforma de 1969. Respecto a las tareas comunes, técnica que ha sido descrita como "máximo exponente por antonomasia del federalismo cooperativo alemán"[6], debemos distinguir dos instrumentos diferentes: las tareas comunes obligatorias (art. 91.a LFB) y las tareas comunes facultativas (art. 91.b LFB)[7]. Las tareas comunes obligatorias, aquellas en las que se impone un régimen competencial conjunto para la federación y los Länder, requieren que "las tareas sean de importancia para el conjunto del Estado y que la cooperación del Bund resulte necesaria para mejorar las condiciones de vida" (art. 91.a). Los ámbitos de aplicación son: la construcción y mejora de las Universidades, incluyendo las clínicas universitarias; la mejora de la estructura económica regional; la mejora de la estructura agraria y de la protección de las costas. La regulación de las tareas comunes se encomienda a una ley del Bund que necesita la aprobación del Bundesrat, requiriéndose el consentimiento del Land correspondiente para la inclusión en la planificación marco de un proyecto que deba ser ejecutado en su territorio (arts. 91.a.2 y 3). Las tareas comunes facultativas (art. 91.b) se refieren, por el contrario, a sectores en los que "el Bund y los Länder pueden, sobre la base de convenios, cooperar en la planificación de la enseñanza y en el fomento de instituciones y proyectos de investigación científica de alcance suprarregional". El reparto de los gastos deberá regularse en el convenio correspondiente.

---

[4] BVerfGE 26, 38, 390.

[5] BVerfGE 39, 96 (107).

[6] M. MEDINA, op. cit., p. 183.

[7] Sobre las tareas comunes como técnica de cooperación puede verse M.J. GARCÍA MORALES, *Convenios de colaboración en los sistemas federales europeos*, McGraw Hill, Madrid, 1998.

Respecto a las ayudas a la inversión, tercera excepción al principio de conexión entre la responsabilidad competencial y la financiera, el art. 104.a.4 LFB dispone que: "El Bund podrá conceder a los Länder ayudas financieras para inversiones de especial importancia de los Länder y de los municipios (o agrupaciones de municipios), siempre que dichas inversiones sean necesarias para contrarrestar una alteración del equilibrio económico general, equilibrar las desigualdades de capacidad económica dentro del territorio federal o fomentar el crecimiento económico. La regulación, en particular los tipos de inversiones a fomentar, se hará por ley del Bund, que requiere la aprobación del Bundesrat, o mediante acuerdo administrativo concertado en base a la Ley de Presupuestos del Bund".

Estas tres formas de cooperación o tareas comunes se justifican en cuanto que en estos casos el Bund, de todos modos, puede influenciar la actuación administrativa de los Länder en estos ámbitos, tanto a través de su competencia legislativa sobre la administración delegada como por su responsabilidad de supervisión y de dirección.

En relación con la distribución de la competencia legislativa en materia fiscal, corresponde al Bund con carácter exclusivo únicamente la competencia sobre aduanas y monopolios (art. 105.1). No obstante, el art. 105.2 otorga al Bund competencia legislativa concurrente sobre el resto de impuestos, siempre que reciba total o parcialmente los ingresos que éstos produzcan o se den las condiciones del art. 72.2 LFB, es decir, "cuando sea necesario para la creación de condiciones de vida iguales en el territorio federal o resulte preciso para la preservación de la unidad jurídica o económica." A los Länder les resta únicamente, de conformidad con el art. 105.2.a, la competencia legislativa exclusiva sobre los impuestos de su territorio sobre el consumo y sobre el lujo, en tanto no se trate de impuestos del mismo tipo que los regulados por ley federal. De modo que, aunque la Ley Fundamental parte una vez más de la premisa de que los entes infraestatales requieren un cierto grado de autonomía impositiva, a fin de evitar su dependencia en cuanto a la financiación de sus tareas con respecto al Bund, y a pesar por tanto de la intención inicial de respetar el principio federal, lo cierto es que la sobrerrepresentación del Bund en cuanto al reparto de las competencias legislativas financieras es evidente, en especial si se compara con otros sectores de reparto legislativo competencial. Esta apreciación se acentúa aún más a la luz de lo dispuesto en el art. 108.5 LFB, que confiere al Bund la potestad para regular la normativa general aplicable a todos los impuestos. "Por ley federal se establecerá el procedimiento a aplicar por las autoridades financieras federales. El procedimiento a aplicar por las autoridades financieras de los Länder y, en los

casos del apartado 4, segunda frase, por los municipios (o mancomunidades de municipios), podrá ser establecido por ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat."

En relación con la especial habilitación que permite el art. 72.2 LFB con respecto a la legislación concurrente, merece la pena señalar cómo, a partir de la reforma constitucional realizada por la reunificación, que reemplazó el término "necesitar" («bedürfen») por el mucho más fuerte y dogmáticamente preciso de "requerir" o "ser preciso" («erforderlich sein»), se operó un importante cambio jurisprudencial. De modo que el TCF ha generalizado desde entonces la interpretación constitucional ya no desde la óptica de la homogeneidad del Estado federal, sino desde la perspectiva de la aspiración de los Länder a la heterogeneidad, lo que no impide, pero sí dificulta, la intromisión del Bund en los ámbitos de la legislación concurrente, puesto que el bien jurídico de las equivalentes condiciones de vida en los Länder sólo se considera amenazado cuando éstas se han desarrollado de forma muy desigual, de modo que resulta incompatible con el carácter social del Estado federal o se perfila una evolución en tal sentido[8]. Así que solamente una merma intolerable de las condiciones de vida de los ciudadanos, que por ejemplo provoque la migración interior o que pueda conducir a la distorsión de la paz social, podría justificar la intervención del Bund.

El art. 108 LFB distingue tres formas de Administración financiera: la Administración federal (art. 108.1), la Administración de los Länder (art. 108.2) y la Administración por delegación de los Länder (art. 108.4). Se trata de una estructura sólo aparentemente clara puesto que el primer inciso del art. 108.4 permite al Bund que mediante ley federal, que requiere el consentimiento del Bundesrat, cree una Administración mixta o transfiera competencias administrativas del Bund a los Länder o viceversa. Incluso se permite a los Länder transferir a los municipios la competencia administrativa sobre los impuestos que únicamente se destinen a éstos (art. 108.4.2). A esto hay que añadir el art. 108.3, que sustrae la parte más significativa de los impuestos de los Länder a la administración regional, ya que dispone que todos los impuestos cuyo producto se destine total o parcialmente a la federación (impuestos, por tanto, sobre la renta, sociedades y volumen de ventas) se entenderán administrados en su nombre. De modo que aunque en principio la Ley Fundamental diseña una estructura administrativa en dos planos -al Bund corresponde la administración aduanera, derechos aduaneros, monopolios fiscales, impuestos sobre el consumo regulados por leyes

[8] BVerfGE 106, 62, 144. Pestalozza, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, pp. 1840 y ss.

federales, con inclusión del impuesto del valor añadido, así como los tributos dentro del marco de las Comunidades Europeas, correspondiendo la administración de los demás impuestos a los Länder-, lo cierto es que en la práctica se difumina la estricta separación de las Administraciones financieras.

El sistema de distribución de ingresos entre el Bund y los Länder se regula de forma detallada en la Ley Fundamental desde la reforma de 1969, con la intención de garantizar a los Länder autonomía frente a la potencial influencia del Bund, mediante la recaudación por sí mismos del importe de determinados impuestos[9]. Debemos distinguir el ajuste financiero primario, que determina la distribución de los impuestos entre el Bund y los Länder, del ajuste financiero secundario, que redistribuye, una vez ya asignada, la recaudación impositiva en una segunda fase con una finalidad correctora de la distinta capacidad económica de los Länder. Paralelamente, en cada una de estas fases debe distinguirse el reparto vertical, que se realiza en caso de distribución de los ingresos entre los diferentes planos territoriales, del reparto horizontal, que se realiza en un mismo plano entre entes territorialmente equivalentes, es decir, entre los dieciséis Länder, por un lado, y, por otro lado, entre los municipios, plano este último que no abordamos en este trabajo más allá de alguna referencia puntual.

Respecto al ajuste financiero primario, comencemos con el análisis del art. 106, una de las disposiciones que regulan el ajuste primario vertical, al establecer la distribución de los ingresos más importantes, los impuestos, entre el Bund y los Länder. Una parte de los impuestos se reparte en función de un sistema de separación entre el doble plano de la federación y de los Länder. Así, por ejemplo, son impuestos federales puros (art. 106.1), además de los monopolios fiscales, los derechos aduaneros, los impuestos sobre el consumo, siempre que no correspondan a los Länder o a las corporaciones locales o que no formen parte de los impuestos comunes (por ejemplo, los impuestos sobre la gasolina, la sal o el azúcar), el impuesto sobre el transporte de mercancías por carretera, el impuesto sobre las transacciones de capital, el impuesto sobre los seguros y el impuesto sobre las letras de cambio, los tributos únicos sobre el patrimonio y los tributos recaudados para la realización de la compensación de cargas, el tributo complementario del impuesto sobre la renta y del impuesto de sociedades

---

[9] M. MEDINA, op. cit., pp. 204 y ss. O.-E. GESKE, *Der bundesstaatliche Finanzausgleich,* Verlag Vahlen, Munich, 2001. BUNDESMINISTERIUM DER FINANZEN, *Solidarität im Bundesstaat. Die Finanzverteilung*, Berlín, 2002, pp. 16 y 21.

y, por último, los tributos dentro del marco de las Comunidades Europeas, que serán gestionados por el Bund con este destino. Por su parte, corresponden a los Länder, de conformidad con el art. 106.2 LFB, los ingresos procedentes del impuesto sobre el patrimonio, el impuesto sobre sucesiones, el impuesto sobre los automóviles, los impuestos sobre el tráfico, siempre que no correspondan a la federación según el apartado 1 ó conjuntamente a la federación y a los Länder según el apartado 3, el impuesto sobre la cerveza y las tasas de las casas de juego.

En contraposición a este sistema de separación («Trennsystem»), tres impuestos sumamente significativos por su peso financiero -el impuesto sobre la renta, el impuesto sobre sociedades y el impuesto sobre el volumen de ventas- se distribuyen de conformidad con el sistema de unión («Verbundsystem») entre el Bund y los Länder, lo que acentúa el carácter unitario del sistema de reparto de ingresos, puesto que tres cuartos de los ingresos impositivos corresponden ya al sistema común (art. 106.3 a 5.a). El reparto de los impuestos sobre la renta y sociedades se prevé en la propia Ley Fundamental, atribuyendo por mitad al Bund y a los Länder la recaudación impositiva, si bien se permite que el legislador federal detraiga de forma previa a esta distribución una parte de la recaudación del impuesto sobre la renta para los municipios. Respecto al impuesto sobre las ventas únicamente se recogen en el plano constitucional los principios de distribución[10].

Respecto al ajuste primario horizontal –que determina que una vez se han repartido los ingresos de los impuestos en los planos del Bund, Länder y municipios, se deben distribuir entre los distintos entes territoriales de un mismo plano- la Ley Fundamental regula tanto la distribución de los ingresos procedentes de impuestos de los Länder, como las participaciones de los distintos Länder en los porcentajes de los impuestos comunes que corresponden a los Länder, además de las participaciones de los municipios en esos ingresos de los Länder. En el caso de los Länder rige el principio de conexión territorial (art. 107.1.1), de modo que a cada Land le corresponde lo que la Administración tributaria regional haya recaudado en su propio territorio. Aunque también se prevé la posibilidad de corrección de estas cantidades a través de una ley federal, sometida al consentimiento del Bundesrat, con respecto al impuesto sobre los salarios y sobre las sociedades, bastando una ley para el resto de impuestos. En el caso del

---

[10] U. HÄDE, *Finanzausgleich. Die Verteilung der Aufgaben, Ausgaben und Einnahmen im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union,* Tübingen, 1996.

impuesto sobre el volumen de ventas, el criterio de distribución es el número de habitantes de cada Land, si bien cabe también una corrección mediante ley del Bund, con aprobación del Bundesrat, para los Länder con menos ingresos[11].

Esta panorámica de la distribución de los impuestos pone de relieve que actualmente se combinan el sistema de separación y el sistema de unión, si bien prevalece la unión impositiva con respecto al grueso de los impuestos, los impuestos comunes. La unión impositiva refuerza la cooperación entre los distintos planos, aunque también lleva aparejado un creciente nivel de confusión en el ámbito impositivo, puesto que el protagonismo del papel del Bund conduce a una erosión de la responsabilidad de los Länder, en cierto grado incompatible con los principios del federalismo.

Por otra parte, el sistema de ajuste financiero primario resulta en una distribución de los ingresos impositivos para los distintos Länder que no sólo es producto de la política económica llevada a cabo por cada ente territorial, sino que también puede ser resultado de otros factores ajenos a su responsabilidad (situación geográfica, insuficiencia de recursos naturales), por lo que el principio de solidaridad federal debe actuar reequilibrando, que no suprimiendo, las diferencias de capacidad financiera existentes. Sobre esta premisa descansa el ajuste financiero secundario horizontal del art. 107.2 LFB, que obliga a garantizar mediante ley que quede debidamente compensada la desigual capacidad financiera de los Länder a través de la redistribución de recursos entre los mismos[12].

Por último, el ajuste financiero secundario vertical conjuga la función de nivelar los desequilibrios económicos con la de compensar la minoración de ingresos o el incremento de gastos ocasionados por el Bund sobre los Länder, situaciones a las que se puede hacer frente mediante las asignaciones para compensar cargas adicionales (art. 106.4 LFB) o mediante las asignaciones para compensar cargas especiales (art. 106.8 LFB). Finalmente, el art. 107.2 LFB prevé en su último inciso que mediante ley podrá asimismo determinarse que la federación conceda de sus propios recursos asignaciones a los Länder de capacidad reducida para cubrir a título complementario sus necesidades financieras generales (asignaciones complementarias).

Hasta aquí la descripción de la regulación vigente desde la reforma constitucional de 1969 que introdujo, en suma, el art. 104.a y que modificó

---

[11] Véase el art. 107.1.*in fine* LFB.

[12] R. ECKERTZ, "Der gesamtdeutsche Finanzausgleich im System des geltenden Verfassungsrechts", en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1993, p. 284.

los arts. 105 a 108, adquiriendo esta parte de la Constitución su "fisonomía" actual y mereciendo la calificación de "gran reforma financiera". La reforma de 1969 profundizó aún más, bajo la consigna de "federalismo cooperativo", en la tendencia hacia la centralización («Unitarisierung»), limitando los ámbitos de libre actuación de cada Land, y valorando la unidad («Einheitlichkeit») como un elemento esencial del federalismo alemán, frente a la disparidad que había llevado al progresivo distanciamiento entre Länder ricos y pobres. La Constitución financiera de 1969 ha permanecido apenas sin alteraciones a pesar del tiempo transcurrido y a pesar de hitos tan relevantes como la reunificación.

3. ACONTECIMIENTOS DE RELEVANCIA PARA EL MODELO CONSTITUCIONAL FINANCIERO ALEMÁN

3.1. La reunificación alemana

Como "acontecimiento singular carente de modelo previo", el proceso de reunificación tuvo también que enfrentarse a la tarea de llevar a cabo la integración del nuevo territorio. Desde el principio la reunificación se planteó como una tarea que sólo podía ser abordada de forma conjunta, de modo que las cargas que generara debían ser asumidas por el Bund, los Länder y los municipios, a fin de lograr el objetivo de igualar las condiciones de vida en todo el territorio federal. Se concertó una fase de transición, que debía prolongarse a lo largo de cuatro años hasta el 1 de enero de 1995. Después, en el marco de una fase de consolidación, debía producirse la reunificación financiera a través de la integración de los nuevos Estados federales en las disposiciones constitucionales vigentes. En el Contrato estatal de 18 de mayo de 1990[13] (art. 31) se creó el fondo de la "unidad alemana" («der Fonds "Deutsche Einheit"»), que desde entonces ha servido como instrumento esencial para el cumplimiento de las obligaciones financieras resultantes del proceso de unificación de la República Federal alemana, y del que finalmente los Länder sólo han cubierto alrededor de un 33,6%.

A pesar de las previsiones, después de 1995 continuaban existiendo importantes diferencias entre la capacidad económica y financiera de los Länder viejos y nuevos. Sin embargo, no se prorrogó la regulación transi-

[13] Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts-, und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik (BGBl. II, p. 537).

toria ni se propuso modificación alguna de la Constitución financiera, a pesar de que los problemas de integración de los nuevos Länder en el orden financiero federal eran evidentes. Tampoco prosperó la discusión sobre la posibilidad de reestructurar el territorio de los Länder federales. Se acordó una nueva regulación de las relaciones financieras entre el Bund y los Länder en las llamadas "negociaciones del pacto de solidaridad" de marzo de 1993 (Pacto de solidaridad I), pero en el plano infraconstitucional. Los nuevos Länder se incorporaron así a la Constitución financiera de la LFB como miembros plenamente equiparados. Las regulaciones especiales que aún resultaban imprescindibles para la erradicación de las desigualdades subsistentes fueron reguladas principalmente por la Ley para la puesta en marcha del programa de consolidación federal (FKPG) de junio de 1993 y mediante un nuevo sistema de ajuste financiero concretado por la Ley de ajuste de 1995. El volumen del sistema de ajuste se amplió considerablemente, pues todos los «Bundesländer» de la reunificada Alemania pasaron por vez primera a integrase en él, aunque la ejecución del mismo continuó realizándose a partir de las aportaciones de unos Länder a otros tras un contraste entre el indicador de capacidad financiera y el indicador de nivelación. Se previó que los cinco nuevos Bundesländer y Berlín recibirían durante diez años transferencias de la Federación por un importe anual de 20.600 millones de marcos, preservando las transferencias adicionales del Bund a los Länder occidentales más débiles durante ese mismo período. En la práctica, la inclusión de los nuevos Länder en el sistema provocó, como era de esperar, que Länder hasta entonces receptores se convirtieron en donantes, y los Länder occidentales que continúan entre los receptores han visto considerablemente reducidas las cantidades a recibir.[14]

3.2. Jurisprudencia constitucional relevante

Desde 1969 el Tribunal Constitucional Federal (TCF) ha emitido tres sentencias sobre el sistema de compensación financiera. En concreto, el TCF ha tenido que dirimir la constitucionalidad de varios preceptos de la Ley de compensación financiera, en particular respecto al art. 107.2 LFB, a partir de recursos planteados por los gobiernos de los Länder. Dada la amplitud y complejidad de las sentencias, nos limitamos ahora sólo a sus aspectos esenciales.

---

[14] M. SEYBOLD, *Der Finanzausgleich im Kontext des deutschen Föderalismus*, Nomos, Munich, 2005, pp. 43 a 46.

3.2. a) La Sentencia de 24 de junio de 1986

La primera Sentencia del TCF sobre el orden financiero desde la reforma financiera de 1969 resuelve, entre otras, dos cuestiones de gran relevancia financiera-constitucional. Por un lado, el TCF afirma: "El artículo 107.2 GG sustrae el sistema de ajuste horizontal y las asignaciones complementarias federales del ámbito de libre disposición de los interesados, los supedita a determinadas disposiciones normativas y los sitúa en la órbita de responsabilidad del legislador federal". No se niega la normatividad de la Constitución financiera, pero sí se toma conciencia de que consta de conceptos jurídicos indeterminados que corresponde fijar al legislador federal, de modo que se acabe con la práctica de fijar libremente las asignaciones complementarias.

Por otra parte, se alude al significado del federalismo en el siguiente sentido: "En esta disposición (art. 107.2 LFB) se hace realidad el principio federal de ayuda mutua («das Einstehen füreinander»), que no sólo rige en la relación entre el Bund y los Länder, sino también en la relación de los Länder entre sí". Así que debe entenderse el orden financiero como un sistema complejo, compuesto de varios niveles, dedicado a la distribución de los ingresos financieros de forma tal que tanto el Bund como los Länder puedan afrontar las tareas que constitucionalmente les corresponden.

3.2. b) La Sentencia de 27 de mayo de 1992

La primera sentencia del Tribunal Constitucional Federal dio lugar a una nueva regulación del ajuste financiero, objeto precisamente de esta segunda sentencia constitucional. A grandes rasgos puede decirse que el nuevo sistema fue declarado constitucional. En esta ocasión el Tribunal de Karlsruhe, además de resolver una serie de cuestiones puntuales sobre el sistema de ajuste financiero y sobre las asignaciones complementarias, tuvo que posicionarse sobre la existencia o no de una obligación de ayuda a un Land en estado de extrema necesidad presupuestaria. También en este contexto la justificación se basó principalmente en el principio federal. En la Sentencia de 27 de mayo de 1992, el TCF retoma respecto al ajuste financiero la línea jurisprudencial iniciada en la Sentencia de 24 de junio de 1986.

3.2. c) La Sentencia de 11 de noviembre de 1999

Dos son las principales ideas que contiene la Sentencia de 1999. Por un lado, el TCF plantea en relación con el art. 107.2 GG que el sistema de

ajuste financiero debe encontrar el punto de equilibrio entre la autonomía, la responsabilidad de cada ente y la preservación de la individualidad de los Länder, por un lado, y la corresponsabilidad solidaria sobre la existencia e independencia de los compañeros de Bund, por otro lado. El deseable mantenimiento de la pluralidad regional de Alemania requiere un cierto nivel de autonomía financiera. Además, el principio federal garantiza un cierto grado de competitividad entre los Länder, puesto que en parte la base legitimadora del federalismo reside en la función de promover la competitividad política de los Länder entre sí y con respecto al Bund, a fin de favorecer la eficiencia y el mejor cumplimiento de las tareas que cada ente tiene asignadas[15].

La segunda idea relevante a nuestros efectos se expresa así en la Sentencia: "La Constitución financiera obliga al legislador, respecto al sistema de reparto de impuestos y al sistema de compensación, fijados constitucionalmente únicamente mediante conceptos indeterminados, a concretar y complementar aquéllos mediante una ley de medidas aplicables, generales y que vincularán al propio legislador." "La Constitución financiera requiere una fijación de criterios en el plano legal que satisfaga de tal modo en el futuro el mandato jurídico-público de una previsión legal que las medidas del reparto impositivo y del ajuste financiero ya estén conformadas antes de que se pongan de manifiesto de forma concreta sus ulteriores efectos". La irrenunciable función de ordenación de la Constitución financiera requiere, por tanto, una concreción y complementación de medidas de las disposiciones abiertas de la Ley fundamental, tarea que el TCF encomienda al legislador federal fijando el 31 de diciembre de 2002 como fecha límite para la elaboración de una ley de medidas que concrete el reparto de los ingresos de los impuestos sobre el volumen de ventas y el sistema de ajuste financiero, incluyendo las asignaciones complementarias. De modo que el legislador recibe un doble encargo: en primer lugar, tiene la obligación de clarificar los principios constitucionales y de enunciar las medidas de concreción constitucional. Además, debe extraer a partir de estas medidas las concretas consecuencias jurídico-financieras, contribuyendo así a la seguridad jurídica en este campo.

3.3. Las modificaciones posteriores

De las modificaciones posteriores, más allá de puntuales reformas de la Constitución financiera (inclusión del art. 106.a en relación con la

[15] U. MARGEDANT, *Die Föderalismusdiskussion in Deutschland, Aus Politik und Zeitgeschichte* (B 29-30/2003), http://www.bpb.de/publikationen/2LJ32V.html.

privatización y regionalización del tráfico de personas por vía ferroviaria; previsión en los arts. 106.3.5 y 6, así como en el art. 106.4.1 de nuevas normas sobre compensación de la aportación familiar; varias modificaciones del art. 106 –apartados 3, 4 y 5- en relación con la reforma de la imposición sobre empresas), merece la pena destacar las reformas legales acometidas en razón de la Sentencia de 11 de noviembre de 1999.

3.3. a) La Ley de medidas de 9 de septiembre de 2001

Con la Ley de medidas de 9 de septiembre de 2001 el legislador ha dado cumplimiento al mandato dado por el TCF de regulación de medidas aplicables a largo plazo al sistema de ajuste y reparto fijado en la Constitución financiera sólo en sus principios. La labor del legislador ha dado como resultado el establecimiento de una serie de criterios abstractos para el reparto de los ingresos del impuesto sobre ventas, para el ajuste financiero entre los Länder, así como para la garantía de transferencias adicionales del Bund, entre los que destacamos: el reparto vertical de los impuestos sobre el volumen de ventas se debe producir sobre la base del principio de cobertura de una cuota, a cuyos efectos se tienen en cuenta, para la participación de Bund y Länder en el reparto del volumen de estos impuestos las detracciones impositivas resultantes del art. 4.2 de la Ley de medidas. El sistema de ajuste de los Länder parte de una amplia definición del concepto de capacidad financiera (art. 7.1 de la Ley de medidas); de conformidad con ello deben considerarse, en aplicación del art. 4.1.2, básicamente todos los ingresos de los Länder y los municipios así como de las asociaciones de municipios. El criterio abstracto de necesidad para la comparación de la capacidad financiera de los Länder es en ese caso el número de habitantes de cada Land (art. 8.1). La mayor necesidad abstracta de los Estados ciudades, así como de las áreas de los Länder menos pobladas debe realizarse a través de una modificación del número de habitantes (art. 8.3).

Como ya han mostrado los más recientes acontecimientos, la nueva regulación, con una vigencia prevista hasta el 31 de diciembre de 2019, no ha apaciguado la tensa polémica en torno al ajuste financiero en Alemania, que continua caracterizado por la bipolarización entre Länder donantes y receptores.

3.3.b) La Ley de continuación del pacto de solidaridad de 20 de diciembre de 2001

Dentro de la Ley de continuación del pacto de solidaridad de 20 de diciembre de 2001 –Pacto de Solidaridad II- se ha dado nueva regulación al sistema de ajuste financiero federal en el plano legal. Entre las novedades cabe destacar que las asignaciones complementarias del Bund pasan a recibirlas únicamente los Länder más débiles financieramente, cuya capacidad financiera se sitúe por debajo del 99,5% (hasta ahora era del 100%) del conjunto de los Länder y que la intensidad de la compensación queda rebajada al 77,5% (90% hasta entonces). Las asignaciones complementarias de especial necesidad se destinan únicamente a los siguientes supuestos: necesidad de equiparación en infraestructuras; capacidad financiera municipal infraproporcional de los nuevos Länder; así como altos costes por encima de la media debido a la función de dirección política. También esta Ley, al igual que la Ley de medidas, debe permanecer vigente hasta el 31 de diciembre de 2019.

Por su parte, el Pacto de Solidaridad II - que continúa la labor de reconstrucción del este llevada a cabo mediante el Pacto de Solidaridad I entre los años 1995 y 2004, a través del cual los nuevos Länder y sus municipios han recibido a partir del sistema de ajuste un total de 94.500 millones de euros - ha previsto una cantidad de 156.500 millones de euros destinada a esta misma tarea durante los años 2005-2019.[16]

4. RAZONES PARA LA REFORMA

En el seno de la necesidad de una reforma que clarifique el reparto competencial, así como la conveniencia de subrayar los aspectos competitivos del federalismo, se sitúa también la reforma de la Constitución financiera. En los trabajos preliminares para la reforma se enunciaban ya las razones de la necesidad de repensar el modelo federal en Alemania: los largos y complejos procesos de decisión y la confusión o enmarañamiento («Verflechtung») institucional entre la federación y los Länder, los bloqueos en el Bundesrat dado el elevado número de leyes que requieren su aprobación y debido a las mayorías de distinto signo político que suele haber en Bund y Länder, así como la complejidad que entraña por este mismo motivo llegar a compromisos, lo que se acompaña de la dificultad para

[16] BUNDESREGIERUNG, "Solidarpakt II", http://www.bundesregierung.de (26/12/2006).

establecer a quién corresponde la responsabilidad política de tales fracasos en los procedimientos legislativos o en los acuerdos y negociaciones políticas. A este panorama hay que añadir el imparable proceso de relegación competencial experimentado por los Länder, tanto por las nuevas competencias adquiridas por el Bund a partir de las modificaciones constitucionales, como por el uso de las posibilidades de las competencias legislativas concurrentes por parte de la federación, como por el detalle y directa aplicabilidad de la legislación marco[17].

En concreto respecto al tema que nos ocupa, las carencias o distorsiones que se han detectado tienen que ver principalmente con las financiaciones mixtas («Mischfinanzierungen»), dado que existe una tendencia a la consolidación de las transferencias financieras del Bund a los Länder, transferencias que se efectúan para la financiación de determinadas tareas. Las financiaciones mixtas limitan la asunción de responsabilidad en la realización de tareas y en la gestión de los gastos tanto a nivel estatal como regional. El objetivo de la reforma consiste, por tanto, en convertir tanto las tareas comunes como las ayudas financieras en categorías residuales, que deben ser la excepción y no la regla general.

Los objetivos de la reforma fueron definidos por la Canciller federal y los Jefes de gobierno de los Länder en su Acuerdo de 14 de diciembre de 2005[18]: fortalecimiento de la capacidad legislativa del Bund y los Länder mediante una distribución más clara de las competencias legislativas y la derogación de la legislación marco; erradicación de la capacidad de bloqueos recíprocos mediante una nueva configuración del requisito de aprobación de leyes federales en el Bundesrat; supresión de las financiaciones mixtas y nueva ordenación de la posibilidad de ayudas financieras de la federación, reforzando los compromisos derivados del pacto de Solidaridad

---

[17] *Deutscher Bundestag. Drucksache* 16/813. 7.03.2006. Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes. Begründung, pp. 7 y ss. J. ARREGI, "Razones de una reforma – razones de un fracaso: El federalismo alemán en la encrucijada", Goberna, INAP, MAP, documento de trabajo nº 21, Madrid, 2005.

[18] Como antecedentes del proyecto de reforma se mencionan: las Conclusiones de la Conferencia de Ministros-Presidentes de diciembre de 1998 y de octubre de 2001; un Acuerdo entre los Jefes de gobierno del Bund y de los Länder de diciembre de 2001 (se produjo una primera consideración crítica del reparto federal de tareas, gastos e ingresos); dos grupos de trabajo Bund-Länder en 2002 que describieron la problemática existente; las negociaciones en el plano gubernamental entre el Bund y los Länder para la modernización del federalismo; la Comisión mixta Bundestag-Bundesrat para la reforma del federalismo, que comenzó sus trabajos en octubre de 2003, dirigida por Franz Müntefering y el Dr. Edmund Stoiber; y el Acuerdo de la coalición de gobierno de 18 de noviembre de 2005.

II para los nuevos Länder; fortalecimiento de la orientación europeoa («Europatauglichkeit») de la Ley fundamental mediante una nueva regulación de la representación exterior y mediante el establecimiento de normas para un pacto de estabilidad nacional así como para la exigencia de responsabilidad (responsabilidades financieras) por la vulneración del Derecho supranacional.

En suma, lo que se trata de conseguir es la reducción de la confusión institucional y competencial existente entre el Bund y los Länder, que perjudica tanto la eficiencia como la transparencia democrática y volver a instaurar responsabilidades claras. El objetivo último de lograr un ordenamiento federal eficiente en Alemania requiere una nítida delimitación de competencias, procedimientos de decisión y responsabilidades financieras entre los planos de la federación y de los Länder, también en la relación respecto a la Unión Europea. Se persigue en última instancia lograr un renovado balance entre los elementos federales de la solidaridad y la cooperación, por un lado, y de la competitividad, por otro, de forma que resulte un fortalecimiento permanente de la capacidad de acción y decisión tanto de la federación como de los Länder (incluidos los municipios).

5. LAS MODIFICACIONES MÁS SIGNIFICATIVAS DE LOS ASPECTOS FINANCIEROS EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2006[19]

En coherencia con los objetivos planteados respecto a la Constitución financiera en el contexto de la reforma de modernización del federalismo –atribución clara de la responsabilidad financiera, desenmarañamiento y potenciación de la autonomía de acción–[20], se ha procedido a reducir las financiaciones mixtas; reforzar los requisitos para la obtención de ayudas financieras; introducir nuevos casos de necesidad de aprobación de las leyes federales por el Bundesrat cuando supongan un aumento de gastos para los Länder; reforzar la autonomía impositiva regional; incluir en la Ley Fundamental un pacto nacional de estabilidad; y regular expresamente en el texto constitucional el reparto de cargas entre la federación y los Länder

[19] Ley de 28 de agosto de 2006, BGBl. I, p. 2034. Nos limitamos en este trabajo al estudio de la reforma del texto de la Ley Fundamental, no profundizando en el estudio de las modificaciones que introducen las Leyes de acompañamiento.

[20] I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, "La fallida reforma del federalismo alemán", *Teoría y realidad constitucional,* nº 16, 2005, pp. 377 a 396. M.A. CABELLOS ESPIÉRREZ, "Los resultados del proceso de reforma del federalismo en Alemania", *Revista General de Derecho Constitucional,* nº 2, octubre, 2006.

en el caso de vulneración de las obligaciones supranacionales e internacionales.

5.1. Reducción de financiaciones mixtas

La crítica a las financiaciones mixtas se concentra en torno a tres argumentos: la disminución de incentivo que supone para los Länder, de modo que se incurre en determinados gastos no porque sean necesarios, sino porque el Bund facilita la financiación al efecto. Por otra parte, en la medida en que se trata de decisiones conjuntas entre el Bund y todos los Länder, las formas de financiación mixta rigidifican en cierto sentido el presupuesto de los Länder, pues se predetermina el destino de parte de los recursos. Inevitablemente se produce un tercer efecto negativo, al quedar limitada la autonomía de los Parlamentos de los Länder, que se ven obligados a cooperar con otros entes, por la preeminencia de los ejecutivos en las negociaciones y decisiones sobre financiación mixta[21].

5.1. a) Tareas comunes

Respecto a las tareas comunes contempladas en los arts. 91a y 91b del Título VIII.a, la nota más relevante es que, a pesar de las modificaciones que experimentan, este polémico instrumento de financiación se conserva. Se suprime únicamente la tarea común de "ampliación y construcción de Universidades, clínicas universitarias inclusive", con la finalidad de contribuir a la necesaria clarificación competencial y a una nítida atribución de responsabilidades[22]. De esta forma se eliminan supuestos de financiación mixta, reforzando así a los Länder. La normativa aprobada a partir del art. 91a apartado 2, en relación con el apartado 1.1, continuará vigente, según el art. 125.c.1, hasta el 31 de diciembre de 2006. Las aportaciones financieras de la federación que queden liberadas debido a la supresión de esta tarea común pasarán a los Länder en las proporciones que establece el art. 143c. Los detalles se regularán por ley federal con aprobación del Bundesrat (artículo 143.c.4).

Por su parte, la regulación de las tareas comunes facultativas del art. 91.b recibe una nueva redacción que detalla lo que antes sólo se reseñaba

---

[21] R. POHL, "Stellungnahme zu den Themen Mischfinanzierungen und Steuerverteilung", *Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung*, Kommissionsdrucksache 0021, p. 1.

[22] *Deutscher Bundestag. Drucksache* 16/813. 7.03.2006.

como "convenios en la planificación de la enseñanza y en la promoción de instituciones y proyectos de investigación científica de relevancia suprarregional". La nueva redacción del art. 91.b queda así[23]:

Artículo 91.b. Planificación de la enseñanza y modificación.

"(1) La Federación y los Länder podrán cooperar en virtud de convenios en los casos de significación suprarregional en la promoción de:

«1. instalaciones y planificación de investigación científica fuera de las Universidades;

2. planificación de ciencia e investigación en las Universidades;

3. instalaciones de investigación en las Universidades, incluyendo grandes equipamientos.

Los convenios del apartado 2 requieren la aprobación de todos los Länder.

(2) La Federación y los Länder podrán cooperar en virtud de convenios para establecer la eficiencia del sistema educativo en el contexto internacional y con respecto a los informes y recomendaciones relativos a este tema».

(3) La responsabilidad sobre los gastos se regulará en el correspondiente convenio."

Las tareas comunes del art. 91 a y b LFB se recogieron, como sabemos, en el plano constitucional en la reforma de 1969. En contra de las aspiraciones de aquel momento, el resultado de las tareas comunes ha sido en la práctica la producción de un mayor grado de ineficiencia, confusión e irresponsabilidad que antes de su inclusión en la Ley Fundamental. La práctica en relación con las tareas comunes ha conllevado a efectos de la percepción por el ciudadano confusión competencial, opacidad en cuanto a la participación en la financiación, un proceso de atribución competencial al Bund y a los Länder cada vez más complejo, falta de claridad en la atribución de decisiones entre el Bundestag y el Bundesrat; – en suma, una evolución insostenible que cuestiona la capacidad impositiva constitucional-financiera de todo el conjunto[24].

---

[23] El entrecomillado («») indica el texto modificado o añadido por la reforma.

[24] B. BODE, "Föderalismus in neuem Gewand", *Zeitschrift Das Parlament. Aus Politik und Zeitgeschichte*, Deutscher Bundestag und Bundeszentrale für politische Bildung, www.bundestag.de, 2006. H. HOFMANN, "Die Vorschläge der Bundesstaatskommission im Spiegel notwendiger Reformen der Finanzverfassung", M. BORCHARD y U. MARGEDANT (eds.), *Der deutsche Föderalismus im Reformprozess*, Sankt Augustin, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, pp. 38 a 40.

Los artículos 91.a y 91.b comprenden materias del ámbito competencial de los Länder: Universidades, protección de costas, investigación científica y planificación de la educación. De estas materias, únicamente la concreta referencia a la construcción de Universidades desaparece. Según la justificación de la reforma constitucional, las significativas diferencias estructurales entre los Länder no permiten de momento materializar una completa supresión de las financiaciones mixtas, tanto en su vertiente de tareas comunes como de ayudas financieras. Ante la diversa situación y grado de desarrollo económico existente en las diferentes partes del territorio federal, se ha optado por mantener la institución de las tareas comunes para la mejora de la estructura económica regional, así como de la estructura agraria y de la protección de costas, materias en las que, en todo caso, dada la existencia de normas comunitarias, únicamente queda un ámbito de decisión e inversión nacional limitado. Se justifica su mantenimiento en la importante función de coordinación que pueden desempeñar en el contexto de las ayudas de la Unión Europea. Se conserva también la posibilidad de trabajo conjunto, parcialmente reestructurada, entre la federación y los Länder en el ámbito de la promoción de la investigación y en el ámbito educativo de la evaluación de la educación[25].

Con la eliminación de la materia "construcción de Universidades" se suprime sin duda uno de los temas más conflictivos, dado que en los últimos años ha resultado siempre difícil lograr un acuerdo sobre el volumen de financiación que debiera ser dedicado a esta tarea. Pero el reconocimiento de la relativa significación de esta supresión, por lo demás lógica consecuencia de la transferencia competencial de la materia educativa a los Länder, no obsta para apreciar el escaso avance que supone para el empeño de clarificación de las relaciones financieras. Devolver a la competencia de los Länder únicamente una materia no cumple el mandato de "desenmarañamiento", dado todo lo que queda pendiente respecto al resto de tareas comunes[26].

5.1. b) Ayudas financieras

En la supresión de financiaciones mixtas se ha avanzado asimismo al reforzar los requisitos para las ayudas financieras de la federación a los

---

[25] A. ARROYO GIL, *El federalismo alemán en la encrucijada*, CEPC, Madrid, 2006, p. 129 y ss.

[26] R. PEFFEKOVEN, "Die Ordnung der Wirtschaft", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 19. August 2006, p. 11.

Länder. Adentrándonos ya, propiamente, en el Título X sobre la Constitución financiera, observamos que desaparece la referencia a las ayudas a la inversión del art. 104.a, aunque se añade un nuevo art. 104.b sobre este tema, que consta de tres apartados, y que recoge y modifica el hasta ahora vigente art. 104.a.4:

"(1) La Federación puede, en la medida en que esta Ley Fundamental le confiera competencias legislativas, otorgar a los Länder ayudas financieras para inversiones de importancia especial de los Länder y de los municipios (asociaciones de municipios), siempre que dichas inversiones sean necesarias para:

1. combatir una perturbación del equilibrio global de la economía o
2. para el ajuste de la distinta capacidad económica en el territorio federal o
3. para promover el crecimiento económico.

(2) Por ley federal, que requiere la aprobación del Bundesrat, o mediante un convenio administrativo en base a la ley federal de presupuesto, se regularán los pormenores, especialmente los tipos de inversiones que se promoverán. «Las ayudas se otorgarán por tiempo limitado y se sujetarán con respecto a su utilización a comprobaciones periódicas. Las ayudas financieras se conformarán con el transcurso del tiempo con importes anuales que deben ir decreciendo.

(3) El Bundestag, el gobierno federal y el Bundesrat, si así lo requieren, deberán ser informados sobre la aplicación de las medidas y las mejoras conseguidas»".

Aunque en la propuesta de reforma se propuso la supresión del segundo supuesto del apartado uno y la exclusión de las materias exclusivas de los Länder del primero, finalmente no ha prosperado. Lo que sí ponen de manifiesto el segundo y tercer apartado del 104.b. es que aumenta el control por parte de la federación del uso que los Länder realizan de las ayudas financieras que se les transmiten. Se trata con ello de asegurar su eficiente utilización. Experiencias pasadas (especialmente los malos resultados en relación con los fondos del Pacto de solidaridad II, teóricamente destinados a la inversión en las infraestructuras de los nuevos Länder y, sin embargo, empleados en la práctica en gastos de personal y liquidación de deudas) han puesto de relieve la necesidad de poner plazos a tales ayudas y controlar periódicamente su empleo, en su caso introduciendo sanciones por mala utilización. De conformidad con el art. 125.c, la normativa aprobada en virtud del hasta la reforma vigente 104.a.4 se aplicará, a menos que expire antes, hasta el 1 de diciembre de 2019.

5.1. c) Compensación

Se añade un nuevo art. 143.c., que contempla ayudas financieras que compensen la supresión de tareas comunes:

"(1) Se pondrá a disposición de los Länder a partir del 1 de enero de 2007 y hasta el 31 de diciembre de 2019 anualmente cantidades provenientes del presupuesto de la Federación para (compensar) la supresión condicionada de los aportes financieros de la Federación por la supresión de las tareas comunes para la ampliación y la nueva construcción de universidades, incluyendo clínicas universitarias y la planificación de la educación, así como la supresión de las ayudas financieras para la mejora de las condiciones del tráfico de los municipios y para la inversión en vivienda social. Hasta el 31 de diciembre de 2013 estas cantidades serán proporcionadas a partir de la media de las aportaciones financieras de la Federación en el período de referencia 2000-2008.

(2) Las cantidades referidas en el apartado (1) serán distribuidas entre los Länder hasta el 31 de diciembre de 2013 de la siguiente forma:

1. como cantidades anuales fijas, cuya cuantía se calcula según la participación media de cada Land en el período 2000-2003;
2. en todo caso vinculadas a un ámbito de tareas de la hasta ahora financiación mixta.

(3) La Federación y los Länder revisarán hasta el fin de 2013 en qué cuantía los medios financieros proporcionados a los Länder de conformidad con el párrafo 1 resultan aún adecuados y necesarios para el cumplimiento de las tareas de los Länder. A partir del 1 de enero de 2014 decae la vinculación a un objetivo prevista en el párrafo 2.2 de los medios financieros transferidos de conformidad con el párrafo 1; sí se mantiene la vinculación a objetivos de la inversión del volumen medio. Los convenios derivados del Pacto de Solidaridad II se mantienen igual.

(4) Los detalles serán regulados en una ley federal, que requiere la aprobación del Bundesrat".

El artículo 143.c constituye, pues, una disposición transitoria que regula la compensación entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2019 de los recursos federales que pierden los Länder.

5.2. Aprobación de leyes federales por el Bundesrat

La reforma de los derechos de coparticipación del Bundesrat mediante la supresión, como regla general, de los derechos de aprobación del artículo 84.1 no se extiende al ámbito financiero, que se caracteriza por el con-

trario por la introducción de nuevos casos de necesidad de aprobación de leyes federales cuando éstas comporten un aumento de gastos para los Länder (nuevo apartado 4 del artículo 104.a):

"Las leyes federales que supongan que los Länder deban asumir prestaciones dinerarias, «prestaciones en especie de valor pecuniario o prestaciones de servicio equivalentes respecto a terceros, y que sean ejecutadas por los Länder como asuntos propios o de conformidad con el apartado 2.3 por delegación del Bund, requieren la aprobación del Bundesrat cuando corresponda a los Länder asumir los gastos»".

Respecto a este supuesto, la reforma opera en el sentido de garantizar a los Länder posibilidades de coparticipación cuando por ley federal se aprueben normas que supongan una obligación financiera para los Länder. Con este fin se amplía el requisito de aprobación del Bundesrat que ya no queda sólo previsto para las prestaciones dinerarias. A partir de la reforma requerirán la aprobación del Bundesrat todas aquellas leyes que justifiquen la obligación de los Länder respecto a terceros de realizar prestaciones dinerarias o prestaciones en especie de valor pecuniario, incluidas las prestaciones de servicio equivalentes.

5.3. Autonomía impositiva regional

Al artículo 105, referido a las competencias legislativas, se le añade en su apartado 2.a la siguiente frase:

"(2.a) Los Länder poseen la competencia legislativa en materia de impuestos locales sobre el consumo y el lujo mientras y en tanto estos impuestos no fueran del mismo tipo que los regulados por ley federal. «Los Länder poseen la competencia para determinar la tasa del impuesto en el impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles (Grunderwerbsteuer)»".

La habilitación a los Länder para la determinación de la tasa de un impuesto constituye uno de los factores que puede favorecer la competitividad entre éstos, de forma que traten de crear las mejores condiciones posibles para atraer a un mayor número de contribuyentes [27]. Se fomenta mediante esta autonomía impositiva que aquellos Länder que deseen conservar o crear puestos de trabajo puedan diseñar las condiciones que favorezcan la inversión. En todo caso, la modificación finalmente operada resulta escasa-

[27] H. MEYER, "Erste Überlegungen zum Themenkomplex Finanzrelevante Verflechtungen im föderalen System", *Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung*, Kommissionsdrucksache 0020, pp. 2 a 5.

mente significativa como elemento de fortalecimiento del federalismo competitivo, suponiendo sólo un pequeño paso en esta dirección. Esta reforma posee un reducido impacto económico, puesto que no va a influir decisivamente en las decisiones de ubicación y porque para las empresas este impuesto sólo representa una pequeña parte respecto a la carga impositiva total. Más significativa hubiera sido sin duda la introducción de siquiera un cierto grado de autonomía regional respecto a los impuestos sobre la renta y sobre sociedades, aunque se ha apuntado la inutilidad de una reforma en tal sentido si ello no va acompañado de una modificación del modelo de ajuste financiero que incentive de forma más decidida el potencial éxito de la política fiscal regional[28].

5.4. Pacto de estabilidad nacional

El artículo 109 cuenta con un nuevo apartado quinto, que reza así:

Art. 109. Gestión presupuestaria de la Federación y de los Länder.

"(5) Las obligaciones de respeto de la disciplina presupuestaria para la República Federal de Alemania que devengan de actos jurídicos de la Comunidad Europea basados en el art. 104 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea deberán ser cumplidas de forma conjunta por la Federación y los Länder. Las medidas sancionadoras impuestas por la Comunidad Europea se repartirán entre la Federación y los Länder en una proporción de 65 a 35. El conjunto de los Länder asumirá de forma solidaria el 35% de las cargas que correspondan a los Länder en proporción a su número de habitantes; el 65% de las cargas que correspondan a los Länder será asumido por los Länder de conformidad con su grado de responsabilidad en la causa de las cargas. Los detalles serán regulados por una ley federal, que requiere la aprobación del Bundesrat".

Esta nueva disposición supone la inclusión en la Ley Fundamental de uno de los elementos necesarios para un pacto de estabilidad nacional, en concreto, desde el compromiso adquirido por la República Federal en virtud del pacto europeo de estabilidad y crecimiento para el mantenimiento de la disciplina presupuestaria. El art. 109.5 regula concretamente la responsabilidad que al Bund, por un lado, y a los Länder, por otro, corresponde ante un eventual incumplimiento de las obligaciones comunitarias, fijando los correspondientes porcentajes de reparto de las responsabilidades financie-

[28] G. FÄRBER y N. OTTER,"Reform der Finanverfassung – eine vertane Chance?", *Aus Politik und Zeitgeschichte*, núms. 13 y 14, 2005, p. 35.

ras en caso de imposición de sanciones por parte de la Comunidad Europea. Se ha criticado la aportación sólo parcial que esta nueva regulación supone a la pretensión de inclusión de un pacto de estabilidad nacional en la Ley Fundamental, que garantice no sólo la asunción de responsabilidades en caso de incumplimiento de los límites establecidos al déficit, sino sobre todo que aspire a regular un conjunto de medidas presupuestarias en el art. 115 LFB (reparto vertical Bund-Länder y horizontal del límite de endeudamiento y sanciones internas en caso de incumplimiento) que permitan a largo plazo el respeto del actual porcentaje del 3% fijado por la Unión Europea[29].

Resulta, además, criticable la burda regulación del art. 109.5 que, a pesar de tener en cuenta a los Länder como elementos esenciales del sector estatal, apenas considera el éxito o fracaso de la política llevada a cabo por cada uno de los entes territoriales a la hora de asignar entre ellos el importe de las sanciones europeas.

5.5. Responsabilidad internacional

Se añade un nuevo apartado 6 al artículo 104.a, referido a la responsabilidad por incumplimiento de los compromisos internacionales:

"(6) El Bund y los Länder asumen la carga por vulneración de obligaciones supranacionales o internacionales de Alemania de conformidad con el reparto interno de competencias y tareas. En los casos de una corrección financiera de la Unión Europea que afecte a varios Länder (suprarregional), serán el Bund y los Länder los que asuman tal carga en proporción de 15 a 85. El conjunto de los Länder asume en dichos casos de forma solidaria el 35% de la carga total de conformidad con un esquema general; el 50 % de los gastos totales corresponde a los Länder que hayan causado tal carga en correspondencia al importe de los recursos recibidos. Los detalles se regularán por ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat".

Una de las cuestiones polémicas en los últimos años en Alemania ha sido la atribución de la responsabilidad financiera en caso de vulneración de las obligaciones supranacionales e internacionales. Así, se ha discutido quién debía asumir las cargas económicas resultantes de la sanción por el retraso o la deficiente transposición de una directiva comunitaria, en caso de un mal uso de fondos comunitarios, o ante un fallo de contenido indemnizatorio de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Huma-

[29] H. HOFMANN, op. cit., pp. 60 y 61. G. FÄRBER y N. OTTER, op. cit., p. 37.

nos que condene al Estado alemán por dilaciones indebidas. La Federación había pretendido la responsabilidad financiera de los Länder en razón del principio de conexión del art. 104.a.1. Por su parte, los Länder desplazaban la asunción de cargas al Bund en razón de su competencia en las relaciones exteriores, argumentación que había sido respaldada por el Tribunal Constitucional Federal[30]. El art. 104.a.6 ha venido a regular expresamente en la Ley Fundamental esta cuestión, optando por la distribución de la responsabilidad en función de la opción constitucional respecto al reparto interno de competencias y tareas.

6. BALANCE Y REFORMAS PENDIENTES

Las voces críticas a la reforma de la Constitución financiera son unánimes en cuanto a su insuficiencia. La reforma actual en el plano financiero queda muy alejada de las expectativas iniciales y de las modificaciones consideradas imprescindibles. Los cambios efectivamente realizados, a pesar de que se sitúan en la dirección marcada por las necesidades a las que trata de responder la reforma, apenas alcanzan a avanzar en los objetivos planteados. No en vano, el cierre de la reforma ha ido acompañado de la inmediata reivindicación de nuevas, próximas y urgentes modificaciones. Así, en una resolución emitida el mismo día de la aprobación de la reforma por el Bundesrat, el 7 de julio de 2006, la Cámara expresaba su esperanza de que de forma inmediata se acometiera el segundo paso de la reforma: la regulación de las relaciones financieras entre el Bund y los Länder. En esta resolución se recordaban las modificaciones pendientes, insistiendo en la necesidad de trabajar sobre todo en el logro de mecanismos para la prevención y la lucha contra las crisis presupuestarias; en conseguir un mayor grado de responsabilidad de los distintos entes territoriales; en profundizar en las posibilidades de cooperación entre los Länder; así como en una adecuada dotación financiera respecto a las tareas asignadas. En esta línea, también la canciller Merkel ha anunciado que tras el primer paso de la reforma constitucional vendrá el segundo, la reforma de las relaciones financieras[31].

En particular, ha quedado desechada la opción ya planteada en varias ocasiones de reestructuración del territorio federal a fin de lograr Länder económicamente más homogéneos. La entonces imprescindible modifica-

[30] BVerfGE 109, 1 ss. Sentencia que resolvió la reclamación del Bund frente a Mecklenburg-Vorpommern en relación con las medidas de ayudas comunitarias a la agricultura.

[31] B. BODE, op. cit.

ción del sistema de ajuste financiero ha quedado asimismo postergada, pues únicamente se ha introducido en el artículo 107.1.4 in fine la necesaria consideración de la capacidad impositiva con respecto al impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles, coherente con el incremento de autonomía regional que supone la modificación en este sentido del artículo 105.2.a LFB, a fin de no desincentivar la actuación de los Länder. Huelga decir que la reforma pendiente del sistema de ajuste financiero constituye el núcleo de la reforma financiera, pues del diseño final de este modelo va a depender la configuración de los distintos acentos entre los principios de solidaridad y competitividad, así como el diverso énfasis en la responsabilidad y autonomía de los entes regionales. Por último, en estrecha relación con estas cuestiones, queda por definir un posible sistema de ayudas recíprocas para posibles casos extremos de crisis o quiebras presupuestarias. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 19 de octubre de 2006, que ha venido a denegar la aspiración de Berlín a la garantía de transferencias adicionales del Bund a partir de 2002, de conformidad con el art. 107.2.3 LFB, en relación con el principio federal, contribuirá a marcar las pautas en esta cuestión[32].

El Estado federal aspira por definición a los ideales de autonomía y solidaridad entre todos sus miembros, al equilibrio entre la independencia, la responsabilidad y la conservación de la individualidad de los entes territoriales, por un lado, y a la corresponsabilidad solidaria, por otro. La tendencia hacia el federalismo cooperativo, anclada en los principios de construcción del federalismo competitivo, se ha acentuado en los últimos años en la República Federal, provocando una negativa complejidad, limitación de la responsabilidad y opacidades en el sistema. Todas las críticas que se proyectan con carácter general sobre el federalismo alemán en este sentido concurren asimismo en la Constitución financiera, siendo el ejemplo por excelencia la ruptura del principio de conexión a través de las financiaciones mixtas. La tendencia a la asunción de las cargas financieras por la legislación federal ha contribuido a la desmotivación de Länder y municipios en el esfuerzo de elaboración de una política financiera responsable, reduciendo asimismo su margen de actuación política, además de la presión

[32] BVerfG, 2 BvF 3/03 de 19.10.2006, párrafos 1 a 256, http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20061019_2bvf000303.html. Argumentos principales de esta decisión constitucional son la consideración de las obligaciones de saneamiento del Bund y las correspondientes aspiraciones de un Land en situación de crisis presupuestaria como elementos ajenos al sistema de ajuste financiero del art. 107.2.3 LFB, de modo que únicamente se considerarán acordes con los preceptos constitucionales si responden a un principio de ultima ratio.

G. BANNAS, "Geben und nehmen", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 4 de agosto de 2006.

que puede suponer sobre los entes regionales con menos recursos la capacidad compensatoria del Bund[33]. Por otro lado, un sistema de ajuste financiero que aporte, con base en el principio de solidaridad, todas las cantidades que un Land pueda necesitar en cualquier situación, independientemente de las opciones financieras y presupuestarias regionales, desincentiva el esfuerzo de los Länder. La jurisprudencia constitucional ha establecido que un cierto grado de competitividad política entre los entes territoriales constituye uno de los elementos inherentes a una estructura federal que permite el mejor cumplimiento de los deberes en un plano descentralizado, favoreciendo el esfuerzo de los Länder[34]. Sin embargo, ha quedado postergada una reforma decidida que establezca un nuevo equilibrio entre estos principios federales y que necesariamente requiere la reordenación de las relaciones financieras.

En este sentido, en diciembre de 2006 se ha decidido la puesta en marcha de una Comisión conjunta del Bundestag y del Bundesrat para la modernización de las relaciones financieras Bund-Länder[35]. La misión de la Comisión consiste en proponer medidas para acompasar las relaciones financieras Bund-Länder a las nuevas condiciones estructurales, en especial de cara a una política de crecimiento y fomento del empleo. Los objetivos pasan por fomentar la responsabilidad de cada ente territorial así como reforzar su financiación en función de las tareas asignadas. En especial, se deben estudiar y proponer medidas para combatir crisis presupuestarias ya existentes o posibles en el futuro, para sanear, desburocratizar y aumentar la eficiencia, reforzar la cooperación y facilitar las agrupaciones voluntarias de Länder.

Con la reforma del orden federal, Alemania pretende, en última instancia, preparar los pilares constitucionales desde los que afrontar con éxito los graves problemas que sufre de ralentización del crecimiento económico y paro, así como las reformas de la educación y del presupuesto estatal. En estos últimos días de 2006 de nuevo se sitúa en la primera línea de la agenda política alemana la necesaria reforma pendiente de la Constitución financiera.

---

[33] U. MARGEDANT, op. cit.

[34] Recordemos el espaldarazo que en este sentido supuso la BVerfGE de 11 de noviembre de 1999 a las reformas que aspiran a un mayor grado de federalismo competitivo.

[35] Esta Comisión se compone de dieciséis miembros de cada Cámara, perteneciendo cuatro de los miembros del Bundestag al Gobierno federal. Cuatro diputados de los Parlamentos de los Länder participarán en la Comisión con voz pero sin voto, y se tendrá en cuenta asimismo los intereses de los municipios. Las decisiones en el seno de la Comisión se tomarán por una mayoría de dos tercios. "Föderalimusreform II", http://www.bundesrat.de.

RESUMEN

En el contexto de la reforma del federalismo alemán se examinan en este trabajo las modificaciones que ha experimentado la Constitución financiera. Para ello, se procede en primer lugar a recordar los principales rasgos del modelo constitucional financiero alemán desde la importante reforma de 1969, enumerando los elementos que han venido a subrayar el carácter cooperativo del federalismo en Alemania.

Un breve repaso a las modificaciones y acontecimientos más recientes pone de relieve que a pesar de la trascendencia histórica de algunos de ellos, cual es la reunificación, la mayoría de reformas se han afrontado desde el plano legislativo. La escasa jurisprudencia constitucional ha reforzado esta tendencia, añadiendo reflexiones de interés en cuanto a la necesidad de retomar algunos elementos asociados a la eficiencia del modelo de federalismo competitivo.

La reforma constitucional financiera llevada a cabo en Alemania en el verano de 2006 se caracteriza porque apenas supone un pequeño aporte a la necesaria clarificación competencia, institucional y de responsabilidades y a la potenciación de la autonomía regional. Las modificaciones más relevantes operadas han contribuido a reducir las financiaciones mixtas; reforzar los requisitos para la obtención de ayudas financieras; introducir nuevos casos de necesidad de aprobación de las leyes federales por el Bundesrat; reforzar la autonomía impositiva regional; incluir en la Ley Fundamental un pacto nacional de estabilidad; y regular expresamente el reparto de cargas entre la federación y los Länder en el caso de vulneración de las obligaciones supranacionales e internacionales. La reforma de la Constitución financiera ha quedado, pues, pendiente, lo que sitúa de nuevo esta cuestión en la agenda política alemana.

PALABRAS CLAVE: Federalismo alemán, Constitución financiera, reforma constitucional.

ABSTRACT

This work analyzes the modifications that the financial Constitution has experienced in the context of the reform of the German federalism. To this aim, this article firstly refers to the main characteristics of the constitutional financial German model from the important reform of 1969, enumerating the elements that have come to emphasize the cooperative character of federalism in Germany.

A brief review to the more recent modifications and events shows that in spite of the historical importance of some of them, as is the reunification, most of reforms have been confronted from the legislative plane. This tendency has been reinforced by the constitutional jurisprudence, adding interesting reflections related to the necessity to retake some elements associated to the efficiency of the model of competitive federalism.

The financial constitutional reform carried out in Germany in the summer of 2006 is characterized because it represents a small contribution to the clarification which it was necessary at different levels: competential, institutional and those referred to the responsibilities and to the empowerment of the regional autonomy. The most outstanding modifications have contributed to reduce the mixed financings; to reinforce the requirements for the obtaining of financial aids; to introduce new cases in which it is necessary the approbation of the federal laws by the Bundesrat; to reinforce the regional tax autonomy; to include in the Fundamental Law a national pact of stability; and to regulate specifically the distribution of loads between the federation and the Länder in the case of breaking of the supranational and international obligations. Therefore, the reform of the financial Constitution has been postponed, what means to again put this question in the German political agenda.

PALABRAS CLAVE: German federalism, financial Constitution, constitucional reform.

ARTÍCULOS

LAS NUEVAS FRONTERAS DE LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS*

Paola Bilancia**

SUMARIO

1.- Introducción
2.- La Corte de Casación italiana y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
3.- La Corte Constitucional italiana y el derecho de la Convención Europea de Derechos Humanos
4.- El Tribunal de Justicia frente al Derecho del Convenio Europeo
5.- La tutela de los derechos después de la incorporación de la Carta en el Tratado Constitucional Europeo
6.- Nuevas fórmulas de integración en la protección de los derechos
7.- Algunas reflexiones a modo de conclusión

1. INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos afecta a distintos ordenamientos, el nacional, el comunitario, el internacional, constituyendo, sobre todo para estos últimos, una especie de baluarte de la sociedad occidental en defensa de un patrimonio de valores comunes.

Los tres ordenamientos jurídicos no sólo operan sobre niveles distintos, incluso con distinto grado de integración o, incluso, de interferencia, si no

---

* Parte de este artículo ha sido presentado al Congreso anual de la Asociación Italiana de Constitucionalistas (Padova 22-23 de octubre de 2004), estando en prensa la publicación de las actas del Congreso.

** Catedrática de Derecho Público. Universidad de Milán.

también, en el ámbito de la protección de los derechos humanos, operan sobre distintas «rationes» con instrumentos de tutela diferentes, dotados a su vez de diferente grado de efectividad[1].

El siglo XX ha sido para el ordenamiento internacional la fase histórica de compromiso con la protección de los derechos: intentando construir una barrera que impedía su violación por parte de los Estados e, intentando salvaguardar los «estándares» mínimos, el derecho internacional ha perforado los ordenamientos nacionales para introducir la ética común o, mejor, ese patrimonio de valores comunes que constituyen la esencia de los derechos humanos.

En este trabajo nos centraremos sólo en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH), del que hay que recordar que prevé una forma de tutela directa, aunque bajo una forma de garantía, una protección para hacerlos valer respecto de aquellos Estados que se han adherido y que se realiza con modalidades más o menos dotadas de efectividad. Piénsese, por ejemplo, que a día de hoy hay pendientes cerca de ochenta mil recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y que, como máximo, se resuelven ciento veinte asuntos al mes.

El CEDH es un acuerdo internacional de carácter regional cuya finalidad es la armonización de los parámetros de tutela en los Estados que lo han suscrito, siendo los propios Estados quienes deciden cómo asegurar el nivel prescrito por el Convenio y responsabilizándose de esa decisión. Como se sabe, el acceso directo al TEDH para la protección de los derechos permite al particular acceder al mismo siempre y cuando haya agotado todos los recursos previstos en el ordenamiento nacional, siendo por ello relevante el procedimiento interno que, obviamente, varía de país en país. Ello explica el principio de subsidiariedad respecto de los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos. Si la protección adoptada por el órgano de control del Convenio es uniforme, teniendo que cubrir su jurisprudencia un nivel mínimo de garantía del derecho en 46 países, el Convenio prevé en el art. 15 la posibilidad de que los Estados adopten, de forma motivada, en caso de estado de necesidad, medidas derogatorias respecto de las obligaciones impuestas por el Convenio. Sobre la motivación, el TEDH se ha manifestado competente para ejercer su control, adop-

[1] Sobre la autonomía y autosuficiencia de cada sistema de protección de los derechos puede verse F. SORRENTINO, "La tutela multinivel de los derechos", en *Revista Italiana de Derecho Público Comunitario* (Milán), n. 1/2005, pp. 79 y ss.

tando el criterio del "margen de apreciación"[2], que deja, por lo tanto, un margen de discrecionalidad a los Estados permitiéndoles formas de limitación de los derechos justificadas por intereses generales fundamentales de los ordenamientos nacionales (peligro público).

El margen de apreciación varía de derecho en derecho y constituye en el fondo la expresión de la división de poderes o, mejor dicho, de la división de poderes entre los distintos ordenamientos, es decir, entre el Tribunal y los Estados (partes contrayentes): de hecho, el Tribunal se plantea el problema de no invadir la decisión "política" del Estado[3], igual que sucede ante la Corte Constitucional italiana cuando se plantea el problema de limitar, en el mérito, el control de la razonabilidad de la opción política elegida[4].

Como es notorio, el Estado puede ser condenado en juicio por actos, comportamientos u omisiones que constituyen expresión de sus poderes: es decir, por actos administrativos, por decisiones jurisdiccionales y, también, por actos legislativos o actuaciones omisivas, siendo la concreta aplicación (o falta de aplicación) de medidas de protección de un derecho el objeto de la jurisprudencia del TEDH. Ello justifica la intervención subsidiaria del Tribunal europeo, quien puede intervenir una vez agotados todos los posibles recursos procesales jurisdiccionales internos establecidos por el Estado para la protección del derecho vulnerado. El juez europeo ante el caso concreto, no lleva a cabo un examen entre normas (Convenio europeo y nacionales), sino que sobre la base de la protección que otorga la Convención a un derecho, controla si un acto o comportamiento de un poder estatal ha vulnerado ese derecho. Y no sólo el TEDH con sus decisiones enriquece el patrimonio de la tutela, desde el momento que su jurispruden-

---

[2] Cfr. sobre el art. 15 CEDH, en general, G. CATALDI, en S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Comentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, p. 425.

[3] G. RESS, "Separations of powers and the function of Judiciary", en *I diritti umani* tra politica filosofia e storia, Napoli, 2003, p. 103. El Autor afirma que "for the European Court of Human Rigths the problem lies in respecting the genuine sphere of decision of the State".

[4] La jurisprudencia consolidada del Tribunal de Estrasburgo afirma que "discriminación significa tratar de forma diferente, sin una objetiva y razonable justificación, a personas que se encuentran en condiciones relativamente parecidas. Los Estados miembros gozan de un cierto margen de apreciación para establecer en qué supuestos y con qué amplitud las diferencias con otras situaciones similares justifican diferencias en el trato, pero la decisión final sobre el respeto a los requisitos del Convenio corresponde al Tribunal". Cfr las sentencias del TEDH *Willis v. The United Kingdom*, n. 3604/97, § 48, ECHR 2002-IV; *Gaygusuz v. Austria*, de 16 de septiembre de 1996, *Reports of Judgments and Decisions*, 1996-IV, § 42.

cia constituye una inagotable fuente del derecho en garantía de los derechos humanos[5].

Un juez que no actúa, por tanto, aplicando los «statutes» o las leyes, sino que valora la lesión de un derecho, tal y como es enunciado por el Convenio y que opera sobre la base de valores, entre ellos coherentes, a la cual esta preordenado el texto del Convenio.

El TEDH ha utilizado en el desarrollo de su jurisprudencia las técnicas propias de los Tribunales Constitucionales nacionales, como el del «bilanciamento»[6] entre derechos y entre derechos y valores o intereses generales de la comunidad (con la excepción del margen de apreciación ya

---

[5] Para una línea jurisprudencial que incide sobre problemas jurídicos complejos también a nivel nacional, véase la sentencia TEDH de 10 de noviembre de 2005, caso *Leyla Shin v. Turkey*.

El Tribunal establece que la prohibición de usar el velo islámico en la Universidad de Instambul no constituye una violación del art. 9 de la CEDH: la prohibición prevista en la Circular de la Universidad, aún constituyendo una ingerencia en la libertad religiosa de la recurrente, supone una medida necesaria en una sociedad democrática pues persigue objetivos legítimos como la protección de los derechos y de las libertades de los otros, la protección del orden público, la defensa de la laicidad de las instituciones educativas y, por último, la protección de la igualdad entre sexos.

El Juez Tulkens emitió un voto particular discrepante, según el cual la prohibición turca de llevar el velo islámico en la Universidad no es una medida proporcionada para alcanzar los referidos objetivos, siendo, al contrario, una violación tanto de la libertad religiosa como del derecho a la educación. La decisión bloquea una evolución en sentido multinivel de la protección de los derechos sobre un tema "candente".

[6] Un ejemplo reciente del *bilanciamento* lo tenemos en la sentencia *Paturel v. France* de 22 de diciembre de 2005 entre libertad de expresión y protección del honor y de los derechos de los otros (interpretación del art. 10 del Convenio). Sobre el *bilanciamento* de los intereses entre la legislación nacional y el CEDH, Dec. *Evans v. UK*. El *Embriology Act* británico (1990) no excede el margen de apreciación reconocido a los Estados Miembros del CEDH ni contrasta con el justo *bilanciamento* de los intereses requerido por el art. 8 CEDH. La previsión de una rígida y neutra regla consensual, en base a la cual cada una de las partes puede revocar el consentimiento hasta el momento de la implantación en el útero de los embriones crioconservados –con la subsiguiente destrucción de los embriones mismos- no vulnera el derecho al respeto de la vida privada de la parte que, sin embargo, solicita la implantación.

Ejemplos recientes de *bilanciamento* de la Corte Costituzionale italiana por ejemplo, entre el derecho a la defensa y valor de la tutela jurisdiccional; o entre derecho a la intimidad y el interés al desarrollo urbanístico de una zona pueden encontrarse, entre otros, en las sentencias n. 30/2004 (*Gazzeta Ufficiale* de 28.1.2004), el la n. 342/2002 (*Gazzeta Ufficiale* de 17.2.2002), en la n. 407/1993 (*Gazzeta Ufficiale* de 1.12.1993), en la n. 196/2004 (*Gazzeta Ufficiale* de 7.7.2004), en la n. 444/2002 (*Gazzeta Ufficiale* de 20.11.2002), en la n. 344/1999 (*Gazzeta Ufficiale* de 27.10.1999), en la n. 309/1999 (*Gazzeta Ufficiale* de 21.7.1999), en la n. 427/1995 (*Gazzeta Ufficiale* de 20.9.1995), en la n. 298/2003 (*Gazzeta Ufficiale* de 1.10.2003), en la n. 457/1998. (*Gazzeta Ufficiale* de 13.1.1999)

mencionado), la consideración del alcance del núcleo esencial del derecho alegado (sin embargo, interpretado de manera distinta por parte de la Corte Constitucional italiana respecto del caso concreto). Además, hay que tener en cuenta que el TEDH juzga, como mucho, sobre el recurso del particular en relación con un acto o una actuación perjudicial para un derecho, sobre la vulneración de un derecho en un caso concreto del que valora las circunstancias. Para hacer progresar su jurisprudencia, en el sentido de ampliar la protección de los derechos, el Tribunal ha utilizado ampliamente el principio de proporcionalidad y, sobre todo, ha utilizado fórmulas interpretativas muy discrecionales[7]. Aparte de diferentes planteamientos, en ocasiones evidentes entre las cuatro Secciones del Tribunal (desde marzo de 2006, cinco Secciones) y el Pleno, que harían todavía más difícil encontrar una orientación uniforme, la vinculación de su jurisprudencia supondría su interrelación con el ordenamiento afectado. El concepto de «consequences as implication»[8], característico de la vinculación al precedente, conlleva, de hecho, la introducción en el ordenamiento de una nueva regla de derecho, su "universalización" con la finalidad de regular en el futuro el caso concreto: una regla interpretativa que entraría en el sistema vinculando como precedente a los jueces nacionales y comunitarios (y a estos últimos todavía de forma más intensa una vez que se produzca la adhesión de la Unión Europea al CEDH) cuando deban de resolver los mismos casos.

El TEDH, órgano de un ordenamiento internacional, sin ninguna forma de investidura popular al igual que muchos órganos jurisdiccionales de otros ordenamientos, no aplica derecho escrito emanado de la soberanía popular, sino que, aplicando las disposiciones del Convenio, crea derecho que vincula a los ordenamientos nacionales que han de adecuarse. Puede surgir la duda de que los intereses generales o la limitación de los derechos valorados a la luz de un ordenamiento nacional[9] podrían diverger de aquellos que tienen su fundamento en las Constituciones nacionales, como

---

[7] A. MOWBRAY, "The creativity of the European Court of Human Rights", en *Human Rights Law Review*, n. 1/2005 (vol. 5), Oxford University Press, pp. 57 y ss.

[8] N. MACCORMICK, "On legal decision and their consequences: from Dewey to Dworkin", *New York University Law Review*, 1983, p. 243.

[9] Más en general, las reflexiones sobre la condición del "decisor" en los sistemas multinivel en sistemas jurídicos pertenecientes a familias jurídicas distintas, y sobre su condicionamiento ligado a la especificidad de los intereses en juego y al *bilanciamento* de los valores de vez en cuando en discusión, como problema que hace cada vez más complejo el papel de los jueces, son desarrolladas por F. PIZZETTI en "La tutela dei diritti nei livelli substatuali" en *La tutela multilivello dei diritti, punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 199 y ss.

expresión de las sociedades civiles que las sustentan y de su implementación llevada a cabo por los legisladores nacionales[10] y los Tribunales Constitucionales. Un atento estudio de la jurisprudencia del TEDH revela que el Tribunal europeo, a pesar de su "lejanía" parece, al menos hasta ahora, haber demostrado también una cierta sensibilidad en relación con el "contexto interno", en el cual su decisión termina finalmente recayendo[11], debiendo el Estado someterse a la decisión.

Desde una óptica "multinivel" hay que subrayar que el Tribunal de Estrasburgo ha conseguido intervenir en defensa de un derecho protegido al mismo tiempo por el ordenamiento europeo, el comunitario y el nacional, llevando a cabo una lectura de la norma de la Convención a la luz del derecho nacional y del comunitario[12]: el Tribunal ha intervenido sobre el

---

[10] Recuerda S. BARTOLE, en "Rilettura dell'articolo 10.2 della Costituzione spagnola nella prospectiva dell'esperienza costituzionale italiana", en F. FERNANDEZ SEGADO (coord.), *The spanish Constitution in the european constitutional context*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 1539, que derechos y libertades no son sólo espacios de tutela de esferas personales sustraídas a la interferencia de los poderes constituidos, sino también garantías de participación popular en el ejercicio del poder en cumplimiento de las correspondientes cláusulas constitucionales que sancionan la pertenencia de la soberanía al pueblo.

[11] A. PERTICI, "La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo" en las Actas del Congreso *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*. Por otra parte, V. ZAGREBELSKY, en "I giudici nazionali, la Convenzione e la Corte europea dei diritto umani", en *La tutela multinivello dei diritti*, cit, p. 101, ha afirmado que el sistema europeo de tutela de los derechos no vive aislado y cerrado, sino que está fuertemente ligado a la actuación de los distintos sistemas nacionales.

[12] Sentencia del TEDH de 17 de enero de 2006. El caso afecta a una ciudadana española que reside en Francia, antes con el estatuto de refugiada política y luego sobre la base de distintos títulos de residencia otorgados por las Autoridades francesas. La ciudadana recurre contra las Autoridades administrativas francesas, primero ante los Tribunales franceses y, después, ante el TEDH, quejándose de que el dilatadísimo período de tiempo necesario para obtener un permiso de residencia duradero, en vez de permisos temporales, no está justificado ni sobre la base del derecho euro-convencional, ni sobre el derecho euro-comunitario (a partir del Tratado de Maastricht se crea la ciudadanía europea que otorga derecho de libre circulación y estancia de los ciudadanos de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro) y, ni siquiera, sobre el propio derecho francés, no pudiendo justificar el rechazo por razones de orden público, constituyendo una interferencia ilegítima en la vida privada y familiar del ciudadano por parte del poder público.El TEDH interpreta, no sólo la Convención, sino también y muy señaladamente el Tratado comunitario y las directivas que regulan la libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos en los Estados miembros de la Unión, así como la legislación francesa, llevando así a cabo una interpretación integrada y multinivel de distintas fuentes normativas, de distinto tipo y de distintos niveles, todas coincidentes sobre el derecho a la libre circulación y estancia. El Juez de Estrasburgo ha afirmado, también, que el caso de autos es distinto de anteriores pronunciamientos, debido al hecho de que la violación del art. 8 proviene de la situación de precariedad y de incertidumbre padecida por la solicitante: la falta de expedición de un título de residencia durante un periodo tan largo de

derecho de libre circulación y residencia mediante una sentencia interpretativa que ha "afectado" a la normativa comunitaria y a la francesa, mediante una interpretación "integrada" de regulaciones relativas a ese derecho.

2. LA CORTE DE CASACIÓN ITALIANA Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Los primeros defensores de los derechos son los jueces nacionales, sobre los que pesa el deber de garantizar el respeto de los derechos en aplicación de las leyes nacionales, si bien han de tener siempre presente la existencia del Convenio europeo. Se plantea así, para el juez nacional, el problema de la aplicación del derecho emanado del Convenio, entendido no sólo como aplicación de las propias normas contenidas en el Convenio, introducidas en el ordenamiento italiano mediante la ratificación del mismo, sino también como aplicación del derecho derivado, de la actividad de «lawmaker» del Tribunal de Estrasburgo.

La Corte de Casación italiana, después de una primera posición de negativa total a la aplicación de las normas del CEDH "que afectaría sólo a las Altas Partes contrayentes", cambió de orientación en 1989[13] reconociendo la aplicación de las normas del Convenio y distinguiendo, además, entre las normas pactadas, aquellas que vinculan directamente, de aquellas que requieren un específica actividad normativa por parte del Estado[14]. Si

---

tiempo constituye inequívocamente una intromisión en la vida privada y familiar, intromisión que no es tampoco justificable a la luz del art. 8.2. En definitiva, después de haber analizado la normativa nacional, la normativa y la jurisprudencia comunitaria aplicable al caso, el Tribunal concluye que no siendo justificable por ley el transcurso de más de 14 años para la expedición, por parte de las autoridades francesas, de un título de residencia a la peticionaria, existe una violación del art. 8 de la Convención. Crucial ha sido en la resolución del caso la utilización del derecho comunitario, que constituye el aspecto más significativo de la sentencia, pues se afirma que el art. 8 de la CEDH debe de ser interpretado a la luz del derecho comunitario y, en concreto, de las obligaciones impuestas a los Estados miembros en relación con los derechos de entrada y residencia de los ciudadanos comunitarios.

[13] La sentencia n. 1101/1989, caso *Polo Castro*, del Tribunal de Casación, Sala de lo Penal, sancionó la aplicación directa en el ordenamiento italiano del Convenio europeo, afirmando el Tribunal de Casación la aplicación directa del art. 5.4 del Convenio, aclarando en todo caso que ello era posible, en general, siempre y cuando la disposición invocada tuviera correspondencia con un acto normativo interno idóneo para crear obligaciones y derechos.

[14] Para un examen riguroso de la jurisprudencia de la Corte de Casación véase L. MONTANARI, "Giudici comuni e Corti sopranazionali: rapporti fra sistemi", en *Atti del convegno su la Corte Costituzionale e le Corti in Europa*, cit., texto provisional, pp.11 y ss. En particular, sobre normas de principios del Convenio que necesitan ser implementadas por el legislador nacional y para las cuales, por tanto, no cabe la aplicación directa, véase la sentencia n. 3429, de 8 de enero de 2003, de la Sección VI, Penal, de la Corte de Casación.

parecía posible aplicar únicamente las disposiciones con contenido preceptivo del Convenio, en términos generales se tenía que excluir por el contrario su aplicación directa –incluso bajo la forma de no aplicación de las disposiciones legislativas internas por parte del juez nacional- ya que, se afirmaba, corresponde al Estado («rectius»: al legislador) la adecuación de las normas nacionales al derecho del Convenio[15]. La no aplicación de la legislación nacional en conflicto con éste se ha producido en casos aislados[16] por parte del juez de instancia.

Las normas del Convenio Europeo de 1950 han sido revalorizadas por la Corte Constitucional italiana en 1993[17] -en una sentencia que ha quedado aislada- como normas derivadas de una fuente atípica y, como tales, no susceptibles de derogación o modificación por parte de las disposiciones de la ley ordinaria. Poco después de esta sentencia, la Corte de Casación, en relación con la afirmación de la capacidad de las disposiciones del Convenio para resistir a disposiciones legislativas posteriores, las consideraba principios generales del ordenamiento en razón de su ubicación en el ordenamiento italiano[18]. Tampoco han faltado sentencias que han reconocido como directamente aplicables algunas normas del Convenio como la contenida en el art. 6 sobre la publicidad de las audiencias[19], sobre el derecho

---

[15] Véanse, por ejemplo, las sentencias n. 10693, de 27 de julio de 1989, la n. 2823, de 20 de mayo de 1991, la n. 2549, de 28 de mayo de 1996, la n. 2550, de 31 de mayo de 1997, la n. 1439, de 21 de mayo de 1998. Más recientemente véase la decisión del Consejo de Estado, Sección IV, de 24 de marzo de 2004, n.1539, que confirma que, no siendo posible una relación de no supremacía entre las normas del Convenio europeo y las leyes nacionales (análoga a la existente en el derecho comunitario) para considerarse de igual rango, ello impide reconocer el mismo presupuesto jurídico y conceptual que autoriza la no aplicación de las disposiciones legislativas internas contrarias al derecho a la efectividad de la tutela judicial sancionada por el Convenio.

[16] Sobre la no aplicación de la norma interna, sin embargo, véase recientemente la sentencia del Tribunal de Génova, *Traghetto c. Ente Poste*, de 4-6-2001. Sobre el tema, véase A. GUAZZAROTTI, "I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione", en *Quaderni costituzionali*, n.1/2003, pp. 25 y ss.

[17] Sentencia de la Corte Constitucional n. 10/1993.

[18] Con la sentencia «*Medrano*», Corte de Casación, Sección I, Penal, sentencia n. 2194-1993, el Tribunal hacía referencia a la "particular fuerza de resistencia, respecto de la legislación ordinaria posterior, de la regla del art. 8 del Convenio. Véase tambien la sentencia de la Corte de Casación, Sección I, Civil, n. 6672/1998, caso *Galeotti Ottieri c. Amministrazione delle finanze*.

[19] El Pleno de la Corte de Casación, sentencia de 10 de julio de 1991, n. 7662, ha afirmado la abrogación sobrevenida del 34 apartado 2 del Real Decreto Legislativo n. 511, de 31 mayo de 1946, en la parte en la que excluía la publicidad de la discusión del pleito en un juicio disciplinario por parte de los magistrados por contraste con la regla de la publicidad de las audiencias *ex* art. 6 del Convenio que impone límites precisos a la deliberación a puerta cerrada.

a la imparcialidad del juez en la administración de justicia[20]. La Casación, después, ha reconocido expresamente la "naturaleza supraordenada" de las normas del Convenio, sancionando la obligación del juez de "inaplicar" la norma interna en conflicto con la del Convenio "dotada de aplicación inmediata en el caso concreto"[21].

Pero es necesario subrayar el posterior desarrollo de la orientación del juez de la casación relativo a la "jurisprudencia" del Tribunal europeo. La Casación italiana, hasta el año 2004, siempre ha rechazado la vinculación directa del derecho vigente derivado de las materias reguladas por el Convenio, a pesar de reconocer la función de orientación e «indirizzo» que las decisiones de Estrasburgo cumplen en relación con la jurisprudencia interna[22]. Es más –ha afirmado la Casación- los jueces nacionales deben exponer los motivos en base a los cuales llegan a un resultado hermenéutico distinto[23].

En enero de 2004, la Casación, en cuatro sentencias[24], ha reconocido la aplicación directa de la jurisprudencia del TEDH en relación con el resarcimiento del daño –a cargo del Estado italiano- en los casos de duración excesiva de los procedimientos, resolviendo así una especie de conflicto

---

[20] Sentencia de la Corte de Casación de 24 de marzo de 2002, n. 4297.

[21] Sentencia de la Corte de Casación de 19 de julio de 2002, n. 10542.

[22] La sentencia de la Corte de Casación, Sección IV, Penal, de 18 de noviembre de 2003, n.1969, a pesar de invocar anterior jurisprudencia del Tribunal europeo, afirma que "constituye orientación jurisprudencial aquella según el cual, a pesar de que deba reconocerse a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo valor de precedente en el enjuiciamiento de las situaciones jurídicas amparadas por el CEDH, debe negarse fuerza vinculante directa de las sentencias para el juez italiano". En esta línea ya se habían pronunciado las sentencias de la Corte de Casación de 26 de julio de 2002, n. 11046, la de 2 de agosto de 2002, n. 11573 y la n. 11600, así como otras citadas en la sentencia de 2003.

[23] Sentencia de la Corte de Casación, Pleno, de 14 de abril de 2003, n. 5092.

[24] Sentencias de la Sala de lo Civil n. 1338, 1339, 1340, 1341 de 26 de enero de 2004. En concreto se puede leer en la sentencia n. 1340: "el ámbito jurídico de la reparación equitativa del daño no patrimonial está, en otras palabras, marcado por el respeto al CEDH, por la forma como ella se plasma en las decisiones, por parte del Tribunal, de casos similares a los examinados por el juez nacional". Las sentencias han negado que el supuesto previsto por la norma nacional asumiera connotaciones distintas de las fijadas por el CEDH, respecto de la cual la misma norma interna es considerada no constitutiva del derecho a una equitativa reparación por una duración no razonable del proceso, sino únicamente creadora de un recurso interno –antes inexistente- para asegurar la tutela judicial efectiva a los perjudicados por la vulneración de este derecho. Tutela judicial efectiva prevista en el art. 13 del Convenio, que establece el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional y cuya utilización condiciona la continuación del procedimiento ante el Tribunal de Estrasburgo. Antes de la introducción del recurso en el ordenamiento italiano, el recurso ante el TEDH se podía plantear de forma directa e inmediata (art. 34 del CEDH).

que se había creado con el Tribunal europeo. Éste, precisamente, en un anterior Auto de admisibilidad relativo al caso «Scordino»[25] había señalado que la ley italiana (conocida como la Ley Pinto[26]), adoptada para la reparación de los daños ocasionados por una indebida duración del proceso, tenía que ser aplicada a la luz de la jurisprudencia de Estrasburgo y que esa jurisprudencia formaba parte integrante del Convenio. El Tribunal europeo, en relación con la falta de la plena protección acordada para la reparación del daño por parte de los Tribunales de segunda instancia en aplicación de la ley italiana, había afirmado que "se deduce del principio de subsidiariedad que las jurisdicciones nacionales deben, en la medida de lo posible, interpretar y aplicar el derecho nacional conforme al Convenio"[27].

En realidad no está claro si la Corte de Casación italiana ha sancionado la vinculación al precedente o si, por el contrario, se trata de una aplicación "debida" al reenvío que efectúa la Ley Pinto al art. 6 del Convenio[28], el cual no implica automatismo en la aplicación de su correspondiente jurisprudencia. De hecho, en la motivación de las sentencias de la Casación posteriores a la "advertencia" del Tribunal europeo se habla de interpretación de la ley (italiana) de acuerdo con el CEDH, dentro de "los límites en los cuales dicha interpretación sea hecha posible por el texto de la Ley 89/2001"[29].

En este incierto cuadro interpretativo, aunque con resultados distintos, la Casación recientemente[30] ha reconfirmado "el valor definitorio, en términos de derecho vigente que supone la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en relación con la definición y delimitación del alcance del supuesto contenido en la norma europea (art. 6.1), a cuya violación nuestro legislador ha querido poner freno mediante un instrumento indemnizatorio" (la Ley Pinto) y ha citado expresamente numerosas sentencias del TEDH (que excluyen de la esfera de aplicación del Convenio las controversias

---

[25] TEDH, Sección I, auto de 27 de marzo de 2003.

[26] Ley 89/2001, *Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile.*

[27] Recurso *Scordino*, cit.

[28] El art. 2 de la Ley 89/2001 dice: "quien ha sufrido un daño patrimonial o no patrimonial como consecuencia de la vulneración del CEDH, ratificado por la Ley 848/1955, de 4 de agosto, en relación con el incumplimiento del plazo razonable del art. 6 apartado 1 del Convenio, tiene derecho a una justa indemnización".

[29] Sentencia 1338/2004. Los fundamentos de la sentencia 1340 lo aclaran mejor: "Puesto que el hecho constitutivo del derecho atribuido por la Ley 89/2001 consiste en una determinada violación del CEDH, corresponde al juez del CEDH determinar todos los elementos del hecho jurídico, que por lo tanto termina siendo conformado por el Tribunal de Estrasburgo, cuya jurisprudencia vincula, respecto de la Ley 89/2001, a los jueces italianos".

[30] Sentencia de la Sección I, Civil, de 4 de mayo-17 de septiembre de 2004, n. 18739.

relativas a obligaciones dimanantes de la legislación fiscal) para negar su aplicación al proceso tributario. También ha rechazado tramitar la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley planteada por el Procurador General en relación con el art. 111 de la Constitución: sólo el legislador –dice la sentencia- puede ampliar el ámbito de aplicación de la norma.

El problema es el de entender si la interpretación conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se debe sólo al reenvío expreso, efectuado por el legislador nacional a la normativa del Convenio, que la Casación habría interpretado como reenvío móvil o, si, por el contrario, su aplicación debería ser diferida a la normativa nacional relativa a los derechos protegidos por el Convenio. El problema no es menor, si se tiene en cuenta que la «forma mentis» del juez nacional se basa en normas establecidas por las leyes, menos acostumbrado a valorar, como hacen los jueces de los sistemas de «common law», ese derecho jurisprudencial.

Siempre en relación con la vulneración de las reglas del derecho a un proceso justo, es significativa la postura adoptada por la Casación Penal[31] que anuló un auto impugnado así como el reenvío al Tribunal del Jurado de segunda instancia de Milán como consecuencia de una decisión del Tribunal de Estrasburgo que consideró que el encarcelamiento del condenado una vez juzgado era una vulneración del art. 5, apartado 2 letra a) del Convenio. El TEDH consideró como vulneración del art. 6 del CEDH la tramitación del proceso en rebeldía (el imputado estaba detenido en otro país por otros delitos), considerando por ello que el proceso no era justo. Para la Corte de Casación italiana se trata, por lo tanto, de valorar si subsiste en el ordenamiento interno la posibilidad de aplicar la decisión de Estrasburgo –evitando la ejecución de una sentencia considerada firme en un proceso que ha sido considerado injusto- a sabiendas de que no existe una norma interna que permita la suspensión de la ejecución y la apertura de un nuevo juicio. El Tribunal Supremo reenvió al juez de instancia el problema de la aplicación directa de una sentencia del TEDH frente a una sentencia que había adquirido firmeza.

Más recientemente, la Casación[32] ha reenviado al juez de instancia para que asuma el contenido de lo expresado por el juez de Estrasburgo, revisando la interpretación sobre la reparación del daño sufrido como consecuencia de la dilación indebida del proceso en relación con los recursos

---

[31] Sentencia de la Sección I, Penal, de 3 de octubre de 2005, n. 35616.
[32] Corte de Casación, Pleno, sentencia n. 28507, de 23 de diciembre de 2005.

de la justicia administrativa, prescindiendo de la necesidad de una instancia para la tramitación urgente del proceso[33].

3. LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA Y EL DERECHO DE LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

La opción llevada a cabo por la Corte Constitucional de no someterse al Convenio, sobre la base de que su introducción en el ordenamiento italiano debe realizarse a través de una norma con rango de ley, subrayando así la dualidad de ambos ordenamientos[34], tiene sus raíces históricas y, hasta el año 2001, amplio apoyo en el texto de la Constitución.

Como recuerda Bartole[35], la firma del Tratado de Paz al terminar la II Guerra Mundial, que imponía al país en el artículo 15 el respeto a los derechos humanos, es acogido casi como un condicionante de la soberanía. Ratificado el Tratado directamente por la Asamblea Constituyente, ésta, cuando llegó a la deliberación del art. 11 de la Constitución, que introducía el sistema de recepción del derecho internacional, pro-

---

[33] Para la Corte de Casación, la instancia para la tramitación urgente (*instanza di prelievo)* prevista en el art. 51 apartado 2 del Real Decreto 642/1907, tiene como finalidad declarar la urgencia del recurso para obtener un procedimiento más rápido, alterando el orden de los señalamientos. Ya anterior jurisprudencia (sentencia de 13 de diciembre de 2004, n. 23187; 21 de septiembre de 2005, n. 18759; 12 de octubre de 2005, n. 19801) había afirmado que la lesión del derecho a una duración razonable del proceso debe ser estimada, para los procedimientos ante jurisdicción contencioso-administrativa, en relación con el periodo de tiempo transcurrido desde la fijación del procedimiento. Sobre él no puede incidir la falta o la presentación tardía de la instancia de tramitación urgente.

[34] Ya se ha mencionado la sentencia n. 10/1993: además, hay que citar la sentencia n. 388/1999, en cuya motivación se dice "los derechos humanos, garantizados también mediante convenios universales o regionales, como el europeo, tienen reconocimiento en el art. 2 de la Constitución (*omissis*) las distintas fórmulas que los expresan y los integran, complementándose mutuamente en la interpretación". Una crítica a la ambigua fórmula de integración se encuentra en V. ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e i diritti nazionali*, resumen a cargo de A. DE PETRIS, Bollettino 6/2005 –Osservatorio costituzionale Luiss, Roma, 3- giugno 2005. Sobre el desarrollo normativo y la evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos, vésase P. CARETTI, *I diritti fondamentali- Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005, *passim.*

[35] S. BARTOLE, "Rilettura dell'articolo 10.2 della Costituzione spagnola nella prospettiva dell'esperienza costituzionale italiana", citado, pp. 1540 y ss., El artículo 15 del Tratado preveía: "Italia adoptará todas las medidas necesarias para garantizar a todas las personas sometidas a su jurisdicción, sin distinción de sexo, raza, lengua y religión, el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluso la libertad de prensa y de comunicación, de culto, de opinión política y de reunión pública".

tegió la soberanía estatal reconociendo el carácter dual de ambos ordenamientos.

La Corte Constitucional parece, sin embargo, que cada día presta mayor atención a la jurisprudencia del Tribunal europeo, invocándola de forma auxiliar, instrumental o "complementaria"[36] en algunas de sus sentencias y, aunque sigue manteniendo que el Convenio en el sistema italiano tiene fuerza de ley ordinaria, considera que la invocación del derecho europeo puede ser útil en la interpretación de las normas constitucionales de los derechos. Por otra parte, como juez de las leyes y defensor de la Constitución, no podría actuar de otra forma.

Además, la utilización con finalidad interpretativa "complementaria" o, al límite, la utilización «ad adiuvandum» del derecho jurisprudencial europeo, no significa actuar en una vía de interpretación conforme[37].

Los problemas pueden provenir de la introducción en el nuevo art. 117 de la Constitución de las obligaciones internacionales como límite al legislador. La introducción de este elemento adicional en las relaciones entre normas si bien, por un lado, supone ampliar el rol del juez constitucional, por otro, podría llevarlo a una situación problemática en relación con el TEDH, situación problemática que ya se ha producido en otros países adheridos a la Convención[38]. De hecho, aunque el Tribunal europeo no tenga capacidad para anular, sino tan sólo para declarar contrario el acto (que podría ser también una sentencia de la Corte Constitucional) al Convenio, ese pronunciamiento podría producir un efecto de deslegitimación considerable[39], también en relación con la propia institución.

---

[36] Véanse las sentencias de la Corte Constitucional n. 120/2004, de 7 de abril, relativa a la inviolabilidad de las opiniones emitidas por los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones, la n.154/2004, de 26 de mayo, relativa al conflicto entre poderes. *Presidente della Repubblica-Autorità giudiziaria*, la n 445/ 2000, la n. 399/1998, relativa al proceso penal en rebeldía, y la n. 342/1999, en materia de participación a distancia del imputado en el acto del juicio oral.

[37] Para una riflessione sobre el tema, véase. A. PACE, "La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia*",* en *Diritto Pubblico*, 2001, p. 1 ss.

[38] G. ZAGREBELSKY en el Encuentro celebrado en la LUISS el 26 de marzo de 2004 recordaba el caso *Rumasa,* relativo a la expropiación de un holding de empresas, proceso en el que se condenó a España porque el Tribunal Constitucional no había garantizado la contradicción de las partes en el procedimiento constitucional de declaración de ilegitimidad constitucional de Real Decreto de expropiación.

[39] Una deslegitimación general del sistema, de nuestros sistemas político-constitucionales (puesto que las declaraciones de derechos son el producto de la democracia representativa), afirmó G. ZAGREBELSKY en la ponencia citada.

4. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA FRENTE AL DERECHO DEL CONVENIO EUROPEO

También el Tribunal de Luxemburgo utiliza la jurisprudencia del Tribunal europeo en sus sentencias, hasta el punto que podría pensarse, llevando a cabo un examen superficial, en un sometimiento a la jurisprudencia derivada del CEDH.

El Tribunal de Justicia (de ahora en adelante TJ) ha ido paulatinamente ampliando sus competencias[40], originalmente vinculado sólo a las libertades previstas en el Tratado de Roma y, por medio del efecto arrastre, partiendo de casos concernientes a la normativa comunitaria se ha convertido en juez de algunos derechos, asumiendo la protección de las tradiciones constitucionales comunes de los países miembros o la protección de los derechos del Convenio europeo[41], haciendo cada vez más referencias al Tribunal de Estrasburgo.

Pero hay que advertir que el TJ, aun utilizando la jurisprudencia del Tribunal europeo, no siempre ha seguido sus directrices. De hecho ha ocurrido que, dedicando gran espacio a las decisiones de Estrasburgo, ha declarado la inaplicabilidad de tal jurisprudencia al caso de autos[42].

---

[40] Causa 1572/73, *Sotgiu*, sentencia de12 de febrero de 1974, y más incisiva y recientemente Causa 1422/02, caso *García,* sentencia de 2 de octubre de 2003, ambas de prohibición de discriminación en base a la nacionalidad, que por diferentes aspectos han ampliado el contenido de la ciudadanía europea. Respecto, de la prohibición de discriminación por razón de sexo, véase la causa 43/75, sentencia de 8 de abril de 1978, llamado *leading case* por M. CONDINANZI, en "Il Livello comunitario di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*",* en P. BILANCIA e E. DE MARCO (coords.) *La tutela multilivello dei diritti, punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione,* Milano, Giuffrè, 2004, pp.41 y ss.

Una evolución significativa de la jurisprudencia europea hacia la tutela de los derechos sociales la representa la sentencia CGCE, de 16 de marzo de 2006, C-131/04 e C-257/04, *C. D. Robinson-Steele.* "Al respecto es oportuno recordar que el derecho de los trabajadores al descanso anual retribuido debe ser considerado como un principio particularmente importante del derecho social comunitario, el cual no puede ser derogado". Cfr. también CGCE, sentencia de 26 de junio de 2001, causa C-173/99*, BECTU*, *Racc*. pág. I-4881, punto 43. Sobre la utilización del Convenio europeo por parte del Tribunal de Luxemburgo véase T. FREIXES, "La europeización de los derechos fundamentales", en P. BILANCIA E. DE MARCO (coords.), *La tutela multilivello dei diritti*, cit., pp. 21 y ss.

[41] De la sentencia de 16 de mayo de 1986, causa 22/84, *Johnston,* y otras sentencias citadas por M. CONDINANZI, en P. BILANCIA, E. DE MARCO (coords.), *La tutela multilivello dei diritti…*, op. cit., entre las cuales se señalan las concernientes al derecho de propiedad, a la prohibición por discriminación religiosa, el respeto de la vida privada, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Significativa la sentencia *Rutili* de 28 de octubre de 1975, causa 36/75.

[42] Véase B. CONFORTI en "Note sui rapporti tra Diritto comunitario e Diritto europeo dei diritti fondamentali", en *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, Anno XIII, mayo-agosto

Con esta premisa no cabe, por tanto, pensar en una sustancial homogeneización de las dos formas de protección que continúan siendo dos «rationes» diferentes, es más, hay que subrayar el amplio margen de "creatividad" que el juez comunitario ha utilizado, a menudo, también, para seleccionar normas del Convenio y traducirlas en principios generales del ordenamiento comunitario, tal y como hace, por otra parte, con otros instrumentos del derecho internacional como, por ejemplo, con la Carta Social Europea.

La incorporación de la Carta de Derechos en el Tratado Constitucional europeo, que entre otras cosas habilita a la Unión para adherirse al Convenio europeo, podría llevar, acaso, a una mayor "concordancia" entre los dos Tribunales, sobre todo si se considera que las disposiciones relativas a muchos de los derechos en ella contenidos se corresponden con las disposiciones del Convenio[43], y a pesar de que no se haya querido hacer referencia al derecho del CEDH (que comprende también la jurisprudencia creadora del Tribunal europeo y su evolución), sino sólo al Convenio. Se considera que el TJ podría comportarse como los jueces nacionales, llevando a cabo interpretaciones del derecho comunitario conforme al derecho del CEDH, si bien podría apartarse si el ordenamiento europeo lo exige[44]. Recuérdese como en las «Explicaciones» dadas por el Praesidium de la Convención a título interpretativo se dice que allá donde haya correspon-

---

2002, pp. 425 y ss. El autor, en relación con el auto de 4 de febrero de 2000, en la causa C-17/98 (demanda de cuestión prejudicial del Presidente del *Arrondissement Srechtbank de La Haya*), donde la parte demandante que había promovido la cuestión prejudicial había invocado la decisión de Estrasburgo en el caso *Vermeulen c. Belgique* de 20 de febrero de 1996, señala que el Tribunal comunitario a pesar de traer a colación los fundamentos de la sentencia de Tribunal europeo (incluso utilizando también la jurisprudencia posterior a la alegada por la parte) parece que no llega a las mismas conclusiones (violación del art. 6.1 del CEDH) y, por tanto, cuando elabora el correspondiente principio fundamental del derecho comunitario, llega a la conclusión de la inaplicabilidad de la jurisprudencia *Vermeulen* al caso de autos. El autor concluye "No es difícil apreciar en esta motivación, argumentos y observaciones propuestos por los Gobiernos demandados ante el Tribunal de Estrasburgo y por ésta rechazados, en éste y en otros casos análogos.

[43] Hasta doce artículos de la Carta tienen significado y alcance idéntico a los correspondientes artículos del Convenio (y a los Protocolos adicionales); otros cinco artículos tienen un significado idéntico a los correspondientes del Convenio, pero tienen un campo de aplicación más amplio.

[44] Es interesante leer las *Explicaciones* actualizadas a la Carta de Derechos Fundamentales enviadas por el Praesidium a la Convención el 9 de julio de 2003 (Conv. 828/03), en donde se señala para ciertos artículos de la Carta su correspondencia con los artículos del Convenio o de sus Protocolos adicionales, explicaciones que "representan un precioso instrumento de interpretación destinada a aclarar las disposiciones de la presente Carta".

dencia de las disposiciones sobre derechos entre las dos "Cartas", el significado y alcance (de los derechos), comprendidas las limitaciones conexas, son idénticos a los del Convenio. "En consecuencia el legislador, al fijar las citadas limitaciones, tiene que respetar los estándares establecidos por el régimen particular de las limitaciones previstas en el CEDH (…) sin que ello prejuzgue la autonomía del derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia europeo. (…) El significado y alcance de los derechos garantizados están determinados no sólo por el texto del Convenio (y sus Protocolos adicionales) sino también por la jurisprudencia del Tribunal europeo y el Tribunal de Justicia[45]". La jurisprudencia del TEDH podría seguir teniendo para el Tribunal de Justicia, por lo tanto, valor de orientación o guía.

En realidad, no cabe pensar en formas de homogeneización de la tutela de los derechos y, todavía menos, puede instaurarse una relación de supremacía entre ambos Tribunales; sólo cabe incrementar una influencia recíproca de ambas jurisprudencias[46], influencia que no puede ni debe ser formalizada; las relaciones entre ambos Tribunales no tienen que ser "formales".

5. LA TUTELA DE LOS DERECHOS DESPUÉS DE LA INCORPORACIÓN DE LA CARTA EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Distinto es el supuesto de los reenvíos o cuestiones prejudiciales entre jueces de los países miembros y el Tribunal de Justicia[47], en donde el juez nacional debe seguir la interpretación solicitada: la Corte Constitucional italiana desde hace tiempo ha mantenido que las sentencias interpretativas del Tribunal de Luxemburgo, y todavía más las producidas en una causa en

---

[45] Además, en el Preámbulo se dice que la Carta reafirma, en el respeto de las competencias y obligaciones de la Unión y del principio de subsidiariedad, los derechos dimanantes, en especial, de las tradiciones constitucionales comunes y de las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, del Convenio europeo (…) así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del TEDH.

[46] V. ONIDA, en "La tutela dei diritti davanti alla Corte costituzionale e il reciproco rapporto con le Corti sopranazionali", en P. BILANCIA, E. De MARCO (coords.), *La tutela multilivello dei diritti…,* op. cit, p.111, señala la existencia de un diálogo ya existente entre ambos Tribunales, desde el momento que el Tribunal de Estrasburgo mira con mayor atención a la jurisprudencia constitucional italiana y, a su vez, la Corte Constitucional italiana mira con mayor atención a la jurisprudencia del TEDH.

[47] Sobre la elaboración de principios básicos, que por una parte se imponen a los Estados miembros, véase a A. ADINOLFI, "I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri", en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1994, pp. 521-578.

la que se condena al Estado miembro, constituyen fuente del derecho de la Comunidad[48].

Todavía será más visible el fenómeno si el Tratado Constitucional europeo es ratificado por los países miembros, a pesar de las cláusulas horizontales de la Carta, la subsidiariedad, la armonía con las tradiciones constitucionales o el anclaje al CEDH[49]. Los derechos constituirán el límite de la acción de los órganos e instituciones europeas y de los Estados en la construcción e implementación del derecho europeo, pero la tutela "multinivel" de los derechos asumirá una configuración más compleja por que el TJ ampliará su competencia cuando, en su función interpretativa, o en el control de legalidad de los actos sometidos a su enjuiciamiento, tenga también como parámetro las disposiciones de la Carta. Podrá reforzar su control jurídico sobre los órganos e instituciones de la Unión, pudiendo, incluso, inclinar la balanza entre el proceso político y la jurisdicción, pero también tendrá la posibilidad de dar impulso a una configuración de Europa, no más y sólo como economía social de mercado, sino también como ordenamiento basado en una mayor atención de la persona[50], precisamente por estar basado en la tutela de los derechos fundamentales. Por otra parte,

---

[48] Cfr. Sentencia del TC de 23 de abril de 1985, n. 113, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1985, I, pp. 694 y ss.; Auto del TC de 16 marzo de 1990, n. 64, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, pp. 259 y ss.; Auto del TC de 18 de abril de 1991, n. 168, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, pp. 1409 y ss, con nota di F. Sorrentino, "Delegazione legislativa e direttive comunitarie direttamente applicabili", pp. 1418 y ss.; sentencia del TC de 11 de julio de 1989, n. 389, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, I, pp. 1757 y ss.

[49] Veáse P. CARETTI, "La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*",* comunicación presentada al Congreso *CESIFIN,* Florencia, 18 de enero de 2005, en *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005, fasc. 2 pp. 371 y ss.

[50] A. LOIODICE, "L'incorporazione della Carta di Nizza nella Convenzione europea: Innovazioni nella tutela multilivello dei diritti*",* en P. BILANCIA, E. DE MARCO (coords.), *La tutela multilivello dei diritt...,* op. cit, p. 81; A. L. YOUNG, "The Charter, Constitution and Human rights: is this the beginning or the end of human rights protections by Community Law?*"* en *European Public Law,* vol. II, Kluwer Law International, 2005, pp 219 y ss.; R. ALONSO GARCIA, "The general provisions of the Charter of fundamental rights of the European Union", en *Law Journal*, vol. 8, n. 4, December 2002, pp. 492 y ss. Sobre el desarrollo de la protección de los derechos humanos y sobre la lógica institucional en la base de la construcción de la *policy* sobre los derechos, véase A. WILLIAMS, "Mapping Human Rights, Reading the European Union*",* en *European Law Journal,* Vol. 9, n. 5, December 2003, pp. 659 y ss. Sobre el *bilanciamento* llevado a cabo por el Tribunal de Luxemburgo entre derechos fundamentales y libertades relacionadas con el Mercado, véase J. MORIJN, "Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Smidberger and Omega in the Light of European Constitution", en *European Law Journal*, Vol.12, n.1, January 2005, pp. 15 y ss; J.H.H. WEILER, *European Court of Justice and the question of Value Choice, - Fundamental human rights as an exception to the freedom of movement of goods,* NYU School of Law, 2004.

los derechos se configuran no sólo como límites al poder (en la Carta), sino también como objetivos de la Unión (ya desde el art. 6 del TUE). Además, el Tribunal podrá hacer valer su jurisprudencia sobre los jueces nacionales, imponiéndoles no sólo que no apliquen leyes contrarias a la normativa europea que desarrolle principios de la Carta, sino también imponiéndoles seguir su jurisprudencia interpretativa sobre los derechos[51].

En este cuadro hay que tener presente la posibilidad de que las personas físicas o jurídicas puedan recurrir ante el TJ en defensa de actos adoptados contra ellos o que les afecten directa e individualmente[52], y contra actos reglamentarios que les afecten directamente y "que no conlleven ninguna medida de ejecución", según modificación introducida por el Tratado Constitucional (art. 277). En realidad, hasta ahora, el Tribunal ha interpretado restrictivamente[53] la fórmula "directa e individualmente" ya existente en el TUE: si la modificación introducida no permite un recurso por violación de derechos del tipo «Amparo» o «Verfassungsbeschwerde»*[54]*, no hay duda de que con ella se amplia la posibilidad de control por parte del TJ sobre actos vulneradores de derechos. Considerando que las decisiones del Tribunal son título ejecutivo, se vendría así a configurar un recurso más ágil (aunque limitado a los actos de la Unión o de ella derivados) para la protección de los derechos.

También cabe preguntarse si la teoría de los contralímites de los Tribunales Constitucionales italiano y alemán sigue siendo valida. Los derechos fundamentales son parte del núcleo duro del constitucionalismo nacional, también porque, como se ha subrayado, constituyen normas de competencia (negativa): "cada decisión sobre los derechos fundamentales es una decisión sobre las competencias del titular de la soberanía, una decisión

---

[51] Sobre la unidad del sistema jurisdiccional en función de la integración de los ordenamientos puede verse G. MORBIDELLI, "La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento europeo", en *Annuario 1999, La Costituzione europea, Atti del Convegno annuale,* 1999, Cedam, Padova, p.425. Sobre la nomofilaxis del Tribunal de Justicia como factor "unificador", incluso del derecho nacional, véase F.G. PIZZETTI, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, Giuffrè, 2003, pp 283 y ss.

[52] Sobre la ampliación de la legitimidad activa del particular por parte del Tribunal de Primera Instancia, véase la Decisión de 3 de mayo de 2002, *Jégo-Quéré et Cie S.S.* v. *Commissione,* sobre una reclamación de nulidad de los arts. 3 y 5 del Reglamento CE n. 1162/2001.

[53] Véase R. CALVANO, *La Corte di Giustizia e la Costituzione europea*, Padova, Cedam, 2004, p. 250.

[54] Sobre el tema véase A. LANG, "Il diritto ad un ricorso effettivo nell'Unione europea*",*en P. BILANCIA, E. DE MARCO (coords.), *La tutela multilivello dei diritti*…, op. cit., pp.57 y ss.

sobre el límite de hasta donde se extiende su soberanía"[55] y por ello la jurisprudencia del «Bunderverfassungsgericht» tiene abierta la relación entre la «Grundgesetz» y el derecho comunitario, sobre la base de que el poder de la Comunidad es un poder derivado, fundado sobre leyes de autorización de los Tratados.

En el fondo, el nivel de protección de los derechos (más elevado que los estándares mínimos garantizados por el CEDH) que permite la incorporación de la Carta en el Tratado Constitucional está también vinculado "a la armonía con las tradiciones constitucionales comunes"; leyendo la jurisprudencia del TJ que ha conducido a la elaboración de esta fórmula[56], "armonía" no se identifica con el mínimo común denominador entre las protecciones constitucionales de los derechos, que sería imposible de alcanzar. Pero en la Carta se especifica también que el alcance e interpretación de los derechos y de los principios se han de tener en cuenta, allí donde haya expresa referencia en los correspondientes artículos, las legislaciones y la praxis nacional. También se prevé la salvaguardia del nivel actualmente ofrecido por parte de los ordenamientos de los Estados miembros, pues ninguna disposición de la Carta podrá ser interpretada como limitativa o lesiva de los derechos reconocidos en las constituciones de los Estados. De ello podría argumentarse que los márgenes para la defensa de la cultura nacional de los derechos, su protección constitucional y la correlativa validez de los contralímites puede seguir siendo valida: habrá que ver si la jurisprudencia del TJ consigue contenerse y la Corte Costituzionale consigue defender el patrimonio nacional de los derechos que pivotan sobre todo el complejo constitucional, a lo mejor, incluso, mediante la recuperación por parte del juez «a quo» de los recursos sobre el control de las normas de desarrollo de las obligaciones comunitarias relativas a los derechos también protegidos por la Constitución, «ex» art. 117.1.c).

6. NUEVAS FÓRMULAS DE INTEGRACIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

No hay que olvidar otra forma significativa de protección de los derechos que podría ser definida como "horizontal", y que deriva de la ampliación de la comunitarización del derecho internacional privado.

---

[55] H. HOFFMANN, "I diritti dell'uomo, la sovranità nazionale, la carta europea dei diritti fondamentali e la Costituzione europea", en P. BARCELLONA y A.CARRINO (coords.) *I diritti umani tra politica filosofia e storia,* Napoli, 2003, p.142.

[56] Sentencia de 13 de diciembre de 1979, causa C-44/79, *Hauer*, sentencia de 18 de mayo de 1982, causa 155/79, *AM&S.*

El mutuo reconocimiento de las decisiones judiciales en materia civil, que se acompaña con fórmulas de aproximación de las legislaciones nacionales, lo podemos incluir dentro de la cooperación judicial que, en el Tratado de Ámsterdam, salió del tercer pilar para entrar en el pilar comunitario.

La regulación de la materia ha pasado a ser, a partir de una regulación a través de Convenciones, sometidas a ratificación por parte de los respectivos Parlamentos nacionales, una materia propia del derecho comunitario regulada mediante directivas y, sobre todo, reglamentos del Consejo. Varios Reglamentos comunitarios en importantes materias civiles han supuesto una ampliación del derecho regulado en las Convenciones ya acordadas.

En el año 2000, por ejemplo, un Reglamento comunitario que regulaba la quiebra transnacional imponía el mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales a fin de proteger los derechos de los acreedores del quebrado. Y, todavía más significativo, se han aprobado dos Reglamentos comunitarios en el ámbito del derecho de familia[57]. La circulación interordinamental de la protección de situaciones jurídicas subjetivas en el derecho de familia se lleva a cabo mediante la cooperación judicial y se configura como una protección "equivalente", transnacional, porque está reconocida y garantizada en todo el territorio europeo. Los «status» del cónyuge, del divorciado, del padre y los correlativos derechos (y obligaciones), la tutela de la custodia del menor garantizadas por las resoluciones judiciales de un Estado miembro podrán hacerse valer en cualquier Estado miembro. En otras palabras, las resoluciones dictadas en un Estado miembro son reconocidas en los restantes sin necesidad de recurso o procedimiento alguno.

El mutuo reconocimiento es un principio extrapolado, en origen, del TJ en relación con el recíproco reconocimiento de legislaciones a fin de garantizar la libre circulación de bienes producidos según la legislación de un Estado miembro[58]. Este principio, que ahora es aplicado, a fin de desarrollar

---

[57] Reglamento CE n. 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad paterna, que derogan el Reglamento CE n. 1347 del 2000; sobre el tema véase C. KOHLER, "Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto privato internazionale comunitario*",* en PICONE (coord.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004, pp.65 y ss.

[58] CGCE 20 de febrero 1979 *Rewe-Zentral Ag*. contra *Bundesmonopolverwaltung Fuer Branntwein*, causa 120/78, más conocida como el caso *Cassis de Dijon*, sentencia en la que se afirmaba que constituía una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación (art. 30 del Tratado de Roma) la fijación de una graduación mínima para las bebidas alcohólicas –fijada en un Estado miembro- pues con ello se impediría la importación

la libre circulación de personas en la Unión Europea, también a las resoluciones judiciales en materia civil, se basa en la confianza recíproca de los ordenamientos judiciales, en la calidad del derecho sustantivo y procesal de los Estados (la «full faith and credit clause» de la Constitución de los Estados Unidos) y supera, por tanto, las diferentes formas de protección y garantía de los derechos en los ordenamientos estatales[59].

Por último, hay que subrayar que en la introducción del mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales no se ha adoptado, hasta ahora, el mecanismo que normalmente acompaña a su adopción: la armonización de un marco mínimo de legislación sustantiva y procesal en la materia.

7. ALGUNAS REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

En conclusión, se puede afirmar que el fenómeno de "ósmosis"[60] que caracteriza la tutela multinivel de los derechos, por un lado, aparece como un síntoma de deslegitimación de los sistemas políticos constitucionales estatales, puesto que hasta el momento el límite de los derechos se ha

---

y circulación en ese Estado de bebidas alcohólicas de graduación diferente (inferior) pero producidas legalmente y puestas en circulación en cualquier otro país de la Comunidad. De ahí nace el principio del mutuo reconocimiento de las legislaciones para la libre circulación de mercancías, después explicitada en el Acta Única Europea (AUE).

[59] Conviene recordar que el susodicho principio ha sido introducido en el ámbito de la cooperación judicial penal, actualmente el tercer pilar que será comunitarizado cuando se ratifique el Tratado Constitucional Europeo y es, por ejemplo, el fundamento de la actual orden de arresto europeo, que ha sido adoptada mediante una decisión marco del Consejo, sin eficacia directa y que requiere ser implementada por el legislador nacional.

[60] Sobre la ósmosis o "circulación" de las jurisprudencias constitucionales nacionales, sobre todo en materia de derechos, véase la Ponencia que con ocasión del Encuentro celebrado el 21 de abril de 2006 en el Palazzo del Quirinale por los *Cinquanta anni di attività della Corte Costituzionale* pronunció G. ZAGREBELSKY, en www.associoazionedeicostituzionalisti.it. Son especialmente significativas las palabras del autor cuando, a propósito de las formas de convergencia de las jurisprudencias constitucionales (nacionales), afirma: "Es natural, cuando los bienes constitucionales se hacen interdependientes e indivisibles, que las justicias constitucionales de cada nivel aspiren a integrarse, si no en una forma institucional supranacional cosmopolítica, que no está en el horizonte y puede que no esté nunca, al menos, en contextos deliberativos comunicantes. La interacción podrá traer, antes o después, una cierta convergencia de resultados. La apertura de las jurisprudencias a recíprocos argumentos no es una moda, una aspiración de profesores, arbitrio respecto de las respectivas constituciones nacionales. Es una exigencia enraizada en la actual vocación de la justicia nacional. Es parte de un proceso de múltiples caras de 'universalización del derecho', un fenómeno característico de nuestro tiempo jurídico" (S. CASSESE, *Universalità del diritto*, Università Suor Orsola Benincasa, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005).

confiado al sujeto titular de la soberanía. Por otro, la tutela multinivel no excluye que cada sistema nacional esté caracterizado por una mejor tutela de esos derechos fundamentales que constituyen su patrimonio constitucional.

La protección de la mayor parte de los derechos fundamentales, como por ejemplo, la libertad personal, ha nacido en el nivel nacional, forma parte de la tradición cultural y ética de la sociedad nacional, posteriormente ha emigrado a nivel europeo para, después, imponerse en otros países; para otros derechos, como los derechos de los consumidores o el derecho a la protección de los datos personales, la tutela ha surgido a nivel europeo (comunitario) y luego introducida a nivel nacional. Otros derechos, como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, primero se han hecho valer a nivel europeo para después ser asumidos en las protecciones del nivel nacional. Para otros derechos se reconoce la protección acordada en el sistema judicial de un Estado miembro en todo el territorio de la Unión. De este paulatino aumento de la transmigración de garantías seguramente no podrá llegarse a una tutela paneuropea uniforme de los derechos, pero, sí podrá llegarse a una protección más completa a nivel nacional de los derechos (de tradición propia o "importados") siempre y cuando esta tutela esté dotada de efectividad.

En esta constante interacción cabe imaginar una subsidiariedad entre los distintos sistemas, de forma que uno ayudaría al otro en caso de quiebra de uno de ellos. Pero no podemos ignorar la posibilidad de que surjan momentos de conflictividad entre los sistemas en relación con la limitación de los derechos: cabe preguntarse, por ejemplo, ¿qué pasaría si el Tribunal de Justicia europeo no tolerase algunas limitaciones de derechos reconocidas como legítimas por la Corte Constitucional e impusiese sus decisiones en base a la preeminencia de la legalidad europea?

RESUMEN

Este trabajo se ocupa de la protección multinivel de los derechos, desde la perspectiva italiana, pero aplicable a otros Estados de la Unión, entre ellos España. Se expone la interacción existente en la actualidad entre los sistemas nacional y europeos (Convención y Carta) de protección de los derechos. Se parte de la protección a nivel nacional, para adicionarse luego las garantías europeas; aunque en algunos derechos el proceso ha sido inverso. El resultado de esta "transmigración" de garantías es una protección más completa a nivel nacional. Por otro lado, se sostiene la subsidiariedad de estos sistemas de garantías de forma que uno ayu-

daría a otro en caso de quiebra. En todo caso, queda por resolver en esta tutela multinivel de los derechos la cuestión del hipotético conflicto entre las decisiones de los órganos de garantía en cada uno de los niveles.

PALABRAS CLAVE: Derechos, protección de derechos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Constitucional.

ABSTRACT

This work deals with the multilevel protection of the rights, mainly from the Italian perspective, which can be also applied to other Member States like Spain. The existing interaction among the European (Convention and Bill) and national right protection systems is analyzed. It begins with the protection at the national level, to be extended later with the European guarantees; although in some rights the process has been the opposite. The result of this "transmigration of guarantees" is a more and more complete protection at the national level. On the other hand, the subsidiariety of these systems of guarantees is maintained, in order to help each other in case of breaking. In any case, it is to solve about this multilevel right protection the question of the hypothetical conflict between the decisions of the organisms which must guarantee the rights in each one of the level

KEY WORDS: Rights, right protection, European Court of Human Rights, Constitutional Court.

LOS ACTOS NO LEGISLATIVOS EN LA CONSTITUCION EUROPEA*

Eduardo Vírgala Foruria**

SUMARIO

1.- Introducción.
2.- Los actos normativos en el sistema TCE: un sistema de fuentes del derecho asistemático sin fuentes
3.- Los actos jurídicos en la Constitución europea.
4.- Los actos no legislativos en la Constitución Europea.
5.- Los reglamentos delegados.
6.- Los actos ejecutivos.

1. INTRODUCCIÓN

Mi intención en este trabajo es analizar los cambios que ha supuesto la aparición de la Constitución europea (CEu)[1] en lo que en el ámbito interno puede llamarse el sistema de fuentes y, específicamente, en el campo "reglamentario" (utilizando la expresión estatal). Una respuesta ini-

---

* Este trabajo tiene su origen en la ponencia preparada para las "Jornadas sobre la Constitución europea" celebradas en Granada los días 30-31 de marzo de 2005.

** Catedrático de Derecho constitucional. Universidad del País Vasco

[1] El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa fue firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 y está actualmente en fase de ratificación por los Estados miembros de la UE. La ratificación se ha producido en el momento de redactar definitivamente estas líneas por parte de Austria, Bélgica, Chipre, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Eslovaquia, Eslovenia y España, pero está "congelada" de momento en varios países tras el rechazo a la Constitución en los referendos francés (29 de mayo de 2005) y holandés (1 de junio de 2005).

cial que luego se desarrollará es la de señalar que el cambio es profundo, y probablemente lo será más con su puesta en marcha, pero también que siguen subsistiendo muchos de los problemas que tiene la estructura formal del Derecho comunitario, consecuencia de la existencia de un proceso evolutivo en la Unión Europa (UE).

He de reconocer las dificultades que plantea para un constitucionalista educado en las categorías del derecho interno enfrentarse al "sistema de fuentes" comunitario ante el que, por su diversidad con respecto a los nacionales, el operador jurídico ha de manejar nuevas categorías y no aplicar miméticamente las que ha utilizado hasta el momento, pero, a su vez, con la duda permanente de si eso es precisamente lo que se busca, es decir, hacernos olvidar los conceptos que han demostrado su utilidad en el entendimiento del ser y del deber ser de los Estados democráticos europeos.

2. LOS ACTOS NORMATIVOS EN EL SISTEMA TCE: UN SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO ASISTEMÁTICO SIN FUENTES

Como introducción al estudio de los actos no legislativos en la CEu creo necesario recapitular sobre la situación actual de los "actos jurídicos" en el Derecho comunitario vigente. Para ello, es preciso partir de tres afirmaciones que desarrollaré a continuación: la utilización de una terminología jurídica ajena a la de los Ordenamientos internos, la inexistencia de un sistema jerarquizado de fuentes del derecho, como consecuencia de todo ello la ausencia de una teoría acabada de las fuentes del derecho comunitario.

Lo primero que choca a un constitucionalista al analizar el Derecho de la UE es la terminología utilizada, ya que no se habla de normas ni de disposiciones jurídicas sino de actos, medidas, bases o instrumentos jurídicos lo que es revelador de que nos encontramos en un terreno en el que las categorías estatales van a sernos de escasa utilidad, a lo que se añade que cuando aparece un término familiar, como el de reglamento, tiene un significado completamente diferente del propio en los Estados miembros. Se renuncia con la terminología "actos jurídicos" a determinar el grado de generalidad y abstracción y a la distinción entre la forma de la ley y la forma de actuación de la teoría tradicional de la división de poderes. En el Derecho comunitario las "medidas" que los tratados autorizan a los órganos de la UE abarcan tanto actos abstractos como concretos, generales o individuales[2].

[2] BOGDANDY, BAST y ARNDT (2004, 13-14).

Esta situación es consecuencia del origen de la UE (es decir, de las Comunidades europeas en los años 50) en que se pensaba más en medidas de acercamiento adoptadas por una organización internacional que en un sistema completo de normas jurídicas aplicables en los Estados. La enorme evolución desde aquella inicial organización internacional a la UE actual ha significado una eclosión de instrumentos jurídicos para adaptarse a dicha evolución favoreciendo la flexibilidad pero no la claridad ni la seguridad jurídicas. Aunque el art. 249 Tratado de la Comunidad Europea (TCE) parecía establecer un sistema definido de fuentes, la evolución del mismo "ha conducido a que el conjunto de los actos comunitarios haya adquirido una gran complejidad y falta de transparencia"[3]. La consecuencia final es que esos numerosos instrumentos jurídicos (se habla de 15 o más) se producen sin que estén fijadas las relaciones jurídicas entre los mismos y con la ausencia del principio de jerarquía salvo en la relación entre Derecho primario y Derecho derivado. En estas condiciones es imposible hablar de un sistema coherente de fuentes del derecho.

Se ha reiterado hasta la saciedad que un sistema de fuentes del derecho como el que conocemos en los Estados miembros sólo puede darse allí donde exista una clara división de poderes y éstos estén vinculados a grados diversos de legitimación popular y utilicen unos procedimientos propios y estandarizados de creación de normas. En las Comunidades Europeas, los tratados fundacionales no definían los poderes normativos sino las funciones de las instituciones de acuerdo a numerosos procedimientos[4], siendo el elemento fundamental el equilibrio entre instituciones de forma que cada una de ellas actúe de acuerdo con los poderes que le son atribuidos pero con la misma igualdad y autonomía[5]. En definitiva, el principio básico de relación ente las instituciones es el de la competencia de atribución (arts. 5 Tratado de la Unión Europea-TUE, 7 TCE). No se atribuyen competencias según la función legislativa o ejecutiva ni se diferencian los procedimientos[6].

Lo anterior conduce a la inexistencia de diferenciación entre norma jurídica y acto administrativo, tanto porque el emisor puede hacerlo todo en el mismo acto como por la utilización del mismo tipo de actos tanto para normar como para ejecutar. No hay separación entre legislación y ejecución

---

[3] SANTOS (2004, 5).

[4] Presidium de la Convención Europea, "Los instrumentos jurídicos: sistema actual", CONV 50/02, p. 3.

[5] BAST (2003, 32).

[6] BOGDANDY, BAST Y ARNDT (2004, 14).

ni por el tipo de instrumento utilizado ni por la identidad del autor del acto ni por el nivel de detalle de la medida[7], la única diferencia es por efectos jurídicos y no por su función legislativa, ejecutiva, etc.[8], hasta el punto de que sólo pueden considerarse sin carácter normativo en sentido estricto las decisiones dirigidas a los particulares y los numerosos actos típicos y atípicos no vinculantes[9] a veces con idéntica denominación (resoluciones, conclusiones, comunicaciones, declaraciones, códigos de conducta; más los derivados de la cooperación intergubernamental en la Política exterior y de seguridad común (PESC) del art. 12 TUE y de la Cooperación judicial y penal del art. 34 TUE: estrategias comunes, acciones comunes, posiciones comunes, decisiones marco, convenios), con naturaleza jurídica dudosa o con vinculación dudosa e incluso hay actos "que no se podría calificar de jurídicos, pero que han adquirido de facto un carácter vinculante"[10]. Esto es consecuencia de la antes señalada inexistencia de separación de poderes y de que hasta el Acta Unica Europea (AUE) el único legislador real era el Consejo, por lo que desde un punto de vista nacional podía parecer que todo el poder decisor de la UE era exclusivamente ejecutivo[11]. A ello se añade que en el ejercicio de una misma función participan varias instituciones, ya que el Consejo puede actuar como legislativo o ejecutivo (art. 202 TCE) y la Comisión adopta actos ejecutivos pero también normativos (art. 86.3 y 88 TCE). Los tratados no definen los poderes legislativo y ejecutivo sino las funciones de las instituciones a través de diversos procedimientos que varían según las materias y no según el tipo de acto. Mientras el poder legislativo está más o menos definido, el poder ejecutivo se determina caso por caso en el proceso legislativo y la ejecución, por regla, pertenece a los Estados miembros y sólo subsidiariamente a la UE[12]. La UE tampoco distingue entre poder reglamentario y poder de ejecución mediante actos individuales, incluyéndose ambos en el concepto de ejecución en el sentido de los arts. 202 y 211 TCE[13], mediante el que el Consejo habilita a la Comisión para que realice la ejecución, pudiendo excepcionalmente reservárselo el propio Consejo.

---

[7] LENAERTS y DESOMER (2003, 109), TIBERI (2003, 222).

[8] SANTOS (2004, 5).

[9] BAST (2003, 65).

[10] Presidium de la Convención Europea, "Los instrumentos jurídicos: sistema actual", CONV 50/02, p. 4.

[11] SCHÜTZE (2005, 6).

[12] Presidium de la Convención Europea, "Los instrumentos jurídicos: sistema actual", CONV 50/02, pp. 11-13.

[13] Presidium de la Convención Europea, "Los instrumentos jurídicos: sistema actual", CONV 50/02, pp. 13-14.

Por su parte, en reglamentos (por ejemplo, con intervenciones altamente especializadas en la administración del sector agrario o en la creación de un marco en el que la "cooperación abierta" tome parte), directivas (por ejemplo, dirigidas a activar planes administrativos como cuando los Estados han de desarrollar programas para llevar a acabo determinados objetivos) y decisiones dirigidas a los Estados miembros no hay un criterio general para distinguir actos normativos y ejecutivos[14], aglutinando en un solo instrumento lo que en los Estados miembros son leyes y reglamentos. Por otro lado, tampoco ha habido control jurisdiccional de la elección de actos normativos por los órganos comunitarios, teniendo en cuenta los numerosos casos en que los tratados no optaban por alguno de ellos[15]. Todo esto sólo es atemperado por el criterio del Tribuna de Justicia de la Unión Europa (TJUE), sobre el que luego volveré, de utilizar como principio general que la Comisión, ejerciendo competencias delegadas, está vinculada por los términos de la delegación, no puede ir más allá de lo permitido en la delegación y ha de atenerse a las modalidades definidas en el acto de delegación, lo que juzga el TJUE caso por caso[16].

Esta indiferenciación entre norma y acto tiene como corolario la ausencia de una relación jerárquica entre los actos de Derecho de la UE. No sólo es que no haya jerarquía expresa sino que tampoco la hay implícita entre reglamentos, directivas y decisiones, lo que produce opacidad e inseguridad legal[17]. No hay jerarquía ni entre los actos ni entre los órganos ni dependiendo del procedimiento normativo utilizado[18]. Reitero que sólo existe la jerarquía entre Derecho primario y derivado y la jerarquía lógica entre actos base y actos de desarrollo.

Si hay base jurídica suficiente, un acto de una institución puede modificar o derogar el de otra institución, aplicándose sólo el principio de <<lex posterior>> salvo atribución expresa en el tratado y hay ejemplos de que esa atribución no siempre se produce (por ejemplo, la relación entre art. 95.1-funcionamiento del mercado interior, al Consejo- y 86.3-velar por la aplicación de la competencia en los servicios de interés económico general, a la Comisión- TCE) o casos en los que se otorga al Consejo la potestad de derogar actos de la Comisión (art. 88.2 TCE). De la misma forma, un acto adoptado por un procedimiento determinado puede ser derogado por

[14] BAST (2003, 64).
[15] BAST (2003, 19).
[16] HOFMANN (2004, 4).
[17] LENAERTS y DESOMER (2003, 123).
[18] BAST (2003, 32), SCHÜTZE (2005, 7).

otro acto posterior con otro procedimiento si un cambio en los tratados lo permite. En la práctica hay innumerables ejemplos de reglamentos, directivas, decisiones sin destinatario, atípicas o <<Beschluss>>[19] y decisiones destinadas a Estados miembros que se complementan, modifican o derogan entre sí[20].

Si vamos a los datos prácticos, los más recientes señalan que en el ámbito de los reglamentos y de las directivas, se los reparten al 50% entre Consejo y Comisión, si tomamos en cuenta todos los actos jurídicos, la Comisión adopta el 60% y el Consejo el 40%, aunque el Consejo interviene en el 81% de los actos derivados directamente de los tratados y la Comisión en el 89% de los que tienen fundamento jurídico derivado[21]. De aquí podría concluirse la existencia de una relación parecida a la existente entre la ley y el reglamento, pero no lo es ya que los actos de fundamento jurídico derivado no son inferiores a los de fundamento jurídico directo en los tratados, salvo la jerarquía ya reiterada entre base y desarrollo[22].

Precisamente, hay que recordar aquí que esta última jerarquía se produce entre un acto base (de claro carácter normativo, estableciendo principios generales de la regulación jurídica de una materia) y un acto de aplicación o de ejecución adoptado por la Comisión[23] que desarrolla esa normativa mínima (esta distinción ha sido admitida por el TJUE en su jurisprudencia: sentencia de 27 de septiembre de 1979)[24]. En esos casos sí que hay lo que puede denominarse como jerarquía lógica entre el acto de desarrollo y el acto base, debiendo respetar el primero tanto el procedimiento como el contenido establecido en el segundo, incurriendo en caso contrario en <<ultra vires>>[25]. Pero esa jerarquía es una jerarquía interna entre bases-desarrollo (al estilo del art. 82 Constitución española (CE), aunque en Derecho comunitario el acto base puede permitir al de desarrollo la modificación del primero en aspectos no esenciales, por ejemplo, art. 2.b de la Decisión del Consejo 1999/468), y no una jerarquía entre acto de desarrollo y cualquier otro acto jurídicamente vinculante[26]. En todo caso, la relación

---

[19] Palabra sin traducción al castellano y que en alemán es diferente a la decisión en sentido estricto o *Entscheidung*. También cabe la distinción en danés y en holandés, pero en los demás idiomas se distingue por la cláusula introductoria diferenciadora y por omitir el destinatario: BAST (2003, 24), HOFMANN (2003, 6).

[20] BAST (2003, 33-37) y los ejemplos allí citados.

[21] BOGDANDY, BAST y ARNDT (2004, 54-55).

[22] BOGDANDY, BAST y ARNDT (2004, 56), SANTOS (2004, 6), RIDEAU (2004, 324).

[23] Unos dos tercios del total: LÓPEZ CASTILLO (2004, 231).

[24] CARRERA (2003, 1044), RIDEAU (2004, 300-301).

[25] BAST (2003, 39), SCHÜTZE (2005, 8).

[26] BAST (2003, 41). En sentido contrario, K. LENAERTS y A. VERHOEVEN citados por SCHÜTZE (2005, 8).

reglamento de base-reglamento de ejecución (por el propio Consejo o por delegación en la Comisión) siempre ha planteado problemas, especialmente si es la Comisión la encargada de dictar el reglamento de ejecución, planteándose cuestiones relativas a los límites de la delegación de poderes, las condiciones a las que estaba sometido el ejercicio de tal delegación, y un problema específico, a saber, si el control de dicho ejercicio por comités intergubernamentales no constituye un atentado a la independencia de la Comisión en el sistema institucional. La delegación, en todo caso, ha de ser expresa y nunca en blanco de forma que el reglamento base establezca los principios esenciales (STJUE de 15 de julio de 1970) y el de ejecución los respete en todo momento (STJUE de 16 de junio de 1987) sin poder sobrepasarlos (STJUE de 17 de diciembre de 1970) o derogarlos (STJUE de 10 de marzo de 1971)[27].

Para finalizar este apartado hay que señalar que la ausencia de conceptos equiparables a los nacionales y, especialmente, de un sistema jerarquizado de normas jurídicas ha provocado el que hasta ahora no haya habido una teoría de las fuentes del derecho comunitario coherente y desarrollada, lo que se evidencia, por ejemplo, en la disparidad de criterios para definir a la decisión como un mero acto administrativo o como una auténtica norma jurídica o en la utilización de la decisión <<Beschluss>> como acto vinculante usado más frecuentemente (10% del total de actos) que la directiva y en todo tipo de sectores[28]. Por otro lado, y como ha señalado Gautron, el TJUE no ha elaborado una teoría general de la jerarquía normativa sino sólo algunas teorías parciales[29].

3. LOS ACTOS JURÍDICOS EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

La situación hasta ahora descrita ya había sido criticada desde hace muchos años y se había intentado modificar también en diversas ocasiones, pero ha sido con la elaboración de la CEu donde ha cobrado cuerpo la reforma de los actos jurídicos comunitarios. En la Convención europea, el objetivo precisamente del Grupo IX “Simplificación” fue ese, lo que ha dado lugar a un panorama normativo diferente aunque con muchos elementos todavía de la situación anterior.

El primer gran cambio es el de la existencia del propio Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa que deroga al TCE y al TUE.

---

[27] ALONSO (1989, 55-56).
[28] BAST (2003, 23).
[29] Citado por ALVES (2004, 712).

No es este el momento de entrar aquí en la discusión de si estamos ante un tratado o ante una Constitución, por lo que me limito a secundar la posición mantenida por nuestro mayor experto en fuentes del derecho, F. Balaguer Callejón, cuando dice que la aparición de la CEu "es, sin duda, la de mayor trascendencia en lo que al sistema de fuentes se refiere", aunque la Convención sólo haya desarrollado un proceso "preconstituyente" siendo decisorios los Estados, pero recordando que un pacto federal entre Estados puede dar lugar a una Constitución, máxime si el pacto es adoptado por órganos democráticos y sometido a ratificación en cada Estado[30]. A pesar de su excesiva longitud (448 artículos más los Protocolos y anexos) y de su contenido propio de un tratado o de normativa infraconstitucional (Parte III sobre todo), el tratado constitucional responde a las características básicas de un texto constitucional: Carta de Derechos, control del poder, intensificación de la unidad política consolidando una comunidad política y constitucional europea, delimitación de competencias, sistema de fuentes, sistema jurisdiccional[31].

En segundo lugar, se ha producido un enorme cambio en la terminología utilizada. A pesar de que sigue sin utilizarse el término genérico "norma jurídica", se rompe la tendencia existente hasta ahora de buscar nombres alejados de la terminología estatal (tratados sin referencia expresa a su carácter constitucional, reglamentos y directivas en lugar de legislación)[32]. Aparecen las leyes, las leyes marco y el reglamento ocupa, al menos aparentemente, una posición inferior a la ley.

Vinculado a este tema de la terminología, aunque, por supuesto, con un contenido no sólo nominal, está el de la unificación de actos al margen de los antiguos pilares. Este cambio es especialmente significativo en las materias de cooperación policial y judicial penal, en las que las antiguas decisiones marco, decisiones y posiciones comunes, se convierten en leyes marco, leyes y decisiones respectivamente. Los convenios en esta materia[33] son también un instrumento a desaparecer que serán sustituidos en su mayoría por leyes europeas[34]. Más complicado es el cambio nominal en la PESC en que las antiguas estrategias comunes, acciones comunes y posiciones

---

[30] BALAGUR (2004, 63).

[31] BALAGUER (2004, 65-66).

[32] HOFMANN (2004, 2).

[33] De gran dificultad práctica al tener que ser concluidos por los Estados miembros de acuerdo a sus reglas constitucionales y de los 11 tratados existentes en la materia, sólo el Convenio relativo a Europol ha sido ratificado por todos los Estados.

[34] SANTOS (2004, 9).

comunes se convierten en decisiones (art. I-40), aunque sin variar los efectos jurídicos actuales[35] y siendo actos de diferente naturaleza cada uno[36]. Las estrategias comunes en esta materia pasan a ser decisiones sobre los intereses y objetivos estratégicos (art. III-293). Sin embargo, el TJUE es incompetente (art. III-376) para pronunciarse sobre las decisiones de los arts. I-40, I-41 y del art. III-293.

El cambio más significativo, al margen de la aparición de la propia Constitución, es el de la distinción entre actos legislativos y actos no legislativos que consigue, o, por lo menos lo pretende, diferenciar entre el campo legislativo y el ejecutivo y establecer un sistema jerarquizado de actos jurídicos. El propio Informe final del Grupo IX ("Simplificación") de la Convención reconoció que las particularidades del sistema institucional de la UE hacen difícil proceder a una delimitación clara y distinta entre lo que depende del legislativo y lo que depende del ejecutivo[37] y que su intención fue garantizar que actos con la misma fuerza jurídico-política tengan el mismo fundamento en cuanto a su legitimidad democrática, basada en los Estados y en los pueblos, por lo que un acto legislativo procederá siempre del Consejo y del Parlamento[38]. A ello se añadía la adecuación del término "ley" a la nueva situación creada por la Constitución de contar con auténticos derechos de los ciudadanos con pleno valor jurídico en el ámbito material de la UE[39]. De ahí esa caracterización de "actos legislativos" que hace más comprensible al ciudadano europeo la terminología comunitaria.

A pesar de ello, la confusión en este terreno sigue siendo muy importante. No hay una definición real de lo que es una "ley" ni material ni formalmente. La definición material de la ley contenida en el artículo I-33.1 como "acto legislativo de alcance general" que es "obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro" no difiere prácticamente de la del reglamento en el mismo artículo al ser un "acto no legislativo de alcance general" que es "obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro", pues aunque el informe final del Grupo IX "Simplificación" propuso que los actos legislativos incluyeran los elementos esenciales y las opciones políticas fundamentales en

---

[35] SANTOS (2004, 17).

[36] RIDEAU (2004, 307).

[37] Informe final del Grupo IX "Simplificación" de la Convención Europea, CONV 424/02, p. 8.

[38] Informe final del Grupo IX "Simplificación" de la Convención Europea, CONV 424/02, p. 2.

[39] BALAGUER (2004, 74).

un ámbito determinado, la Constitución no da una definición formal de los actos legislativos para que el legislador tenga mayor libertad dependiendo de cada política[40]. Es más, incluso hay una reserva negativa de ley general (PESC) y numerosas reservas negativas de ley específicas, al exigirse el desarrollo constitucional mediante reglamentos o decisiones.

La definición formal tampoco ayuda excesivamente ya que si bien las leyes son adoptadas "por el procedimiento legislativo ordinario" (reservado especialmente al desarrollo del mercado único), inmediatamente se nos dice que "en los casos específicos previstos por la Constitución" pueden ser adoptadas también "por el Parlamento Europeo con la participación del Consejo, o por éste con la participación del Parlamento europeo, con arreglo a procedimientos legislativos especiales" (art. I-34). Algunas de esas excepciones afectan a materias políticamente esenciales y ha de destacarse que las normas que se ocupan de la redistribución de recursos económicos, protección social y base presupuestaria están sujetas a procedimientos legislativos nacionales con múltiples vetos[41]:

a) sólo consulta al Parlamento sin influencia en la decisión: derechos de ciudadanía (sufragio, pasaportes, documentos de identidad, permisos de residencia, medidas relativas a la seguridad social o a la protección social; protección diplomática); derechos fundamentales como participantes en el mercado único (libre circulación, derechos de los trabajadores, seguridad social y protección social de los trabajadores); armonización fiscal; derecho de familia con repercusión transfronteriza; política medio ambiental; cooperación policial.

b) exclusión absoluta del Parlamento: PESC, seguridad y defensa, negociaciones de política comercial común, decisiones siguiendo el método abierto de coordinación (política social, empleo, coordinación de políticas económicas), política monetaria (dominio exclusivo del Banco Central Europeo-BCE).

c) normas presupuestarias (decisión, ahora ley, sobre recursos propios, perspectivas financieras multianuales, Presupuesto anual) con grado variable de intervención del Parlamento.

Todo esto tiene repercusión en el proceso de unidad política y social. Frente al argumento de que la unificación económica favorecerá la política

---

[40] SANTOS (2004, 10).
[41] MENÉNDEZ (2004, 107 y ss.).

y social, ha de decirse que los procedimientos legislativos con multiplicidad de vetos conducen a mantener el status quo (por ejemplo, legislación sobre el IVA), de forma que la transferencia de iure a la Unión queda en bloqueo de facto, lo que favorece el poder de los mercados en detrimento del poder político de influir sobre la organización económica y social. "La experiencia acumulada en el desarrollo de los Estados sociales europeos pone claramente de relieve cómo la defensa de valores constitucionales como la solidaridad o el fomento de la igualdad requiere la aprobación de normas que regulen precisamente la relación entre los derechos sociales y el derecho de propiedad, así como las libertades económicas"[42]. Un ejemplo lo constituye la libre circulación de capitales que fue redefinida como libertad económica fundamental en la Directiva 88/361 (mayoría cualificada del Consejo) mientras las medidas para combatir el fraude fiscal (unanimidad del Consejo), que la libre circulación de capitales fomenta, no existieron hasta 15 años después[43].

Puede, por ello, seguir describiéndose la división de poderes en términos funcionales, ya que varias instituciones integran tanto el poder legislativo como el ejecutivo, por lo que para determinar quién es competente para actuar y a través de qué tipo de acto sigue siendo necesario acudir a las disposiciones concretas de la CEu.

Para generar mayor confusión, hay también reservas de reglamento que permiten la existencia de reglamentos independientes de desarrollo directo de la Constitución (III-190.3, III-266.3, III-400, III-400, III-412.2, III-428, III-433, III-163, III-183.2, III-198.3, III-240.3, III-253 y III-263)[44] y de decisiones independientes en el mismo sentido, no sólo con carácter organizativo sino con capacidad incluso para modificar la propia Constitución (art. I-167.2.c; I-274.4) y que no difieren de los adscritos a la ley europea (estatuto del BCE, por ejemplo)[45].

En el resto de actos no legislativos no hay grandes novedades. Las recomendaciones y los dictámenes no presentan novedad alguna y siguen siendo no vinculantes (es decir, sin sanción directa) pero no sin efectos jurídicos[46]. Por su parte, el art. I-31.2 limita la utilización de actos atípicos siempre que haya una propuesta de acto legislativo, lo que significa la constitucionalización del actual art. 7 del Reglamento interno del Consejo.

---

[42] MENÉNDEZ (2004, 111).
[43] MENÉNDEZ (2004, 111-112).
[44] BALAGUER (2004, 75).
[45] REQUENA (2004, 99).
[46] SANTOS (2004, 8).

Esto puede ser interpretado de dos formas diferentes: una restrictiva entendiendo que sólo en el dominio de los actos legislativos caben actos atípicos y éstos quedan excluidos si existe ya un proyecto de acto legislativo. Esto tiene el problema de, al excluir los actos atípicos no legislativos, impedir la flexibilidad en la ejecución donde es necesaria. La interpretación extensiva es la de entender que caben actos atípicos siempre que no sean legislativos y en éstos sólo si no hay proyecto de acto legislativo típico. Esto parece ir contra el espíritu racionalizador del art. I-32 pero permite ajustarse a la realidad de la ejecución en la UE, lo que probablemente prevalecerá[47].

En cuanto a la jerarquía, aunque ha existido un evidente avance, estamos lejos de llegar a un sistema claramente estructurado de actos jurídicos. Pienso que sigue siendo algo exagerado decir que se ha producido "la sistematización de los actos normativos en las tres categorías típicas de los ordenamientos constitucionales nacionales, esto es, leyes, reglamentos y actos administrativos"[48]. En primer lugar, la jerarquía es implícita[49], lo que normalmente suele suceder pues de poco importa que se proclame si luego no hay mecanismos que la garanticen. Así, la jerarquía de la propia CEu sobre el resto del Derecho comunitario es clara, aunque no expresa, a través del control de legalidad que realiza el TJUE (art. III-365.1) y que incluye la posible "violación de la Constitución" (art. III-365.2). Los tratados internacionales también han de sujetarse a las disposiciones constitucionales pudiendo impedir el TJUE la entrada en vigor de cualquier acuerdo internacional contrario a la Constitución (art. III-325.11). La jerarquía de los actos no legislativos es menos clara aunque fácilmente deducible del art. III-365.1 (control de legalidad "de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, así como de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros") y del art. III-365.2 ("por violación de la Constitución o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución"), aunque también con claras excepciones como la exclusión del control (art. III-376) de las decisiones PESC de los arts. I-40, I-41 y III-293. De todas formas, sigue sin que sea posible hablar de un régimen diferenciado entre normas y actos, ya que la producción de actos es casuística sin que se detecten rasgos que caractericen lo normativo ni sea diferente el régimen de validez, derogación o modificación[50]. Finalmente, otra característica desconcertante

---

[47] HOFMANN (2003, 7).
[48] MENÉNDEZ (2004, 103).
[49] CARRERA (2003, 1058), MANGAS (2005, 142), RIDEAU (2004, 325).
[50] REQUENA (2004, 86).

es la indiferencia en la denominación ya que en la CEu o bien se dice expresamente que un acto puede ser tanto un reglamento como una decisión a discreción del órgano afectado o bien se emplea en ocasiones el término "medidas" con lo que, de acuerdo al Informe final del Grupo IX "Simplificación", debe entenderse que se pretende dejar a las instituciones la elección del instrumento que vaya a adoptarse. A ello se añade la competencia del Consejo para adoptar las medidas necesarias para la consecución de los objetivos de la Unión, aún en ausencia de disposición habilitadora específica. Todo esto lleva a que no sea posible identificar acto y órgano emisor, a diferencia del derecho estatal, de forma que el Consejo prácticamente puede dictar o coparticipar en todos los actos jurídicos[51]. No hay tampoco un procedimiento general para cada acto, sino reglas relativas a los órganos competentes para adoptar los actos (arts. 34-36), el quórum para tomar acuerdos por cada institución (arts. 20-26 y 351) y la fijación de las funciones de cada institución de las que se pueden deducir trámites en el procedimiento (propuesta de la Comisión para actos no legislativos: art. 26.2, aunque no es una regla general)[52].

Por ello, pienso que una jerarquía expresa ayuda a la consolidación de todo Ordenamiento jurídico proporcionando seguridad, eficacia y claridad para el ciudadano[53], especialmente para la determinación de la relación entre actos de ejecución (mediante reglamentos o decisiones) y reglamentos o decisiones y que no suceda como ahora en la relación reglamentos de base y reglamentos de ejecución. La legitimación democrática y la transparencia requieren la introducción de una clara jerarquía de normas tanto por el contenido del acto como por el tipo de procedimiento para la adopción del acto, lo que lógicamente debe ir acompañado de una visión de la separación de poderes en la UE.

4. LOS ACTOS NO LEGISLATIVOS EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Nos encontramos ante una definición muy poco afortunada ya que es meramente negativa y además indica poco de la naturaleza jurídica de estos actos, ya que van a ser muy diferentes entre sí y algunos, al desarrollar directamente la Constitución, no son legislativos en su cualificación pero sí lo son materialmente.

La expresión "no legislativos" sólo nos indica que no son ni leyes europeas ni leyes marco europeas. Son, por tanto, actos que en su interpre-

[51] REQUENA (2004, 87).
[52] REQUENA (2004, 88).
[53] HOFMANN (2004, 3).

tación estricta, es decir, tomando en cuenta exclusivamente los actos típicos del art. I-35 CEu incluyen a reglamentos, decisiones y recomendaciones, siendo estos últimos no vinculantes por lo que no serán analizados en este trabajo. Reglamentos y decisiones ocupan, de acuerdo a lo antes reseñado del control judicial, una posición "normalmente" inferior a los actos legislativos, pero nada se nos dice. Su caracterización como actos no legislativos no nos informa ni del órgano que los promulga ni de su naturaleza jurídica ni de su fuerza jurídica. En primer lugar, he dicho que ocupan una posición "normalmente" inferior, esto es, cuando adoptan la forma de actos ejecutivos del art. I-37 CEu, pero no lo son cuando actúan como actos independientes desarrollando directamente la Constitución[54]. Además, los actos no legislativos relativos a la política exterior y de seguridad común llegan a ocupar una situación paraconstitucional al quedar excluidos del control jurisdiccional todas las decisiones del antiguo segundo pilar de acuerdo al art. III-376 CEu[55]. En segundo lugar, los pueden dictar el Consejo europeo, el Consejo de Ministros, la Comisión y el BCE con lo que, en consonancia con la ya comentada ausencia de separación de poderes, son actos tendencialmente propios del poder ejecutivo pero no exclusivamente. En tercer lugar, al no distinguirse entre potestad normativa y potestad ejecutiva en sentido estricto, los actos no legislativos pueden tener ambas naturalezas dependiendo del caso e incluso en el mismo acto. En cuarto lugar, a pesar de la dicción del art. I-35 CEu no parecen ser los únicos actos no legislativos vinculantes, ya que en la parte III se mencionan actos (directrices e indicadores: arts. III-148.2, III-179.2; códigos de buenas prácticas: III-180.2) que pueden establecer también elementos necesarios para el control y evaluación periódicos de la ejecución material de las políticas comunitarias por los Estados miembros, suscitando "algunas dudas en cuanto al alcance y los efectos jurídicos que pueden derivarse de este tipo de actos"[56]. Además, la práctica comunitaria tiene una amplia gama de actos (informes, comunicaciones, resoluciones, declaraciones, encuadramientos, acuerdos interinstitucionales, libros verdes, libros blancos, planes de acción, coordinación abierta, etc.) que en algún caso pueden tener contenido

---

[54] Una relación exhaustiva de actos no legislativos de desarrollo o ejecución directa de la Constitución puede verse en CALONGE y TOMÁS (2004, 397-401).

[55] En el espacio de libertad, seguridad y defensa (antiguo tercer pilar) el TJUE tampoco controla "la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad" (art. III-377 CEu).

[56] CALONGE y TOMÁS (2004, 381).

normativo, por lo que si fuera así, el TJUE con su margen de apreciación para determinar la naturaleza jurídica del acto aplicará probablemente el régimen jurídico de los reglamentos de ejecución, al menos en cuanto tengan determinadas condiciones formales de publicidad[57].

4.1. Los reglamentos independientes

El reglamento independiente es una categoría novedosa pero también confusa[58], siendo extraña su constitucionalización en los ordenamientos internos europeos salvo el francés, pero, como ha señalado Francisco Balaguer, existía una voluntad específica de incorporarla a la CEu[59].

Son actos no legislativos pero que al poder desarrollar directamente la Constitución ocupan una posición de Derecho de segundo nivel con, en términos españoles, el mismo rango que las leyes europeas, pues su único parámetro de validez es la Constitución. Por otro lado, la CEu no los diferencia suficientemente de los reglamentos delegados del art. I-35 CEu ni de los meros reglamentos de ejecución del art. I-37 CEu, éstos sí sometidos a las leyes, leyes marco y reglamentos delegados. Para añadir algo más de opacidad a su entendimiento, pueden ser reglamentos directamente aplicables y reglamentos marco (como las antiguas directivas) de acuerdo al art. I-33.1 CEu. Finalmente, durante muchos años seguirán coexistiendo con los antiguos reglamentos pre-CEu, equivalentes de las futuras leyes europeas.

Estos reglamentos independientes son, en primer lugar, los internos que adopta cada institución para la regulación de su funcionamiento interno: Parlamento art. III-339; Consejo Europeo, art. III-341; Consejo de Ministros, art. III-344.3; Comisión, art. III-352.1; Tribunal de Justicia del TJUE, art. III-355 (adopción por el propio Tribunal de Justicia con aprobación del Consejo); Tribunal General del TJUE, art. III-356 (de acuerdo con el Tribunal de Justicia y con aprobación del Consejo); Tribunales especializados del TJUE, art. III-359.5 (de acuerdo con el Tribunal de Justicia y con aprobación del Consejo); Tribunal de Cuentas, art. III-384 (adopción por el propio Tribunal de Cuentas y con aprobación del Consejo); Comité de las Regiones, art. III-387; Comité de las Regiones, art. III-391.

Los demás son en su práctica totalidad emitidos por el Consejo de Ministros, en torno a 25 supuestos, y, entre ellos, está la definición de las

[57] CALONGE y TOMÁS (2004, 381).
[58] OLIVER (2005, 129).
[59] BALAGUER (2004, 75).

orientaciones y condiciones necesarias para asegurar un progreso equilibrado del mercado interior (art. III-130.3), la fijación de los derechos del arancel aduanero común (art. III-151.5), la delimitación de las potestades sancionadoras del BCE y de la Comisión (arts. III-163.1, III-169, III-190.3), el establecimiento de medidas para armonizar los valores nominales y las especificaciones técnicas de las monedas (art. III-186.2), la garantía de la cooperación administrativa entre los Estados y entre éstos y la Comisión en el espacio de libertad, seguridad y justicia (art. III-263), la adopción de modalidades y procedimientos para poner el presupuesto a disposición de la Comisión (art. III.412.2), la aprobación del régimen lingüístico de las instituciones (art. III-433).

Existen también algunos pocos reglamentos independientes emitidos por la Comisión: arts. III-133 (fijación de condiciones para que los trabajadores puedan ejercer el derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo), III-165.3 (relativos a las categorías de acuerdos sobre las que el Consejo haya adoptado un reglamento para determinar las modalidades de aplicación de los acuerdos entre empresas a los que se autoriza aunque restrinjan la competencia), III-166.3 (para garantizar la competencia en los servicios de interés económico general), III-168.4 (relativos a las categorías de ayudas públicas sobre las que el Consejo haya determinado que pueden quedar exentas del procedimiento establecido en el art. III-168.3) y III-232 (para fijar el importe de los gravámenes compensatorios para restablecer el equilibrio) CEu. También tiene potestad reglamentaria independiente, para el desempeño de las funciones encomendadas al Sistema Europeo de Bancos Centrales, el BCE (art. III-190).

4.2. Las decisiones independientes

La decisión creo que es el acto no legislativo con el que el constitucionalista se encuentra más incómodo. La ya comentada ausencia en el Derecho comunitario de separación en el continuo norma jurídica-acto de aplicación alcanza su máxima expresión en la decisión[60]. A pesar de que a los iuspublicistas nos puede resultar más cómodo calificarlo de acto administrativo europeo, no puede ser ésta su caracterización jurídica o, al menos, no la única posible.

---

[60] Coincidente, por otra parte, con la existente en otros Ordenamientos como los anglosajones.

La CEu ha supuesto un cambio significativo en el entendimiento de las decisiones, distinguiendo entre las que aplican directamente la Constitución (art. I-35.2) y las decisiones de ejecución (art. I-37.4), de las que hablaré al final del trabajo. Dentro de las primeras, es importante la diferenciación que se establece entre las decisiones con designación de destinatarios y las decisiones sin designación de destinatarios. Las primeras son las tradicionales decisiones comunitarias dedicadas a la imposición de medidas (autorizaciones, sanciones) contra Estados o empresas[61], mientras que las segundas, más cercanas a las del antiguo art. 14 TCECA que a las del art. 249 TCE, son las antes denominadas decisiones <<Beschluss>> y han solido utilizarse hasta ahora para la celebración de acuerdos internacionales, aspectos orgánicos, creación de Comités, etc.[62]. En este punto parece haberse acogido la postura, defendida entre otros por A. López Castillo, de reconocer la "atípica aticipidad" o la "implícita tipicidad" de estas decisiones[63] y mencionarlas expresamente en la CEu. Un problema que contribuye a la confusión es que en la mayor parte de las ocasiones la CEu ofrece al Consejo (y en ocasiones a la Comisión) la opción entre el reglamento y la decisión, lo que "dista de la claridad que sería deseable, y complica sobremanera la comprensión de este concreto instrumento jurídico y de su posición en el ordenamiento jurídico comunitario", por lo que la CEu, por seguridad jurídica, debería haber optado por el reglamento y, así, eliminarse la disyuntiva[64]. Finalmente, es reseñable, como ya se señaló antes, que todos los antiguos actos del segundo pilar se transforman en decisiones, aunque son <<sui generis>> al ser dictadas siempre por el Consejo europeo o por el Consejo de Ministros por unanimidad y ejecutadas por los Estados miembros[65]. En la CEu, por tanto, se produce una mera sistematización de la práctica actual (con decisiones sin designar destinatarios) en la que las decisiones superan en mucho el marco del acto administrativo para ser en muchos casos actos de alcance general y de contenido normativo[66]. Esto es también consecuencia de su utilización en el ámbito de la PESC y del antiguo tercer pilar. En todo caso, seguramente será un instrumento flexible que podría aplicarse en múltiples casos, por ejemplo, nombramientos, para ciertas medidas en materia de competencia o de ayudas públicas, etc[67].

---

[61] CARRERA (2003, 1055).

[62] CARRERA (2003, 1056).

[63] LÓPEZ CASTILLO (2004, 252).

[64] CARRERA (2003, 1057).

[65] HOFMANN (2003, 23).

[66] SANTOS (2004, 8).

[67] Informe final del Grupo IX "Simplificación" de la Convención Europea, CONV 424/02, p. 4.

Vista la nueva situación y volviendo al debatido tema de la naturaleza jurídica, aunque, como ha dicho T. Requena, en un intento de ordenación del Derecho de la UE "que se ve como necesidad de todo sistema jurídico, podría concebirse a la decisión europea del único modo que –en esa hipótesis- parece posible en comparación con los demás actos, y es como acto jurídico (y es mejor marginar lo normativo por las razones expuestas) de desarrollo o ejecución"[68], ese no es el diseño literal realizado por la CEu. La equiparación sin más de la decisión con el acto administrativo es insostenible al no haber diferencias con otros actos jurídicos, como los reglamentos, ni procedimentales ni formales (salvo la denominación) ni en la protección jurisdiccional[69]. Aunque normalmente esa sea la situación cuando la decisión va dirigida a un particular, por el contrario, ha existido un cierto consenso en que las decisiones, hasta ahora atípicas o <<Beschluss>>, dirigidas a todos los Estados miembros tienen un cierto contenido normativo[70], desde el momento en que luego han de ser ejecutadas por los Estados. Como hace años dijera ya S. Martínez Lage, las decisiones, si sus destinatarios son todos los Estados miembros, "son también frecuentemente vehículo de expresión de la voluntad normativa comunitaria y, en consecuencia, fuentes del Derecho en sentido formal"[71]. Incluso en ciertos supuestos, las decisiones <<Beschluss>> ocupan un lugar paraconstitucional al poder modificar o adaptar los tratados (revisión del número de miembros de la Comisión o de jueces del TJUE; ampliación del ámbito de aplicación del tratado)[72].

Es significativo en este sentido, la utilización de la decisión <<Beschluss>> como acto vinculante usado más frecuentemente (10% del total de actos) que la directiva y en todo tipo de sectores[73]. Son de gran importancia para la autoorganización institucional y en las relaciones externas, siendo el instrumento standard para la adopción de programas comunitarios relacionados con el Presupuesto. Para J. Bast, la decisión sin destinatarios debe interpretarse como acto jurídico vinculante dirigido a provocar directamente un cambio legal en el derecho comunitario y con aplicabilidad general, aunque no imponga, directa o indirectamente, deberes u obligaciones en los particulares o en los Estados pero sí derechos individuales accionables

---

[68] REQUENA (2004, 101).
[69] REQUENA (2004, 86-87).
[70] MANGAS (2005, 158).
[71] MARTÍNEZ LAGE (2004, 86).
[72] ANDRÉS, GONZÁLEZ PÉREZ Y FERNÁNDEZ PÉREZ (1996, 315).
[73] BAST (2003, 23).

contra las instituciones de la UE (STJUE Holanda c. Consejo de 1996)[74]. Por su parte, el TJUE entiende en la práctica que las decisiones tienen igual habilidad que los reglamentos para servir de base a actos administrativos de las autoridades nacionales que vinculan a los particulares, por lo que reglamentos y decisiones dirigidas a los Estados miembros, a diferencia de las directivas, serían directamente ejecutables[75].

Entrando ya en lo que se puede denominar como decisiones independientes y en consonancia con la ausencia de separación de poderes de la UE, los órganos que pueden adoptarlas son[76:]

1) El Consejo europeo (variando los proponentes y las consultas): por unanimidad con aprobación previa (arts. 274.4, 59.2) o posterior (arts. 20.2, 444) del Parlamento; por unanimidad previa aprobación por los Estados miembros (art. 445.2); por mayoría cualificada (arts. 24.4., 24.7).

2) La Comisión (variando los proponentes y las consultas): por mayoría como regla general.

3) El Consejo de Ministros (variando los proponentes y las consultas): unanimidad sólo (arts. 40.7, 237, 354); unanimidad previa aprobación del Parlamento (arts. 270.2.d, 271.1.3, 325.6.a); mayoría de 4/5 de los miembros previa aprobación por el Parlamento (art. 59.1), mayoría cualificada en exclusiva (arts. 59.3, 59.4, 201.2, etc.) o con aprobación previa del Parlamento (arts. 325.6.a, 419.1) o con aprobación previa de la Comisión (art. 296.3); mayoría simple (arts. 208, 217, 346, 428).

En cuanto al ámbito material de estas decisiones independientes, su mera enumeración hace ver su importancia y que, desde luego, no puedan calificarse de acto administrativo[77]:

1) Incidencia institucional, organizativa y procedimental: composición del Parlamento europeo (art. 20.2.2), de la Comisión (art. 26.6.2), de las formaciones del Consejo (art. 24.4), de rotación de la presidencia del Consejo (art. 24.7), modificación de la unanimidad por la mayoría cualificada (art. 40.8, 55.4, 444.1) o por el procedimiento legislativo ordinario (arts. 210.3.2, 234.2, 444.2). También son decisiones las que fijan la composición del Comité Económico y Financiero (art. 192.3), las que crean un Comité de

[74] BAST (2003, 24).
[75] BAST (2003, 64).
[76] Una relación detallada de los procedimientos en REQUENA (2004, 88 y ss.).
[77] La lista que se expone a continuación está tomada de REQUENA (2004, 95 y ss.).

Empleo (art. 208) o un Comité de Protección Social (art. 217), o determinan la organización y funcionamiento del servicio europeo de acción exterior (art. 296.3), o el Estatuto, sede y forma de funcionamiento de la Agencia Europea de Armamento, Investigación y Capacidades Militares (art. 311.2), o establecen Estatutos de los Comités previstos en la Constitución (art. 346), o incrementan el número de Abogados Generales (art. 354). También lo es el de las relativas a las normas de funcionamiento del Comité constituido para dictaminar sobre la idoneidad de los candidatos para ser jueces o abogados generales del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Gran Instancia (art. 357), o las que adoptan la lista de miembros del Tribunal de Cuentas, del Comité de las Regiones (y los suplentes) y del Comité Económico y Social establecida de conformidad con las propuestas presentadas por cada Estado miembro (arts. 385.2, 386 párrafo tercero, y 390, respectivamente), o, en fin, las que establecen la composición del Comité de las Regiones (art. 386, párrafo primero) y del Comité Económico y Social (art. 389).

2) En segundo lugar, las decisiones dominan el ámbito de la llamada cooperación reforzada entre Estados miembros (art. 44.2 en relación con los arts. 419 y 418), y de la cooperación estructurada y permanente entre tales Estados (art. 312). No es necesario extenderse en la importancia que revisten esas "cooperaciones" en el ámbito de la Unión, no sólo como expresivas de las correlaciones de fuerzas (estatales), sino como instrumento de desenvolvimiento de la Unión, en sus avances y en sus retrocesos. Por lo demás, es dudoso que elementos normativos no formen parte de muchas de esas decisiones.

3) En tercer lugar, están las relativas a las relaciones con otros sujetos internacionales, bien con carácter general, bien especificando algún aspecto de esas relaciones (el económico y financiero), o, sencillamente, que tienen implicaciones para terceros sujetos internacionales. Es el caso, entre las primeras, de las decisiones que atañen a la política exterior y de seguridad común (arts. 40.7, 294.3,295.2 y 300.1), a la determinación de los intereses y objetivos estratégicos de la Unión (art. 293.1), al establecimiento de medidas cuando una situación internacional exija una acción operativa de la Unión (art. 297.1), a la definición de la posición de la Unión sobre un asunto concreto geográfico o temático (art. 298), a la fijación del objeto y alcance de misiones exteriores (art. 309.2), o a la autorización de la apertura de negociaciones entre la Unión y terceros Estados u Organizaciones Internacionales, la firma del acuerdo, su celebración y su suspensión (art. 325). Y entre las segundas, las concernientes a garantizar el acceso rápido a los créditos del Presupuesto de la Unión destinados a la financiación

urgente de iniciativas en el marco de la política exterior y de seguridad común (art. 313.3), a la ruptura de las relaciones económicas y financieras con uno o varios terceros países (art. 322.1), o a prestar urgente ayuda financiera a un tercer país (art. 320).

Como se desprende claramente del simple enunciado de tales funciones, no necesariamente las decisiones se parecerán a los actos administrativos no normativos internos, sino que podrán ser auténticas normas jurídicas. Y, desde luego, salvo en casos muy concretos, tampoco puede decirse que se trate de actos de mera ejecución.

4) Otra serie de decisiones tienen que ver con valores fundamentales de la Constitución, y aunque la impresión es que se está ante un posible conjunto de actos no normativos, lo cierto es que el establecimiento de medidas puede llegar a configurarse con carácter normativo. Esas decisiones son la constatación de riesgo claro de violación grave de los valores del art. 2 ("respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías"; "estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres") por parte de un Estado miembro; la constatación de la existencia de una violación grave y persistente de los valores del art. 2; la suspensión de determinados derechos derivados de la Constitución; y la modificación de tales medidas (todo ello previsto en el art. 59).

5) Otras decisiones atañen al mantenimiento de principios capitales de la Unión Europea (principios que fueron la razón de ser explicativa de la creación de las Comunidades Europeas). Es el caso de las referentes a la constatación de las infracciones de los principios de los arts. 161 y162 (relativos a la libre competencia); a la consideración como compatibles con la Constitución de medidas fiscales restrictivas (art. 158.4); a la supresión o modificación de una ayuda estatal incompatible con el mercado interior (art. 168.2 párrafo primero); a la declaración de la compatibilidad con el mercado interior de una ayuda de un Estado (art. 168.2 párrafo tercero); a la aprobación o rechazo de disposiciones nacionales según constituyan o no un medio de discriminación arbitraria o restricción encubierta del comercio entre Estados o si constituyen o no un obstáculo para el funcionamiento del mercado interior (art. 172.6); a la autorización de la concesión de ayudas por parte de los Estados (art. 230.2); a la autorización a los Estados para la adopción de medidas de desfavorecimiento del transporte de otros Estados (art. 237); a la autorización a los Estados de la imposición de precios y condiciones al transporte dentro de la Unión, que impliquen ayu-

das o protección de una o más empresas o industrias determinadas (art. 241.2); a las discriminaciones en materia de transporte (art. 240), precios y condiciones de transporte (art. 241.2); a la modificación de las listas de productos (armas, municiones, material de guerra) respecto de los cuales los Estados pueden adoptar disposiciones para la protección de sus intereses (y que no pueden alterar las condiciones de competencia de productos no destinados a fines militares) (art. 436); a las medidas a adoptar de no seguirse las recomendaciones si un Estado tiene déficit excesivo (art. 184).

6) Otras decisiones tienen que ver con la respuesta que la Unión ha de dar a la situación económica, en especial, si surgen dificultades graves en el suministro de determinados productos (art. 180.1), o con la que da a los Estados miembros, como las que acuerdan ayudas financieras de la Unión a un Estado miembro que no pueda controlar catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que ocasionen dificultades o serio riesgo de dificultades graves (art. 180.2), o las que definen la forma de aplicación de la cláusula de solidaridad (art. 329.2).

7) Otras tienen que ver con la política monetaria y presupuestaria, como las relativas a la determinación de las posiciones comunes para afianzar la posición del euro en el sistema monetario internacional (art. 196.1), o qué Estados miembros acogidos a una excepción (que no han adoptado el euro) cumplen los criterios de convergencia cesando la excepción (art. 198.2), o la fijación del tipo de cambio al euro (art. 198.3), o la autorización de gastos que excedan de la doceava parte (presupuestados) (art. 405.2).

8) También se prevén decisiones para la regulación de determinados aspectos del Derecho de Familia con repercusión transfronteriza (art. 269.3 párrafo segundo); de establecimiento de normas mínimas para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza; relativas a los elementos específicos del procedimiento penal (art. 270.2); y de definición mínima de infracciones y sanciones en determinados delitos (art. 271.1 párrafo tercero).

9) Otras decisiones pueden establecer medidas restrictivas contra personas físicas o jurídicas, agrupaciones o entes no estatales, cuando se interrumpen o reducen, total o parcialmente, las relaciones económicas y financieras con terceros países (art. 322.2).

10) Por una decisión europea se puede disponer la derogación de la letra c) del art. 167.2, que declara compatibles con el mercado interior las ayudas de la RFA a determinadas regiones como consecuencia de la división de Alemania (art. 167.2.c); también la derogación del art. 243 transcu-

rridos 5 años de la entrada en vigor de la Constitución (precepto que establece medidas para compensar las desventajas económicas ocasionadas por la división de Alemania a determinadas regiones de la RFA) (art. 243); la modificación del art. 274.1 Constitución para ampliar competencias de la Fiscalidad Europea (art. 274.4); y la modificación de la totalidad o parte de las disposiciones del título III (De la acción y las políticas interiores) de la parte III (de las políticas y el funcionamiento de la Unión), donde aparece todo lo relativo al mercado interior (capítulo I), con las famosas libertades de circulación y prestación de servicios y las normas de competencia, a la política económica y monetaria, con lo concerniente al euro (capítulo II), a las políticas de otro orden (social, de transportes, medio ambiente, protección de los consumidores, etc) (capítulo III), al espacio de libertad, seguridad y justicia (capítulo IV), etc. (art. 445).

11) En fin, por una decisión se puede modificar el estatuto respecto a la Unión de alguno de los países o territorios francos, neerlandeses o daneses de los apartados 2 y 3 del art. 440 (apartado 7 de ese precepto).

5. LOS REGLAMENTOS DELEGADOS

5.1. La naturaleza jurídica de los reglamentos delegados

Formalmente, la categoría de los reglamentos delegados es la más novedosa[78] y, por ello, la que plantea mayores problemas de interpretación antes de su puesta en práctica. Su antecedente se encuentra en la práctica surgida con la aparición de los reglamentos de base unida a los reglamentos de desarrollo, pero con el problema de que al no haber distinción entre normación y ejecución, todos los reglamentos de desarrollo eran considerados como reglamentos de ejecución y sometidos al rígido sistema de la comitología. En palabras del Grupo IX "Simplificación" de la Convención, "[a]ctualmente no existe un mecanismo que permita al legislador delegar los aspectos o las precisiones técnicas de la legislación, reservándose al mismo tiempo el control de dicha delegación. Efectivamente, en la situación actual, el legislador está obligado o bien a ir hasta el mínimo detalle en las disposiciones que adopte, o bien a transferir a la Comisión los aspectos

[78] Tienen su antecedente en el art. 33 del Proyecto de Constitución europea redactado por M. Oreja en 1993: "Mediante ley orgánica, que especificará el contenido, el objeto, el alcance y la duración de la delegación, se podrá encomendar a la Comisión que decrete actos que puedan establecer excepciones a las leyes ordinarias vigentes o puedan modificarlas".

más técnicos o detallados de la legislación, como si se tratara de medidas de ejecución sometidas al control de los Estados miembros según las disposiciones del artículo 202 del TCE"[79].

Para evitar esa situación se crean los reglamentos delegados de claro contenido normativo y que pueden ser a su vez ejecutados por los Estados o por reglamentos de ejecución, diferenciándose claramente de éstos. El deseo de la Convención era precisamente que las leyes regulasen los elementos esenciales o fijasen los criterios políticos y el desarrollo normativo se dejara para los reglamentos delegados. Obedecería, también, a la necesidad de facilitar la adopción y entrada en vigor de nuevos marcos normativos en una realidad socio-económica cambiante, pues se ha constatado que en determinadas materias, como en la de servicios financieros, retrasos de uno o dos años en la adopción de normas suponen una pérdida de competitividad de la UE[80].

Ahora bien, si ese es el objetivo debería abandonarse la denominada doctrina Meroni y permitir la delegación normativa no sólo a la Comisión, como sucederá en la CEu y luego comentaré, sino también a las Agencias independientes de la UE. En la sentencia Meroni de 13 de junio de 1958, el TJUE estableció que la delegación de poderes discrecionales a órganos no previstos en los tratados impediría el equilibrio entre los poderes comunitarios como característica básica de la estructura institucional de la CE. A partir de esa sentencia, la Comisión ha insistido en la imposibilidad de delegar en las Agencias la creación de normas y permitir sólo la adopción de decisiones individuales en determinadas materias. Olvidar a las Agencias crea una distancia entre la realidad institucional y los preceptos constitucionales ya que aquellas desarrollan una importante función administrativa y llevan a cabo complejas tareas relacionando a la UE con los Estados miembros y, en concreto, las Agencias preparan o dictan decisiones vinculantes externamente (así, arts. 43.5 y 45.6 del Reglamento 40/94 sobre la marca comunitaria de 20 de diciembre de 1993; art. 62 del Reglamento 2100/94 sobre variedades de plantas de 22 de julio de 1994; o las decisiones que adopten Europol o Eurojust)[81]. Conceder un poder normativo delegado a las Agencias permitiría sustraer determinadas materias a la comitología y confiárselas a órgano compuestos de expertos independientes en los que no deben primar los meros intereses nacionales. Por otro lado, es evidente la

[79] Informe final del Grupo IX "Simplificación" de la Convención Europea, CONV 424/02, p. 8.

[80] Secretaría de Estado para la Unión Europea (2004, 23).

[81] HOFMANN (2003, 6), en el mismo sentido, TIBERI (2003, 237).

distancia entre los recursos administrativos, financieros y de conocimiento de la Comisión y la creciente complejidad de las tareas reguladoras de la UE. Las Agencias pueden descargar las tareas administrativas y técnicas de la Comisión, establecer relaciones fluidas con las Agencias independientes nacionales y si son auténticamente independientes incluso pueden llegar a recuperar el prestigio perdido por la UE en su capacidad reguladora.

En todo caso, la naturaleza jurídica de estos reglamentos delegados es difícil de precisar pues, como ha señalado F. Balaguer, es "una figura mal perfilada que puede dar lugar a algunas confusiones"[82], aunque abandonemos los esquemas clásicos de la teoría de las fuentes del derecho, como ya se vio en los debates de la Convención, en los que, como refleja el Informe de la sesión plenaria de 17-18 de marzo de 2003, "algunos convencionales defendieron su carácter no legislativo, mientras que otros preferían que revistiera un carácter legislativo. La cuestión de si un acto delegado puede modificar o desarrollar un acto legislativo está ligada a esas distintas concepciones"[83]. La balanza parece decantarse hacia su consideración básicamente, con las matizaciones que luego comentaré, como meros reglamentos, subordinados en este caso a la ley europea como también lo están los reglamentos de ejecución. Lo que sí creo es que puede descartarse su asimilación a lo que algún autor como S. Rosado ha denominado como "deslegalización retenida", "entendido como una autorización que baja de rango, caso por caso, determinados elementos no esenciales de una regulación contenida en una ley europea, permitiendo que sean completadas e, incluso, modificada y que, a la vez, sustrae la regulación «no esencial» del régimen de los actos de ejecución"[84]. En la deslegalización, una ley, sin entrar en la regulación material de un tema, abre dicho tema a la potestad reglamentaria degradando formalmente el rango de la regulación anterior[85]. En la delegación europea, ni la ley delegante es meramente formal ni lo que hace es permitir que a partir de su publicación una materia pueda ser regulada directamente mediante reglamentos.

Argumentaré ahora, por tanto, esa naturaleza básica de reglamentos de los delegados europeos. Por una parte, son caracterizados expresamente por la CEu como actos no legislativos (art. I-35.2). Por otro lado, cuando

---

[82] BALAGUER (2004, 77).

[83] Informe resumido de la sesión plenaria de la Convención europea, días 17 y 18 de marzo, CONV 630/03, p. 3.

[84] ROSADO (2004, 359).

[85] GARCÍA ENTERRÍA en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1993, 268).

"completen" los elementos no esenciales de la ley nos encontraríamos ante una mera remisión normativa en la que hay un puro reenvío formal y en el que la ley de reenvío no se apropia del contenido de la reenviada ni le presta su propia virtud dispositiva. La ley de reenvío se limita "a disponer que el determinado supuesto de hecho sea regulado por la norma remitida, de cuyo contenido concreto se desentiende" conservando ambas normas "su propia autonomía y su respectivo valor"[86]. En esta modalidad puede ser difícil, por las razones ya reiteradas de las dificultades de separar en la UE normación de ejecución, su diferenciación de los reglamentos ejecutivos aunque puede apuntarse su mayor densidad normativa y la exclusión por definición del control mediante los mecanismos de la comitología. En estos casos, los reglamentos delegados servirán para descargar al legislador de la tarea de entrar en detalles excesivamente técnicos en el momento de redactar las leyes y para evitar la comitología y quedar sometido sólo al control de la Unión y no de los Estados[87].

Sin embargo, es verdad que el art. I-36.1 habla de que los reglamentos delegados pueden "modificar" la ley por lo que tendrían capacidad de modificación de un acto legislativo lo que puede dar lugar a la interpretación de que estamos ante un "acto legislativo" camuflado entre los "no legislativos", llegándose a decir que son actos reglamentarios en la forma "pero potencialmente legislativos en sustancia al estar habilitados para modificar actos legislativos"[88]. En palabras de F. Balaguer, los reglamentos delegados tendrían una naturaleza híbrida o dual[89], ya que además de poder completar leyes pueden también modificar determinados elementos de una ley con lo que tendría rango de ley, aunque puede pensarse que lo que hace la ley al delegar es dejar fuera del ámbito de la reserva de ley formal una cuestión no sujeta a reserva de ley material[90]. Esa capacidad de modificación es cierta pero también que lo es de manera muy limitada y en el marco de un complejo normativo compuesto por la ley de delegación y el reglamento delegado en el que la primera autoriza a que el segundo realice modificaciones puntuales de su contenido no esencial. Estaríamos, por lo tanto, hablando en términos estatales de una fuerza de ley activa limitada a aspectos puntuales y sin fuerza de ley pasiva. Mecanismo alejado de la de-

---

[86] GARCÍA DE ENTERRÍA en GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1993, 261).

[87] CARRERA (2003, 1053).

[88] TIBERI (2003, 238).

[89] BALAGUER (2004, 67): "son una figura híbrida ente las leyes europeas y los reglamentos europeos". En el mismo sentido, VAZ (2005, 658).

[90] Secretaría de Estado para la Unión Europea (2004, 23).

legación legislativa española, ya que en ésta la ley, en el caso más cercano al europeo que es de la delegación mediante bases, no es de aplicación directa a los ciudadanos y el Decreto legislativo tiene plena fuerza de ley activa y pasiva.

5.2. La delegación ha de hacerse siempre por ley (art. I-36.1)

El art. I-36.1 establece nítidamente que la única vía para que se pueda dictar un reglamento delegado es a través de una ley o ley marco. Desde un punto de vista teórico, la puntualización de la Constitución europea (también realizada por la española en el art. 82.2 y por la portuguesa en su art. 168.2) podría parecer superflua si consideramos que la delegación es un mecanismo que normalmente parte del legislativo y va hacia el ejecutivo, con lo que por lógica interna de tal situación no habría más solución que iniciar la delegación por medio de una ley, pero en la UE es importante por la confusión que existe entre legislativo y ejecutivo y, especialmente, por el papel del Consejo.

En todo caso, parece difícil de entender el papel que puede jugar una ley marco de delegación si, de acuerdo, al art. I-33, ha de dejar a los Estados miembros "la competencia de elegir la forma y los medios" para conseguir el resultado fijado en la propia ley marco. Si ya la ley marco regula los elementos esenciales (a sensu contrario de lo dispuesto en el art. I-36.1) y el reglamento delegado los no esenciales y la ejecución ya es, en principio, competencia estatal, no se ve qué papel puede jugar la cadena ley marco europea, reglamento delegado europeo, norma nacional.

5.3. La delegación se otorga a la Comisión (¿o también al Consejo?) (art. I-36.1 en relación con el art. I-35.2)

Hay una cierta indefinición en el destinatario ya que si bien el art. I-36 habla sólo de la Comisión, el art. 35-I dice que "el Consejo y la Comisión, en particular en los casos previstos en los artículos I-36 y I-37" lo que puede dar alguna posibilidad de que el Consejo sea también el destinatario[91] a lo que se añade que, como ha señalado S. Rosado[92], el Informe Final del

[91] Para R. SCHÜTZE (2005, 14) ha de hacerse una lectura literal e impedir que el Consejo pueda ser el sujeto delegado.

[92] ROSADO (2004, 367). Este autor extiende la posibilidad, creo que más forzadamente, de reglamentos delegados por el BCE a partir de su mención en el art. I-35 y de la dicción del art. III-185.6.

Grupo IX "Simplificación" hablaba expresamente de que el procedimiento de aprobación de los reglamentos delegados fuera "por la Comisión como regla general, y en casos particulares debidamente justificados, por el Consejo por mayoría cualificada"[93]. Entiendo, sin embargo, que para no aportar más confusión al sistema de fuentes debe aplicarse por el principio de especialidad el art. I-36 y ser la Comisión la única destinataria[94]. Otra cosa, pero ya, de <<constitutio ferenda>>, es la delegación a las Agencias propugnada en este trabajo.

5.4. La delegación ha de realizarse en los elementos no esenciales de la ley o ley marco (art. I-36.1)

Es decir, que es aceptable la delegación siempre que el núcleo esencial de la materia sea regulado claramente en la ley o ley marco con una regulación sustantiva de la materia lo suficientemente concreta que determine que la normación reglamentaria se ajustará a un proceso perfectamente pautado, sin margen a la libre decisión. Han de analizarse en cada materia los elementos esenciales[95] y dejar al reglamento delegado aquellos aspectos meramente accesorios o de detalle, estableciendo prolijamente en la ley todos los elementos constituyentes de la materia.

Bien es verdad que resulta complicado definir en abstracto qué pueden ser esos elementos esenciales[96]. El problema puede provenir de la utilización de la antigua jurisprudencia del TJUE en materia de atribución de ejecución a la Comisión en la que no se distinguía entre normación y ejecución administrativa. Por ejemplo, en política agraria en la que el TJUE ha entendido que debe interpretarse extensivamente la ejecución de la Comisión reservando los elementos esenciales al Consejo, pero en otros sectores ha hecho una definición más restrictiva reservando al acto atributivo los criterios para valorar la situación así como el tipo de medidas a tomar por la Comisión y el período de su validez y exigiéndose en todo caso que no haya <<ultra vires>>[97]. Será importante la delimitación del concepto "esencial" especialmente en materia de derechos en los que la limitación sólo puede hacerse por ley (art. I-112.1) por lo que aquí la delegación ha de limitarse extraordinariamente, a diferencia de la situación actual en la que

---

[93] CONV 424/02, p. 11.
[94] En el mismo sentido, Secretaría de Estado para la Unión Europea (2004, 23).
[95] VÍRGALA (1991, 111).
[96] RIDEAU (2004, 307), ROSADO (2004, 364).
[97] HOFMANN (2003, 9).

en la confrontación del Derecho derivado con el art. 6.2 TUE (respeto a los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario), el TJUE sólo valoraba la vulneración de esos principios sin tener en cuenta si el elemento esencial era regulado mediante un tipo de acto u otro[98]. Esto plantea también el problema de la esencialidad no sólo en los reglamentos delegados sino en los actos ejecutivos en cuanto afecten a derechos[99].

5.5. La delegación ha de ser siempre expresa y nunca podrá entenderse concedida de modo implícito (art. I-36.1)

La delegación legislativa ha de ser producto de la expresa voluntad de la ley o ley marco. Por tanto, la delegación ha de ser explícita y la Comisión nunca puede intentar deducir de un determinado precepto que en el mismo se contiene implícitamente una delegación, a pesar de que dicha delegación no figure como tal en la ley o ley marco.

La delegación será explícita no sólo también porque figure en la ley la expresión "delegación" sino también porque acompañen a la misma todos los requisitos que son necesarios para delimitar una delegación en la Constitución europea. Por tanto, la delegación será siempre ilícita, como ya se ha dicho, si se limita simplemente a delegar la potestad de dictar reglamentos delegados en una determinada materia sin ponerle ninguna otra limitación (objetivos, contenido, alcance, plazo, etc.). Por lo mismo, ha de entenderse que existe delegación cuando no aparece esta palabra concreta y se dice, por ejemplo, sin embargo que "se autoriza a la Comisión para completar o modificar elementos no esenciales de esta ley", pues aunque técnicamente autorización y delegación son términos distintos, en esos supuestos se puede deducir claramente que existe delegación si la llamada «autorización» va acompañada de todos los requisitos que configuran al art. I-36. Las delegaciones implícitas pueden ser una fuente de abusos y motivo de enfrentamientos constitucionales. Por eso, la declaración de que la delegación sea "expresa" y nunca implícita es coherente con el cúmulo de limitaciones que el art. I-36 ha construido.

La ley de delegación ha de delimitar "los objetivos, el contenido, el alcance" de la delegación de poderes. Esto implica un doble aspecto, formal (mención expresa en toda ley de delegación de los objetivos, etc.) y

---

[98] HOFMANN (2003, 10).
[99] HOFMANN (2003, nota 65).

también material, es decir, que se establezcan realmente esos criterios que sirven para luego determinar la validez del reglamento delegado[100]. La jurisprudencia del TJUE hasta ahora en control de discreción legislativa se ha fijado en criterios formales, por lo que existe la duda de cómo reaccionará en la delegación legislativa, pudiendo seguir el criterio del TCF alemán de que el legislador defina suficientemente la tendencia y programa de la materia delegada, aunque en el caso de la UE puede influir el principio de subsidiariedad de forma que es relevante también si es necesaria la regulación comunitaria. En virtud de la doctrina jurisprudencial alemana cuanto más esencial es una materia más detalladamente debe regular el legislador esa materia, pero por el principio de subsidiariedad requiere la diferenciación del nivel de regulación de acuerdo a los criterios de efectividad y practicabilidad[101].

5.6. La ley de delegación ha de fijar la duración de la delegación de poderes (art. I-36.1)

El plazo temporal para hacer uso de la delegación puede considerarse uno de los elementos clave para impedir la existencia de delegaciones que constituyan lo que se ha venido en llamar "plenos poderes", al constreñir al recipiendario de la delegación a emitir una norma sobre una materia concreta, pero también en un tiempo concreto y determinado. La limitación para la delegación a un espacio de tiempo acotado es, pues, un factor indispensable en el constitucionalismo actual (por ejemplo, arts. 82.3 Constitución española, 168.2 Constitución portuguesa, art. 76 Constitución italiana), ya que de otra forma supondría la dejación absoluta en manos de la Comisión de un sector del ordenamiento. No nos encontraríamos ante una delegación de potestad, sino ante una transferencia de la función legislativa en un concreto sector del ordenamiento comunitario.

Los problemas relativos al cómputo del plazo de la delegación no han recibido suficiente atención en los ordenamientos con delegación legislativa (por ejemplo, Italia o España)[102], en un tema vital para delimitar la discrecionalidad gubernamental al estar siempre en sus manos un factor, la publicación de las normas, que se considera sin más el determinante para fijar los términos de los plazos. En relación a esto intentaremos contestar a una serie de preguntas: ¿un plazo excesivamente prolongado en el tiempo es

[100] HOFMANN (2003, 11).
[101] HOFMANN (2003, 11-12).
[102] VÍRGALA (1991, 114 y ss.).

un plazo que se ajusta al art. I-36.1 de la Constitución?, ¿el <<dies a quo>> comienza con la adopción de la ley de delegación, con su publicación en el DOUE, con la entrada en vigor de la ley de delegación?, ¿el <<dies ad quem>> se corresponde con la fecha de emanación del reglamento delegado, con la publicación en el DOUE, con su entrada en vigor?, ¿qué valor tienen las cláusulas de prórroga de una delegación y qué requisitos han de cumplir?

El primer problema que surge es el de cómo concretar el plazo de la delegación. Un plazo fijo pero muy prolongado puede equipararse a la inexistencia de plazo, al igual que uno que sea tan vago que esté en manos de la Comisión su determinación. En estos supuestos, pensamos que la solución ha de provenir de los siguientes principios:

1) La Constitución europea no admite la inexistencia de un plazo, ya que, al menos, ha de prescribirse un término a partir del cual la Comisión no pueda ejercer la delegación. Este principio que parece una afirmación superflua por lógica, no lo es tanto si miramos la práctica española en la que la Ley 47/1980, en su Disp. Final 1ª, otorgó una delegación para realizar «una mera refundición de las disposiciones vigentes de los tributos afectados por esta ley» sin señalar plazo alguno para esa refundición, lo que automáticamente conducía a la inconstitucionalidad de la ley de delegación por violación del art. 82.3 de la Constitución, lo que no fue planteado en su momento oportuno a través del recurso de inconstitucionalidad ni hasta el momento por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.

2) El plazo ha de ser siempre concreto, lo no quiere decir que deba corresponder siempre a una fecha del calendario. Puede ser también un lapso de tiempo computado en días, meses o años, que es lo más corriente, y también es posible señalar el plazo final a través de la verificación de un hecho seguro pero incierto en el tiempo, es decir, un «acontecimiento concreto <<certus an sed incertus quando>> siempre que consista en un suceso verificable con certeza»[103], lo que ha sido aceptado en Italia por su Tribunal Constitucional[104]. Con respecto a esto último se señaló en su día que es posible pero difícil de concebir[105], y, sin embargo, los ejemplos que pueden aportarse son variados: la aprobación de la siguiente ley de presupuestos, la celebración de elecciones europeas. Lo que no caben son los plazos vagos, aleatorios, sin referencia a ningún fenómeno cierto como los

[103] RECODER (1979, 1674).
[104] VÍRGALA (1991, 117).
[105] VÍRGALA (1991, 117).

de las expresiones «mientras persistan las actuales condiciones económicas» o «plazo más breve posible», etc.[106]; ya que en realidad no serían plazos, sino meras muestras de confianza en la Comisión que no encajan en la temporalidad diseñada por la Constitución. Ha de señalarse un momento verificable sin dar lugar a dudas de ninguna clase, pudiendo ser una fecha, un tiempo computable en días, meses o años, o un suceso cierto.

3) Precisando más lo anterior, plazo fijo o verificable, hemos de concluir que todo lapso de tiempo que responda a esas características tampoco puede aceptarse. Una ley de delegación de 2007 que extienda el plazo para su desarrollo por la Comisión hasta el 1 de enero del año 2017, tendrá un plazo fijo y determinado, concretado en cuanto a su término, pero absolutamente rechazable desde el punto de vista de la intención del constituyente europeo. La delegación en el derecho comunitario tiene como objetivo delimitar claramente la potestad que se otorga a la Comisión y de una lectura conjunta del artículo I-36 se deduce que tal situación nunca puede prolongarse en el tiempo de tal forma que la Comisión disponga de un plazo tan largo que prácticamente resulte indefinido.

Sentado el principio de que el plazo ha de existir y ha de ser concreto (aunque no datable), la tarea más importante es la de determinar los momentos inicial y final de ese cómputo. En el supuesto de que el plazo culmine en un momento computado en días, meses o años, hemos de determinar qué momento es el que nos sirve de referencia para decir que ése es el de finalización.

La fecha de entrada en vigor de la delegación tiene importancia ya que a partir de ese momento comienza a correr el plazo para la producción del reglamento delegado. El problema no existe si el término del plazo consiste en una fecha fija del calendario (el dilema se producirá a la hora de fijar el término del plazo), aunque esta situación suele representar una excepción, por ejemplo, en las leyes españolas de delegación. Tampoco plantea problemas la entrada en vigor de la delegación si ésta se pospone a la fecha de publicación de la ley de delegación o a la de entrada en vigor de la ley si ésta consta expresamente en el texto legal.

Los problemas comienzan cuando se utilizan otras formas. La primera puede ser la de fijar un plazo de tiempo sin vincularlo a ningún otro hecho, como, por ejemplo, «plazo de seis meses». La segunda puede ser la fijación de un lapso de tiempo a partir de la entrada en vigor de la ley de

---

[106] PÉREZ ROYO (1979, 1659).

delegación para establecer el comienzo del plazo, sin que la ley especifique la fecha de esa entrada en vigor[107].

Algunos autores italianos han señalado que el <<dies a quo>> es la fecha de entrada en vigor de la ley de delegación siendo irrelevante el retraso en su publicación[108]. Si esta opinión la aplicamos en el derecho comunitario hemos de partir del hecho de que si la ley no ha individualizado el momento de entrada en vigor rige el principio general de la eficacia a los 20 días de la publicación en el DOUE (art. I-39.2).

El plazo de la delegación siempre tiene un final y que es cuando la Comisión ejercita esa delegación. Ese final ha de corresponder con la fecha en que la ley de delegación determinó como término y que puede ser una fecha del calendario, un período computable en días, meses o años, o un suceso determinado. El día en que se cumple ese plazo fijado ha de corresponder con el ejercicio de la delegación por la Comisión. Pero, ese día puede entenderse que se refiere al de aprobación por la Comisión del reglamento delegado, a su publicación en el DOUE o a su entrada en vigor tras la <<vacatio legis>>.

En Italia, la solución a este problema en su sistema constitucional ha tenido diversas respuestas desde la doctrina, habiéndose propugnado la fecha de la deliberación del Consejo de Ministros, la fecha de publicación en el Diario oficial y la fecha de la emanación de la norma. Ha sido esta última postura la aceptada por el Tribunal Constitucional italiano al declarar que el término para el ejercicio de la delegación legislativa debe ser la fecha de la emanación del decreto y no la de la deliberación del Consejo de Ministros ni la de la publicación de la norma[109].

La situación en España, sin embargo, es diferente ya que para determinar ese término del plazo la propia Constitución, lo que no ocurre en Italia, nos da su momento exacto cuando dice que «la delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente» (art. 82.3). Es decir, la norma fundamental se refiere a un momento concreto del proceso de formación de la norma delegada como es la publicación, aunque nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de 3 de octubre de 1997) ha entendido como momento final de la delegación legislativa, sin más argumentación, el de la fecha de aprobación del Decreto Legislativo por el Consejo de Ministros, lo que indica que la norma

---

[107] Que, por ejemplo, es lo más frecuente en Italia: AINIS, 1985: 684-686.
[108] Pueden verse las referencias en VÍRGALA (1991, 121).
[109] VÍRGALA (1991, 125-126).

está ya definitivamente redactada pero no hay medio efectivo de comprobarlo ya que esa aprobación en forma de texto normativo no se recoge en ningún registro oficial. A pesar de esta sentencia, creo que debe propugnarse que el plazo de una delegación legislativa se cumple el día en que el Decreto Legislativo es publicado en el diario oficial. Esta también debería ser la postura a adoptar en el Derecho comunitario, es decir, entender que el plazo ha de computarse hasta el día de la publicación en el DOUE.

Un problema vinculado al plazo de la delegación legislativa es el de su posible prórroga. No contradice al esquema constitucional europeo de delegación, y además no lo prohíbe la Constitución, la prórroga a través de una ley o de una ley marco, según el caso, como permite expresamente el art. 168.2 Constitución portuguesa. Nada impide que si los delegantes consideran que, transcurrido el plazo, sigue siendo conveniente que la Comisión mantenga la posibilidad de emitir un reglamento delegado en la materia, se le conceda a éste otro plazo, al que se aplicarán los mismos requisitos que al primero.

5.7. La emanación del reglamento delegado

La Constitución europea no señala un procedimiento específico de emanación de los reglamentos delegados, por lo que debemos remitirnos a la normativa de elaboración de reglamentos por la Comisión.

La aprobación definitiva de la norma delegada corresponde a la Comisión. El reglamento delegado en su encabezamiento debería siempre hacer referencia a la ley de delegación de la que trae causa y a la autorización constitucional de la misma, como por ejemplo «en virtud de la delegación otorgada por la Ley..., y de conformidad con las previsiones del artículo I-36 de la Constitución...». Aprobado por la Comisión, el reglamento delegado ha de someterse a la firma del Presidente de la Comisión (art. I-39.2 de la Constitución). Firmado el reglamento delegado, debe posteriormente publicarse en el DOUE (art. I-39.2 de la Constitución).

5.8. La delegación puede estar sujeta a determinadas condiciones (art. I-36.2)

La Constitución establece la posibilidad, si así se ha previsto en la ley europea de delegación, de someter a la delegación a determinadas condiciones. La enumeración de estas condiciones no es exhaustiva ("podrán ser las siguientes") por lo que es el legislador el que decide en cada caso[110].

[110] HOFMANN (2003, 12-13).

En la elaboración de la Constitución, en un primer momento el Grupo IX "Simplificación" de la Convención proponía que los mecanismos de control pudieran ser[111]:

1) Derecho de revocación (<<call back>>): poder de recuperar la capacidad de legislar en la materia en caso de que se sobrepasara la habilitación (<<ultra vires>>) o cuando fueran cuestiones especialmente delicadas desde el punto de vista político o con importantes repercusiones financieras.

2) Plazo de silencio: el reglamento delegado entraría en vigor si, transcurrido un plazo determinado, el legislador no expresase objeciones.

3) Cláusula de suspensión (<<sunset clause>>): el reglamento delegado tendría una duración limitada, de forma que pasado el plazo, el legislador debería renovar la habilitación.

El texto final ha eliminado el último mecanismo y ha consagrado versiones modificadas de los dos primeros, por lo que ahora el art. I-36.2 cita dos condiciones a título ejemplificativo: la revocación y la formulación previa de objeciones.

La Constitución ha concedido a la Comisión una delegación de poderes por parte del Consejo y del Parlamento, por lo que es lógico que dichos órganos puedan considerar que tal delegación debe desaparecer, bien porque no se considere conveniente o porque el Consejo y el Parlamento piensen que deben regular ellos mismos los elementos no esenciales de la materia. Pero, frente a esto hay que señalar que en este tema juega un papel importante la seguridad jurídica y se debe permitir en lo posible el desarrollo de la maquinaria de la delegación. Para compatibilizar ambos postulados (libertad del delegante/seguridad jurídica), la Constitución ha consagrado lo que se ha denominado como revocación expresa.

Se conoce como revocación o derogación expresa cuando el Parlamento (en este caso, Parlamento y Consejo) considerando que una delegación, no desarrollada todavía por el Gobierno (aquí la Comisión), no responde a sus deseos, procede a la derogación de la ley de delegación, bien parcialmente (para modificar algún apartado de esa delegación), bien totalmente (para posponer la regulación de esa materia o regularla los delegantes directamente). En este supuesto nos encontramos ante una manifestación

[111] Informe final del Grupo IX "Simplificación" de la Convención Europea, CONV 424/02, p. 11.

expresa y clara de revocación de la delegación tal como se efectuó en su momento y, por lo tanto, nada debe impedir que el delegante modifique su decisión. Esta es la posición adoptada por la Constitución europea al señalar que "el Parlamento europeo o el Consejo podrán decidir revocar la delegación" (art. I-36.2.a), siempre que así estuviera previsto en la ley europea de delegación.

Por lo anterior, creo que debe considerarse prohibida la denominada revocación tácita que se produce cuando el delegante entra a regular directamente la materia afectada por una previa delegación[112]. En este caso, no nos encontramos ante la manifestación soberana del delegante de revocar una delegación, sino ante una revocación implícita o tácita al afectar a la materia delegada; revocación tácita que puede provenir en múltiples ocasiones del «olvido» del legislador de que ese tema está sujeto a delegación, lo que ocurre, por ejemplo, cuando lo que se quiere regular es otra materia y se afecta a la delegada sólo tangencialmente. En la revocación tácita, pensamos que debe prevalecer, en principio, la seguridad jurídica y de que debe permitirse a la delegación desplegar todos sus efectos, salvo que el delegante considere que expresamente desea proceder contra esa delegación. Se hace necesaria, por tanto, una regulación también en los reglamentos internos del Consejo y del Parlamento sobre esta cuestión.

En cuanto a quién puede decidir la revocación, la CEu es bastante paradójica ya que no lo atribuye a una ley europea de revocación sino que, al menos literalmente, permite que sean tanto el Parlamento (por mayoría) como el Consejo (por mayoría cualificada) los que lo decidan. Esto plantea diversas hipótesis pues si bien puede ser lógica esa revocación separada si la ley de delegación fue excepcionalmente obra sólo del Parlamento o sólo del Consejo no lo es tanto si fue una ley europea elaborada por el procedimiento legislativo ordinario con participación de ambos órganos. En ese caso, pienso que la revocación sólo puede ser conjunta.

La posibilidad de la formulación previa de objeciones es la segunda condición posible establecida en art. I-36.2 CEu. En un afán por limitar estrechamente la delegación, la Constitución posibilita el que Parlamento o el Consejo formulen objeciones al reglamento delegado de forma que éste "no podrá entrar en vigor" (art. I-36.2.b), con lo que sin introducir por la puerta falsa la comitología sí que permite un control de los órganos legislativos aunque no tenga que producirse en todas las delegaciones ni ser tan complejo ni intrusivo. La ley de delegación ha de fijar esta posibilidad ex-

[112] VÍRGALA (1991, 137).

presamente y en un plazo determinado. Parece claro que la ley de delegación obligará a la Comisión a informar al Parlamento y al Consejo también en un plazo determinado de la propuesta de reglamento delegado que esté considerando, ya que éste no puede entrar en vigor si se han formulado objeciones. Se ha seguido, por tanto, el único modelo europeo de control vinculante previo en la emanación de reglamentos. Es el modelo inglés del procedimiento parlamentario "negativo" de control de emanación de reglamentos por el Gobierno, en el que éstos entran en vigor salvo rechazo expreso por el Parlamento[113]. En la CEu también si los órganos legisladores formulan objeciones, la Comisión no puede emitir el reglamento delegado ("no podrá entrar en vigor"). Por ello, discrepo de la opinión de S. Rosado de limitar las "objeciones" a reservas de información, alegación y consulta, ya que "el Legislador europeo no debe tener influencia vinculante alguna para la determinación del contenido no esencial del reglamento, siempre que el Ejecutivo respete los términos de la delegación contenidos en la ley o la ley marco europea. Dicha de otra forma, el Ejecutivo europeo, siempre que respete los términos de la delegación, tiene la facultad discrecional de regular los elementos no esenciales de un ámbito"[114]. Creo que no hay datos suficientes para mantener tal interpretación restrictiva y las objeciones pueden ser verdaderas impugnaciones del contenido material del reglamento delegado. Otra cosa distinta es que no se sepa muy bien qué hacer cuando se formulen dichas objeciones. En ese caso, por la posición de legisladores del Parlamento y el Consejo parece que no queda más remedio que la Comisión acepte las objeciones de aquellos que hicieron la ley y son interpretes auténticos de los objetivos, contenido y alcance de la delegación, pues, además, en caso contrario, el reglamento delegado no puede entrar en vigor.

Otro problema añadido es que aquí también tenemos la paradoja de que la CEu no atribuye la formulación de objeciones a un acuerdo conjunto

---

[113] Junto a ese procedimiento está también el "afirmativo" en el que el reglamento no entra en vigor hasta que una resolución parlamentaria en un plazo de 28 ó 40 días así lo determina: *Statutory Instruments Act* de 1946 y arts. 4.4 y 79 del Reglamento de los Comunes; normativa utilizada especialmente con las delegaciones legislativas con cláusula Enrique VIII, es decir, con capacidad para modificar leyes, lo que es lógico por la concepción inglesa de la soberanía del Parlamento, su monopolio legislativo y el surgimiento de la potestad normativa del Ejecutivo, siempre por delegación parlamentaria, salvo en determinadas facultades propias históricamente de la Corona; con la salvedad, además, de las dificultades de distinguir en Gran Bretaña las delegaciones legislativas, propiamente dichas, de las delegaciones de potestad reglamentaria: VÍRGALA (1991, 165-166).

[114] ROSADO (2004, 269).

de los legisladores sino que, al menos literalmente, permite que sean tanto el Parlamento (por mayoría) como el Consejo (por mayoría cualificada) los que lo decidan. Igual que antes pienso que si bien puede ser lógica esa formulación separada si la ley de delegación fue excepcionalmente obra sólo del Parlamento o sólo del Consejo no lo es tanto si fue una ley europea elaborada por el procedimiento legislativo ordinario con participación de ambos órganos. En ese caso, pienso que la formulación de objeciones sólo será valida si es conjunta.

En todo caso, "el Tribunal de Justicia mantendría su competencia a tenor del artículo 230 del TCE para pronunciarse sobre toda posible violación de las condiciones establecidas en la habilitación"[115].

6. LOS ACTOS EJECUTIVOS

La CEu dedica el art. I-37 a los que denomina "actos de ejecución" consagrando normativamente la situación existente hasta el momento. Sin embargo, ha de decirse que, como es sabido, el principio base en el Derecho comunitario, siguiendo el modelo del federalismo ejecutivo[116], es que la adopción de actos de ejecución corresponde a los Estados miembros (art. 10 TCE y ahora art. I-37.1 CEu), y sólo cuando sea necesaria la ejecución por la UE ésta se produce (de acuerdo al principio de subsidiariedad), siendo entonces la regla su adopción por la Comisión, normalmente con control de los Estados miembros (comitología), o excepcionalmente por el Consejo[117]. Hasta la actualidad, se ha denominado acto de ejecución al que contiene "las medidas de aplicación técnica o efímera" (STJUE de 17 de diciembre de 1970), no pudiendo desconocer el contenido de la norma de base ni derogarla (STJUE de 10 de marzo de 1971)[118]. El TCE (arts. 202 y 211) permite la atribución de poderes de ejecución y no de alcance general o naturaleza legislativa y "no es fácil precisar qué debe entenderse por ejecución, pero parece que sus límites no deben constreñirse rígidamente"[119] y así lo ha entendido el TJUE al señalar que el poder de ejecución debe interpretarse ampliamente hasta el punto de llegar a conferirse "a la

---

[115] Informe final del Grupo IX "Simplificación" de la Convención Europea, CONV 424/02, p. 11.

[116] HOFMANN (2004, 5), SCHÜTZE (2005, 12).

[117] Informe final del Grupo IX "Simplificación" de la Convención Europea, CONV 424/02, p. 12.

[118] MANGAS y LIÑÁN (2004, 138).

[119] MANGAS y LIÑÁN (2004, 139).

Comisión amplios poderes de apreciación y de acción" (STJUE de 30 de octubre de 1975), comprendiendo tanto la elaboración de normas de aplicación como la aplicación de las normas a casos particulares mediante actos de alcance individual (STJUE de 24 de octubre de 1989)[120].

Pues bien, el art. I-37 CEu sistematiza y consagra lo ya existente atribuyendo la ejecución del Derecho comunitario, como excepción a la habitual por los Estados, a la Comisión, pero, a pesar de las propuestas que ha habido en su momento tanto del Parlamento como de la propia Comisión[121], ésta no posee una potestad ejecutiva propia que, sin atribución expresa, le permita ejecutar un acto legislativo determinado. En caso contrario, acercaría sus poderes a los de naturaleza legislativa al realizarse una interpretación extensiva del término "ejecución" y crearía confusión con el ejecutor normal de la normativa comunitaria: los Estados miembros[122]. Además, también tiene potestad ejecutiva (art. I-37.2) el Consejo "en casos debidamente justificados" (por ejemplo, interviene ejecutando en materias de especial sensibilidad para algunos Estados como el reparto de cuotas pesqueras o la fijación de los precios agrícolas de intervención[123]) y siempre en materia de PESC.

El tipo de acto a utilizar puede ser tanto un reglamento como una decisión de ejecución, aunque los primeros, como antes se ha dicho, pueden ser, de acuerdo al art. I-33.1 CEu, reglamentos directos ("obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro") y reglamentos marco (obligan "al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios"), que desarrollarían respectivamente a las leyes y a las leyes-marco[124], pero con el problema de que los segundos tienen también alcance general (a diferencia de las leyes-marco)[125], pudiendo generar confusión entre los aspectos

---

[120] MANGAS y LIÑÁN (2004, 139).

[121] Por ejemplo, Resolución del Parlamento europeo sobre la naturaleza de los actos de la Comunidad de 18 de abril de 1991 A3-0085/91, Opinión de la Comisión de 21 de octubre de 1990 en la fase preparatoria del Tratado de Maastricht: citados por HOFMANN (2004, 5). La Comisión propuso también en 2002 la supresión de esa ejecución por el Consejo para mejorar la transparencia del sistema y para evitar la confusión en el papel del Consejo como legislador: COM (2002) 728 final, de 4 de diciembre de 2002.

[122] HOFMANN (2004, 5). En sentido contrario, VAZ (2005, 656) que, a pesar de reconocer de que no hay apoyo expreso para ello en la CEu, la deduce del art. I-33 en su párrafo cuarto y en los arts. I-37.2 y I-37.4.

[123] CALONGE Y TOMÁS (2004, 381).

[124] MANGAS (2005, 156).

[125] CARRERA (2003, 1051).

competenciales y los normativos[126]. Como la CEu no dice cuándo la ejecución ha de ser por un reglamento o por un reglamento marco será de aplicación el art. I-38: procedimiento aplicable o contexto normativo y principio de proporcionalidad[127]. Como ha señalado A. Mangas, "sorprende que el nuevo sistema de actos haya expulsado el nombre de directiva (la más <<popular>> de las normas comunitarias tradicionales) pero ha dejado colar sus <<peores>> características en todos los nuevos modelos y tipos normativos"[128]. En todo caso, parece que tras la creación de la figura de los reglamentos delegados, la práctica de los de ejecución normativos "es presumible que quede enormemente restringida"[129], ya que sólo se dará en los casos en que "se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión" (que serán las leyes, las leyes-marco pero también las decisiones), lo que conlleva una gran subjetividad en la interpretación de cuándo son necesarias esas condiciones uniformes, lo que dará lugar a divergencias a resolver jurisdiccionalmente[130].

La función ejecutiva comunitaria, por tanto, "se concibe de una manera extensa, comprendiendo no sólo la potestad normativa sino también la ejecución material directa del derecho comunitario. De ahí que los actos de ejecución puedan contener disposiciones tanto de alcance general como particular y que la doble tipología formal del artículo I-37 sea acorde, al menos teóricamente, en el sentido de reservar el instrumento de la decisión para la adopción de normas de alcance singular y destinar el reglamento para la emisión de las restantes medidas con alcance general"[131]. Esto se podría deducir de la descripción general de los actos del art. I-33, pero es cierto que la decisión puede tener también alcance general; así, por ejemplo, en la sentencia 24/10/1989, asunto 16/88, caso Comisión v. Consejo, Rec., p. 3485, n. 11, donde el Tribunal de Justicia dejó claro que el concepto de ejecución comprende tanto la elaboración de normas de aplicación como la aplicación de normas a casos particulares mediante actos de alcance individual, pues el tratado en su actual artículo 202 utiliza el término "ejecución" sin restringirle con precisiones adicionales, de ahí que su interpretación no pueda excluir los actos individuales[132].

---

[126] BALAGUER (2004, 77).

[127] MANGAS (2005, 156).

[128] MANGAS (2005, 156).

[129] Secretaría de Estado para la Unión Europea (2004, 21), ALVES (2004, 709). CARRERA (2003, 1054) habla de "instrumento excepcional de ejecución".

[130] RIDEAU (2004, 314).

[131] CALONGE y TOMÁS (2004, 379).

[132] FUENTAJA (s/f, nota 3).

En cuanto a la publicación, los reglamentos de ejecución y las decisiones de ejecución sin destinatario o dirigidas a todos los Estados se publican en el DOUE y entran en vigor en la fecha que ellas determinen (o si no, tras la <<vacatio legis>>), pero las restantes decisiones de ejecución se notificarán a los destinatarios y sólo surtirán efecto desde esa fecha[133].

El control de estos actos de ejecución parece que seguirá siendo realizado, en primer lugar, a través de la conocida comitología[134], aunque una vez que entre en vigor la CEu, deberán establecerse en una ley europea "normas y principios generales relativos a las medidas de control, por parte de los Estados miembros, del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión" (art. I-37.3), lo que lo acerca al actual art. 202 TCE aunque con la importante diferencia de que los reglamentos delegados quedan, como ya se ha visto, fuera de los comitología y de que el Parlamento tendrá mayor participación[135], por lo que esa futura ley europea puede decantarse hacia una comitología ligera. Por todo ello, choca que E. Linde señale que "la comitología habría sido suprimida por la Constitución, en la medida en la que el artículo I-37 no contiene la habilitación a que se refiere el artículo 202 del TCE"[136]. Lo que sí hay duda es si ahora, al participar el Parlamento en las leyes europeas, eso significará que su presencia en la comitología va a ser permanente respecto a cualquier acto ejecutivo de la Comisión[137]. Sin entrar aquí en la muy estudiada comitología, puede decirse que la misma proviene del antiguo art. 202.3 TCE surgido en el AUE de 1986 por el que el Consejo comenzó a ceder a la Comisión competencias de ejecución, pero desde 1987 (primera decisión comitología) condicionando esa ejecución al dictamen de comités compuestos por representantes de los Estados[138]. Esa decisión se transformó en 1999 (Decisión 1999/468 sobre la Comitología, DOCE, L, 184, de 17 de julio de 1999) por el papel cada vez más importante del procedimiento de codecisión y dentro del mismo del rol del Parlamento: suministro de información al Parlamento sobre el trabajo de los diversos Comités, información por la Comisión de las medidas de ejecución[139]. Por otro lado, nada impide que la Comisión en un reglamento delegado se subdelegue la ejecución mediante reglamentos o decisiones ejecutivas, con lo que el control por el legislador sólo podría producirse

[133] CALONGE y TOMÁS (2004, 380).
[134] CARRERA (2003, 1054).
[135] HOFMANN (2003, 8).
[136] LINDE (2004, 883).
[137] SCHÜTZE (2005, 15).
[138] CALONGE y TOMÁS (2004, 386).
[139] CALONGE y TOMÁS (2004, 386-387).

mediante la revocación del acto original de delegación[140]. En 2002, y con vistas a la entrada en vigor de la CEu, la Comisión presentó una Propuesta de decisión para modificar la de 1999 en lo relativo a las medidas de ejecución de los actos adoptados por codecisión[141].

En cuanto al control judicial, ya existe en la actualidad el de legalidad de los actos de ejecución con respecto a los actos de base (art. 230 TCE), por el que los Estados, las instituciones (y los ciudadanos aunque con las limitaciones conocidas que establece el TJUE) comunitarias pueden presentar el recurso de anulación (por violación del tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución). Así, el TJUE ha anulado actos por violación de normas de derecho derivado con fuerza vinculante de rango superior como los casos de un reglamento de ejecución frente a uno de base[142]. También puede utilizarse la cuestión prejudicial de validez, al coincidir los motivos con el recurso de anulación.

En la CEu, el control judicial servirá para que los actos de ejecución respeten a las leyes y a los reglamentos delegados y éstos a esas[143]. Una novedad en este sentido es que el art. III-365.4 CEu en el recurso por anulación presentado por particulares señala que pueden hacerlo también "contra actos reglamentarios que le afecten directamente" (por ejemplo, una prohibición que no requiera medida nacional de ejecución), expresión ésta de "actos reglamentarios" utilizada en toda la Constitución sólo en este artículo y que permitiría recurrir tanto reglamentos delegados como ejecutivos[144] e incluso decisiones para evitar diferencias entre actos no legislativos vinculantes[145]. La expresión "afecten directamente" ha de ser más amplia que la de "directa e individualmente" de acuerdo a la práctica seguida hasta ahora por el TJUE, bastando la demostración de que el acto reglamentario produce un padecimiento sin necesidad de adoptar medidas autónomas, aunque no baste el mero hecho de que un acto influya en la situación material del demandante[146]. La afectación directa significa que la medida "debe surtir efectos directos en la situación jurídica del particular y no debe permitir ninguna facultad de apreciación a los destinatarios de dicha medida encargados de su aplicación, por tener ésta un carácter meramente auto-

---

[140] Pueden verse en detalle los tres procedimientos de comitología en FUENTEAJA (s/f).

[141] COM (2002) 719 final de 11 de diciembre de 2002.

[142] MANGAS y LIÑÁN (2004, 468).

[143] CALONGE Y TOMÁS (2004, 392-393).

[144] CALONGE y TOMÁS (2004, 394-395). Para HOFMANN (2003, nota 30) incluiría todo acto legislativo o de ejecución salvo decisiones y contratos.

[145] RUÍZ-JARABO (2004, 1013).

[146] RUÍZ-JARABO (2004, 1013).

mático y derivarse únicamente de la normativa comunitaria sin aplicación de otras normas intermedias" (STJUE de 13 de mayo de 1971). Por el contrario, afectación individual sería "cuando le atañe debido a ciertas cualidades que le son propias o a una situación de hecho que la caracteriza en relación con cualesquiera otras personas y, por ello, la individualiza de una manera análoga a la del destinatario" (STJUE de 15 de julio de 1963), lo que suelen ser los casos caracterizados por la existencia de un procedimiento administrativo en el marco del que se adopta el acto, por ejemplo, reglamentos actuales que constituyen para sus destinatarios una decisión (imposición de derechos antidumping a varias empresas en un reglamento de ejecución)[147]. En los casos de actos de alcance general no adoptados en el marco de un procedimiento administrativo, el TJUE se niega a admitir recursos de particulares[148]. Otra cosa es cómo interprete el TJUE la expresión "directamente" o, esto para el resto de actos, "directa e individualmente"[149].

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

AINIS, M., 1985, "Promulgazione ed entrata in vigore delle leggi di delega", *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, pp. 678-727.

ALONSO GARCÍA, R., 1989, *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Civitas, Madrid.

ALVES, C.M., 2004, "La hiérarchie du droit dérivé unilatéral à la lumière de la Constitution européenne : révolution juridique ou sacrifice au nominalisme?", *Cahiers de Droit Européen*, núm. 5-6, pp. 691-726.

ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, P., GONZÁLEZ VEGA, J. A. y FERNÁNDEZ PÉREZ, B., 1996, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Eurolex, Madrid.

ARZOZ SANTISTEBAN, X., 1998, *Concepto y régimen del acto administrativo comunitario*, IVAP, Oñati.

BALAGUER CALLEJÓN, F., 2004, "El Sistema de fuentes en la Constitución europea", ReDCE**,** núm. 2, pp. 61-79.

BAST, J., 2003, "On the Grammar of EU Law: Legal instruments", *New York University Jean Monnet Working Papers (*www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-05.html*)*, núm. 9/03.

BOGDANDY, A. v., BAST, J. y ARNDT, F., 2004, "Tipología de los actos en el Derecho de la Unión europea. Análisis empírico y estructuras dogmáticas en una presunta jungla", *REP*, núm. 123, pp. 9-70.

---

147 MANGAS y LIÑAN (2004, 463-464).

148 MANGAS y LIÑAN (2004, 464).

149 CALONGE y TOMÁS (2004, 395).

CALONGE VELÁZQUEZ, A. y TOMÁS ROLDÁN, M. del R., 2004, "Los actos de ejecución en la Constitución europea", en E. Alvarez Conde y V. Garrido Mayol (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea. Libro I*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 371-402.

CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., 2003, "Simplificación de los instrumentos jurídicos en el Proyecto de Tratado constitucional", *RDCE*, núm. 16, pp. 1041-1063.

FUENTETAJA PASTOR, J. A., "La estructura administrativa europea", *University of Leeds Jean Monnet European Center of Excellence Online papers* **(**www.leeds.ac.uk/jmce/p-estruc.htm**)**.

GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 1993 (6ª ed.), *Curso de Derecho Administrativo. Vol. I.*, Civitas, Madrid.

HOFMANN, H. H., 2003, A Critical Analysis of the new Typology of Acts in the Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe, *European Integration online Papers Vol. 7***,** núm. 9**, (**http://eiop.or.at/eiop/texte/2003-009a.htm.

LENAERTS, K. y DESOMER, M., 2003, "Simplification of the Union's Instruments", en *Ten Reflections on the Constitucional Treaty for Europe*, Bruno de Witte (ed.), San Domenico di Fiesole, Robert Schuman Centre for the Advanced Studies-European University Institute, pp. 107-131.

LINDE PANIAGUA, E., 2004, "El Consejo de ministros de la Unión Europa", en E. Alvarez Conde y V. Garrido Mayol (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea. Libro I*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 851-891.

LÓPEZ CASTILLO, A., 2004, "¿Cerrar o cuadrar el círculo?: a propósito de la revisión del <<sistema de fuentes del derecho>> de la UE", en A López Castillo, *La Constitución de Europa a debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 219-280.

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., 2004 (4ª ed.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea,* Tecnos, Madrid.

MANGAS MARTÍN, A., 2005, *La Constitución europea*, Iustel, Madrid.

MARTÍNEZ LAGE, S., 1984, *Las fuentes del Derecho comunitario. Iniciación al estudio del Derecho Comunitario europeo,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 71-98.

MENÉNDEZ, A. J., 2004, "Esperando a la Constitución europea", *REDC*, núm. 72, pp. 87-120.

OLIVERA MASSO, P., 2005, "Primacía y supremacía de la Constitución", en *Constitución europea. Análisis y comentarios,* Garrigues Abogados, La Ley-Recoletos, Madrid, pp. 127-131.

PÉREZ ROYO, F., 1979, "Relaciones entre normas primarias y normas secundarias en Derecho Tributario", en AA. VV., *La Constitución y las fuentes del derecho. Vol. III,* Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 1649-1665.

RECODER, E., 1979, "La legislación delegada", en AA. VV., *La Constitución y las fuentes del derecho. Vol. III*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 1667-1683.

REQUENA LÓPEZ, T., "La Decisión europea", *ReDCE*, núm. 2, pp. 81-101.

RIDEAU, J., 2004, "Presentation des actes juridiques dans la Constiution", en E. Alvarez Conde y V. Garrido Mayol (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea. Libro I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 293-334.

ROSADO PACHECO, S., 2004, "Los Reglamentos delegados en el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa", en E. Alvarez Conde y V. Garrido Mayol (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea. Libro I*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 335-370.

RUIZ-JARABO, D., 2004, "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado por el que se establece una Constitución europea", E. Alvarez Conde y V. Garrido Mayol (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea. Libro I*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 983-1015.

SANTOS VARA, J., 2004, "La simplificación normativa en el proyecto de Constitución europea", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, núm. 230, pp. 3-18.

SCHÜTZE, R., 2005, "Sharpening the Separation of Powers through a Hierarchy of Norms? Reflections on the Draft Constitutional Treaty's regime for legislative and executive law making", *European Institute of Public Administration Working Papers 2005/W/01 (www.eipa.nl/Publications/Summaries/05/FC0501e.pdf)*.

SECRETARÍA DE ESTADO PARA LA UNION EUROPEA (Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación), 2004. Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Breve análisis (ww.iceta.org/coeubran.pdf).

TIBERI, G., 2003, "La semplificazione degli atti dell'Unione Europea e il metodo di coordinamento aperto", *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e hipótesis*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 221-242.

TIZZANO, A., 2004, "Prime note sul progetto di Costituzione europea. Una Costituzione per L'Europa. Testi e documenti relativi alla Convenzione Europea", *Quaderni Della Revista Il Diritto dell'Unione Europea*, num. 3, pp. 1-42.

VAZ, M. A., 2005, "O sistema de fontes de direito no Tratado da Costituiçáo europeia (entre a "simplificaçáo" e a "democratizaçáo")", *Boletim da Facultade de Direito Universidade de Coimbra-Colóquio ibérico: Costituiçáo europeia. Homenagem ao doutor Francisco Lucas Pires*, Coimbra, pp. 651-663.

VÍRGALA FORURIA, E., 1991, *La delegación legislativa en la Constitución y los Decretos legislativos como normas con rango incondicionada de ley*, Congreso de los Diputados, Madrid.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar los cambios que la Constitución Europea ha propiciado sobre el sistema de fuentes, en concreto, sobre la ordenación reglamentaria. La primera parte del trabajo (epígrafes 1, 2, 3) se ocupa de analizar los rasgos esenciales del sistema de fuentes diseñados por los Tratados y el nuevo sistema de fuentes definido por la Constitución. Subraya cómo con la Constitución se comienza a utilizar una terminología afín al Estado constitucional, algo que no ocurría en los Tratados; se incorpora con mayor intensidad una estructura jerárquica, aunque sin consolidarlo de manera definitiva; variables que hacen ya posible el comienzo de una teoría acabada del sistema de fuentes. En la segunda parte del trabajo, se estudia en concreto el régimen jurídico de cada uno de los actos no legislativos. Se da cuenta así de los actos ejecutivos que nacen directamente de la Constitución, esto es, los reglamentos independientes y las decisiones independientes, mostrando los múltiples supuestos en los que es posible su utilización. Posteriormente se detiene exhaustivamente en el régimen jurídico híbrido de los reglamentos delegados. Y termina con los actos ejecutivos en sentido estricto, el reglamento de ejecución y la decisión de ejecución.

PALABRAS CLAVE: Sistema de fuentes, actos no legislativos, reglamento independiente, decisión independiente, reglamento delegado, reglamento de ejecución y decisión de ejecución.

ABSTRACT

The aim of this article is to analyze the changes that the European Constitution has caused on the legal system of sources, in particular, on the frame of regulations. The first part of the work (paragraphs 1, 2, 3) analyzes the essential characteristics of the legal system of sources designed by the Treaties and the new legal system of sources defined by the European Constitution. It emphasizes how the Constitution has started to use a terminology linked to the Constitutional State, which had not been used in the Treaties; the Constitution includes a hierarchic structure with greater intensity, although without consolidating it definitively; all the mentioned variables make now possible the beginning of a finished theory of the legal system of sources. The second part of this work studies the legal regime of each one of the non legislative acts in particular. It analyzes the executive acts that are born directly from the Constitution, like the independent regulations and the independent decisions, showing the manifold situations in which it is possible to use them. Later makes an exhaustive review of the hybrid legal regime of the delegated regulations. It finishes studying the acts considered as strictly executive, the regulation of execution and the decision of execution.

KEY WORDS: Legal system of sources, non legislative acts, independent regulation, independent decision, delegated regulation, executive regulation, decision of execution.

LA IGUALDAD DE SEXOS EN LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA: LA EXPERIENCIA ITALIANA

Eleonora Ceccherini*

Traducido del italiano por Francisco Javier Durán Ruiz

SUMARIO

1.- El individuo entre igualdad abstracta y concreta.

2.- La difícil afirmación de la prohibición de discriminación por razón de sexo en Italia.

3.- El reconocimiento del derecho de voto a las mujeres.

4.- La legitimidad constitucional de las acciones positivas.

5.- El equilibrio de sexos en la representación política.

6.- Conclusiones.

1. EL INDIVIDUO ENTRE IGUALDAD ABSTRACTA Y CONCRETA

Los principios universalizantes de los ideales ilustrados y la experiencia de la Revolución Francesa, así como los emanados de la Carta y Declaración de Derechos de los Estados americanos, han permitido la afirmación del principio de igualdad de los individuos, favoreciendo su progresiva afirmación en los ordenamientos del área cultural occidental. La codificación de este principio impone al Estado la prohibición de establecer diferencias de trato entre sus propios ciudadanos sobre la base de algunas de sus características. El derecho a la igualdad se conecta de forma sinalagmática al principio de no discriminación, en base al cual debe considerarse prohi-

* Investigadora en Instituciones de Derecho Publico. Universidad de Siena

bido cualquier tratamiento inferior de unos sujetos respecto de otros, justificado por la presencia de una característica distintiva en unos de la que carezcan los otros.

La historia de muchos países se encuentra marcada por luchas más o menos cruentas en orden a la afirmación del principio de igualdad formal, dirigido a convertir en invisibles las características diferenciadoras de los individuos en sus relaciones con el Estado, con el objeto de que fuesen reconocidos los derechos de la persona en sentido abstracto, privados de cualquier connotación particular.

La persecución de la igualdad entre los individuos representa uno de los fines más elevados de los ordenamientos democráticos, los cuales progresivamente tienden a neutralizar todos los elementos de diferenciación entre los individuos, que pudiesen dar lugar a tratamientos diferenciados respecto a un arquetipo de ciudadano abstracto y privado de todas sus connotaciones naturales, culturales y sociales.

Además, en el constitucionalismo contemporáneo los individuos son considerados en su cualidad de personas históricamente determinadas inmersas en la sociedad; los sujetos tutelados por las constituciones no son individuos abstractos, sino personas concretas, consideradas en su propia existencia histórica y material. Asistimos, en ambos términos, al paso de una visión atomística a una visión social de la persona[1].

Esta particular protección del principio personalista aparece ligada en los ordenamientos a una democracia madura, a la evolución de las formas del Estado social; mientras que en los Estados que se han inspirado más recientemente en los principios del constitucionalismo, dicha protección aparece inspirada también de una particular conexión con las propias tradiciones históricas y culturales.

En el primer caso, aparece una estrecha correlación entre los derechos ligados al principio de libertad y aquellos relacionados con el principio de igualdad, o –como se suele afirmar de forma más sintética–, entre los derechos civiles y los derechos sociales. Ambos constituyen articulaciones, al mismo nivel, de la categoría más general de los derechos de la persona, de los «human rights», desde el momento en que son igualmente necesarios para asegurar el desarrollo y la realización de la personalidad.

Existe, en ambos términos, complementariedad entre la esfera de la libertad y de la igualdad, lo que no es sino una reproducción de la dialéctica

---

[1] G. ALPA, *La persona tra cittadinanza e mercato,* Milano, 1992; A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.

entre individualismo, liberalismo, e igualdad formal, de un lado, y solidaridad, promoción social e igualdad material, del otro[2]. El principio de igualdad, visto a través de la lente de la historia y de la realidad social, se articula sobre dos perfiles: por una parte, el reconocimiento de las diferencias y, por tanto, una legitimación constitucional de las políticas de bienestar social dirigidas a remover los obstáculos que se oponen a la igualdad efectiva entre los individuos; por otra parte, la consideración de que el principio personalista contiene dentro de sí los elementos del pluralismo y de la diferencia, por lo que los derechos de igualdad implican también el derecho a la protección de la especificidad[3].

El principio personalista viene, no obstante, desarrollado por muchas constituciones también desde una perspectiva distinta, que hace referencia no tanto a los sujetos como a los grupos a los que éstos pertenecen. Esta perspectiva es distinta pero no antagónica con la tradicional del reconocimiento de los derechos individuales, porque ambas son reconducibles al principio de la protección de la dignidad humana[4]. De este modo emerge la caracterización colectiva de la persona, su formar parte de un grupo social más amplio y dotado de una destacada individualidad, que le viene proporcionada por elementos comunes, de naturaleza étnica, lingüística, cultural, etc[5].

---

[2] Vid., al respecto: M. MAZZIOTTI DI CELSO, "Diritti sociali", en *Enc. giur.*, XII, 1964; E. CHELI, "Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella costituzione italiana", en *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, pp.1773 y ss.; M. LUCIANI, "Sui diritti sociali", en *Scritti in onore di M. Mazziotti di Celso,* Milano, 1995, pp. 97 y ss.; L. M. DÍEZ PICAZO, *The Constitutional Protection of Social Rights: Some Comparative Remarks*, Firenze, 1997; J. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988; A. PACE, "Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei", en *Piero Calamandrei: ventidue saggi su di un maestro*, Milano, 1990, pp. 303 y ss. M. KLEINMAN*, A European Welfare State?,* Basingstoke, 2001; P. CARETTII, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, Torino, 2002.

[3] L. PALADIN. "Eguaglianza" *(dir. cost.*), en *Enc. giur.*, XIV, 1965; A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1976; Id. *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, Roma, 1984; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3,c2 della Costituzione*, Padova, 1984; M. ROSENFELD *Affirmative Action and Justice*, New Haven, 1991; M. CLAYTON, A. WILLIAMS (coord.), *The Ideal of Equality*, Basingstoke, 2000; P. FERRAGAMO, *Il principio di eguaglianza nell'etica contemporanea*, Torino, 2002. F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, M. AINIS, *L'eccezione e la sua regola*, en *Giur. cost.*, 1993, 891 ss.; Id., "I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale", en *Pol. dir.*, 1999, pp. 25 y ss. A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, 2002.

[4] G. GOZZI*, Democrazia e diritti*, Bari, 1999, pp. 202 y ss.

[5] M. MINOW, "Rights and Cultural Difference", en A. SARAT , T. R. KEARNS (coord.), *Identities, Politics, and Rights*, University of Michigan, 1995, pp. 349 y s. W. KYMLICKA,

Dicha protección comunitaria de la persona, en su dignidad e individualidad, aun constituyendo una indudable novedad en el panorama constitucional, encuentra problemas de difícil solución desde el punto de vista de la dogmática jurídica. Se trata, en particular, de problemas de sistematización dentro de las clasificaciones consolidadas, entre las cuales se distribuyen los derechos fundamentales, elaborados pensando más en el sujeto individual que en la comunidad de la que los individuos forman parte[6].

2. LA DIFÍCIL AFIRMACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN ITALIA

La formalización del principio de igualdad no siempre ha logrado configurarse como un elemento obstaculizador de la perpetración de actos o prácticas discriminatorias, justificadas en base a un elemento característico de un determinado grupo de sujetos.

De hecho, históricamente un elemento distintivo de los individuos, que ha desempeñado un papel de justificación para la adopción de prácticas discriminatorias arbitrarias en relación con los ciudadanos, ha sido el de la raza. En los Estados Unidos, la diversidad de trato entre población blanca y negra fue uno de los desencadenantes de la Guerra civil de 1865, a cuya conclusión se dictaron las tres enmiendas más significativas a la Constitu-

---

Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights, Oxford, 1995; B. PAREKH, *Identity, Culture and Dialogue*, 2003; W. KIDD, *Culture and Identity*, Basingstoke, 2001; R. SIEDER, *Multiculturalism in Latin America*, Basingstoke, 2002; M. WILLIAMS, "La giustizia e i gruppi: modello «politico» e modello «giuridico»", en T. BONAZZI, M. DUNNE (coord.), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1993, p. 67. S. MULHALL, A SWIFT, *Liberals and Communitarians*, Oxford, 1996; E. PARIOTTI, *Individuo, comunità, diritti tra liberalismo, comunitarismo ed ermeneutica*, Torino, 1997; J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996; C. TAYLOR, *Multiculturalismo. La politica* del *riconoscimento*, Milano, 1993; J. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, 1994; J. J. SOLOZÁBAL, "Paz, Democracia y Nacionalismo", en *Cuadernos Alzate*, 18, 1998, pp. 156 y ss.; N. TORBISCO, "Il dibattito sui diritti collettivi delle minoranze culturali. Un adeguamento delle premesse teoriche", en *Dir. pubbl. comp. eur.,* 2001, pp. 117 y ss.

[6] F. RICCOBONO, *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milano, 1989; A. PÉREZ LUÑO, "Las generaciones de derechos fundamentales", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales.*, 1991, pp. 203 y ss.; C. RUIZ MIGUEL, "La tercera generación de los derechos fundamentales", en *Revista de Estudios Políticos*, 1991, pp. 303 y ss.; G. ROLLA, "Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali", en G. ROLLA, E. CECCHERINI, *Scritti di diritto costituzionale comparato*, Genova, 2005, pp. 72 y ss.; Id., "I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici", *ibidem*, pp. 94 y ss.

ción Federal («Three Civil War Amendments»), que extendían gradualmente la protección constitucional a los negros. La Decimotercera Enmienda, ratificada en 1865, prohibía la esclavitud y aseguraba a todo afroamericano un grado mínimo de ciudadanía[7]. La Decimocuarta[8], ratificada en 1868, iba más allá, garantizando la ciudadanía a aquellos originariamente nacidos en los Estados Unidos o naturalizados allí, y estableciendo la cláusula de la «equal protection» y del «due process»[9]. A pesar de que la adquisición de la ciudadanía y el principio de igualdad conducen a configurar el derecho a participar en las decisiones políticas de la comunidad, las indicaciones realizadas por las Décimotercera y Décimocuarta Enmiendas no siempre han sido suficientes para asegurar el derecho de sufragio a la población negra, pese a estar expresamente previsto en la Décimocuarta Enmienda, ratificada ya en 1870[10]. Esta última daba cobertura constitucional al derecho

---

[7] «Ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria podrán subsistir en los Estados Unidos, ni en lugar alguno sujeto a su jurisdicción, sino en razón de una pena por un crimen por el cual el imputado haya sido debidamente condenado. El Congreso es el encargado de dictar las normas necesarias para imponer la observancia de este artículo». El texto de la enmienda que atribuía la ciudadanía de los Estados Unidos a todos aquellos nacidos en su territorio representa una superación de las posiciones mantenidas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en las sentencias precedentes a la ratificación de dicha enmienda. En concreto, el *Chief Justice* Roger B. Taney, en el caso *Dred Scot* v. *Sanford* de 1957, había sostenido que los negros estaban incapacitados para ser ciudadanos, puesto que no eran miembros del «pueblo de los Estados Unidos, al que se refería el Preámbulo de la Constitución cuando fue adoptada. A juicio de Taney, los afroamericanos debían considerarse como una especie subordinada e inferior de seres, que habían sido subyugados por la raza dominante y, emancipados o no, todavía continuaban sometidos a su autoridad.

[8] «Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en el que residan. Ningún Estado dictará o dará validez a ley alguna que restrinja los privilegios y las inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; del mismo modo ningún Estado privará a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin un procedimiento legal en la debida forma, ni denegará a quien se encuentre en los límites de su jurisdicción la protección de las leyes».

[9] El término *equal protection* puede asimilarse al principio de igualdad en Italia, V. E. KAPLAN, "Tra Croson e Metro Broadcasting: una fase di transizione nella giurisprudenza della Corte Suprema relativa alle affirmative actions", en *Giur. cost*. 1992, nota 1, p. 786.

[10] «El derecho al voto conferido a los ciudadanos de los Estados Unidos no podrá ser negado ni limitado por los Estados Unidos, ni por ningún Estado por motivos de raza o de condición servil precedente. El Congreso tiene la función de dictar las normas necesarias para la aplicación de este artículo». Ésta es la versión definitiva aprobada, que tiene un contenido reducido respecto de otras propuestas patrocinadas por republicanos radicales o por los representantes negros, que habrían querido introducir también la prohibición a los estados de subordinar el ejercicio del voto a test de alfabetización, titularidad de propiedades, pago de impuestos (que serían expresamente prohibidas en las elecciones nacionales con la XXIV enmienda en 1964). La enmienda callaba también sobre otro aspecto crucial, esto es, sobre

a votar de cualquier ciudadano prescindiendo del color, de la raza o de cualquier condición precedente de esclavitud (la referencia a los negros es inequívoca). Pero las discriminaciones no sólo tenían repercusiones en la participación política, sino que reproducían sus efectos en múltiples sectores de la vida privada y pública.

En la práctica, pese a que las enmiendas constitucionales introdujeron el principio de igualdad y extendieron la ciudadanía también a los ciudadanos afroamericanos, continuaban siendo aplicables muchas normas estatales que los colocaban en una condición de inferioridad. La doctrina del «separate but equal», avalada por la Corte Suprema estadounidense, pese a que no excluía a los negros de la atribución de libertades fundamentales, consentía sin embargo su ocio y otras actividades en espacios separados alejados de los blancos.

De este modo, se justificaba la previsión de lugares reservados a los negros en los medios de transporte, o la prohibición de entrar en algunos locales públicos, o la existencia de escuelas reservadas solamente a los ciudadanos de raza blanca. La inconstitucionalidad de estas normas será posteriormente declarada de modo expreso en 1954, tras la Sentencia «Brown vs. Board of Education»[11].

---

el derecho de los negros al sufragio pasivo. M.K. CURTIS, *No State Shall Abridge: The Fourteenth amendment and the Bill of Rights*, Duke, 1986; H.M. HYMAN, *A More Perfect Union: The Impact of the Civil War and Reconstruction on the Constitution*, Knopf, 1973; R. KACZOROSWKI, "Searching for the Intent of the Framers of the Fourteenth Amendment", en *Connecticut L. Rev.*, 5, 1972-73, pp. 368 y ss.; M. P. ZUCKERT, "Congressional Power under the Fourteenth Amendment – The Original Understanding of Section Five", en *Constitutional Commentary*, 3, 1986, pp. 123 y ss; Sobre el derecho de voto de los miembros de la población negra, B. GROFMAN, C. DAVIDSON (cur.), *Controversies in Minority Voting*, Washington, 1992 y se nos permita el reenvío a E. CECCHERINI, "Eguaglianza del voto e rappresentatività delle minoranze: recenti orientamenti giurisprudenziali negli Stati Uniti", en *Quad. cost*. 1997, pp. 311 y ss.

[11] R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard, 1977; J. BASS, *Unlikely Heroes: The Dramatic Story of the Southern Judges of the Fifth Circuit Who Transalted the Supreme Court's Brown Decision into a Revolution for Equality*, Washington, 1981; M. R. BELKNAP, *Federal Law and Southern Order: Racial Violence and Constitutional Conflict in the Post-Brown South*, Atlanta, 1987; J.W. BUTTON, *Blacks and Social Change: Impact of the Civil Rights Movement in Southern Communities*, Princeton, 1989; E.G. CARMINES, J.A. STIMSON, *Issue Evolution: Race and the Transformation of American Politics*, Princeton, 1989; J.H. FRANKLIN, A.A. MOSS, Jr., *From Slavery to Freedom: A History of Negro Americans*, 6ª ed. Knopf, 1992; A.H. KELLY, "The Fourteenth Amendment Reconsidered: The Segregation Question", en *Mich. L. Rev.*, 54, 1956, pp. 1049 y ss; M. LEVIN, "Implications of Race and Sex Differences for Compensatory Affirmative Action and the Concept of Discrimination", en *J .Soc. Pol. Ec. S*t., 15, 1990, pp. y 175 ss..; W. E. WILLIAMS, *Discrimination:* "The Law vs. Morality", en *Cornell Journ. L. Publ. Pol*., 13, 2003, pp. y 111 ss.; D. L. HUTCHINSON, "Unexplainable on Grounds

En cualquier caso, la raza ha representado un fuerte elemento discriminatorio. De hecho, no podemos olvidar las recientes luchas de la población negra de Sudáfrica contra el «apartheid», que adscribía a los individuos de piel negra a una categoría de sub-ciudadanos, cuyo estatus de inferioridad era enfatizado también por la «Mixed Marriages Act» y la sección 16 de la «Immorality Act», que prohibían relaciones íntimas interraciales[12].

También en Canadá se asistió a una diferenciación de estatus entre la población aborigen y blanca. La firma en 1764 del Tratado de Niágara, preveía el reconocimiento de algunos derechos para los autóctonos dirigidos a la tutela y salvaguardia de sus tierras y tradiciones. Además, el Tratado no ha llegado a hacer efectivo el principio de igualdad entre colonizadores y tribus aborígenes[13]. En concreto, la cuestión de los derechos políticos puede ser ejemplificativa. En Nueva Escocia, entre 1854 y 1863, y en la Columbia Británica, en 1866, dos leyes prohibieron a los indios votar. En las otras provincias ninguna ley prohibía expresamente el derecho al sufragio, y en el Bajo y Alto Canadá, en alguna ocasión, los indios habían disfrutado de este derecho. Sin embargo, su ejercicio estaba fuertemente limitado por el hecho de que estaba reservado a ciertos ambientes, excluyendo a los indios, que generalmente eran pobres o gestionaban sus propiedades sobre una base comunitaria (según fórmulas no reconocidas en la

---

Other Than Race: The Inversion of Privilege and Subordination in Equal Protection Jurisprudence", en *Univ. Illinois L. Rev.*, 3, 2003, pp. 615 y ss; J. V. WHITE, "Forward: Is Civil Rights Law Dead?", en *Louisiana L. Rev.*, 63, 2003, pp. 609 y ss.; Id., "The Activist Insecurity and the Demise of Civil Rights Law", *ibidem*, p. 785; D. G: RÉAUME, "Discrimination and Dignity", *ibidem*, pp. 645 y ss.; J. DEVLIN, "Louisiana Associated General Contractors: A Case study in the Failure of a State Equality Guarantee to Further the Transformative Vision of Civil Rights", *ibidem*, pp 887 y ss.; M. CLOUD, "Quakers, Slaves and the Founders: Profiling to Save the Union", en *Mississipi L. Journ.*, 73, 2003, pp.369 y ss.; D. A. HARRIS, *"Using Race or Ethnicity as a Factor in Assessing the Reasonable of Fourth Amendment Activity: Description, Yes, Prediction, No"*, *ibidem*, pp. 423 y ss.; C. GEAR RICH, *"Performing Racial and Discrimiantion by Proxy and the Ethnic Identity: Future of Title VII",* en *New York Univ. L. Rev.*, 79, 4, 2004, pp.1134 y ss.

[12] Sobre la historia de Sudáfrica, vid. por todos, R. ORRÙ, *La Costituzione di tutti*, Torino, 1998; A. SPARKS, *Beyond the Miracle. Inside the New South Africa*, Chicago, 2003.

[13] M. MAZZA, *La protezione dei popoli indigeni nei paesi di* common law, Padova, 2004; E. CECCHERINI, "Diritti individuali v. diritti comunitari", en G. ROLLA (coord.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, 2000 pp. 172 y ss.; Ead., "Los derechos de los pueblos indígenas: perfiles de constitutionalidad. Especial mención al caso canadiense", en M. APARICIO WIHELMI (coord.), *Caminos hacia el reconocimiento, Pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, Girona, 2005, pp.219 y ss.

ley), no individual[14]. Los indios pudieron volver a votar, a nivel federal, en 1960, mientras que los «inuit» habían adquirido este derecho desde 1850, y a nivel provincial entre el 1848 (Columbia Británica) y el 1969 (Québec), todos los nativos pudieron disfrutar del derecho de sufragio[15].

Además de la raza, también el género durante mucho tiempo ha supuesto motivo y justificación de prácticas discriminatorias. En este sentido, podríamos, de hecho, recordar las luchas de reivindicación del trato igual de las mujeres en sus relaciones con los hombres, las cuales han sufrido en el pasado fuertes discriminaciones en múltiples ámbitos[16].

Basta pensar en el supuesto relativo a la diversa valoración por parte del ordenamiento penal italiano del adulterio femenino respecto del masculino, sobre el cual el Tribunal Constitucional, en la Sentencia n. 64 de 1961, se pronuncia afirmando que:

> «Pese a ser único, según una pura valoración moral, el principio de la fidelidad conyugal, el ordenamiento jurídico no puede prescindir totalmente, y de hecho no prescinde, de las valoraciones que se afirman, a menudo imperiosamente, en la vida social. Y puesto que es un dato de experiencia común que, en la opinión predominante, constituye una ofensa más grave que la mujer conceda acceso a sus partes íntimas a un extraño, que no la dimanante de la aislada infidelidad del marido, se consigue aquella diversidad de situaciones que excluye cualquier carácter arbitrario e ilegítimo en la diversidad de trato».

Sin embargo, en razón de un cambio en el contexto social, el juez constitucional, en la Sentencia n. 126 de 1968, modificó su jurisprudencia precedente sosteniendo que:

---

[14] Los propios individuos pertenecientes a la tribu no demostraban un particular interés por los derechos electorales. Tanto es así que, cuando con la l'*Enfranchisement Act* de 1857 les ofrecieron la adquisición de este derecho, a cambio de la renuncia al estatus de indio y de la aceptación del principio de propiedad individual de la tierra, dicha propuesta no encontró ningún consenso.

[15] L. CODIGNOLA, *"Il Nord America britannico, 1841-1867: una progettualità politica innovativa",* en G. DOTOLI (coord.), *Prospettive di cultura canadese*, Fasano, 1999, 14.

[16] M. MOLYNEUX*, Women's Movements in International Perspective*, Basingstoke, 2000; N. CHARLES, *Feminism, the State and Social Policy*, Basingstoke, 2000; G. BOCK, *La donna nella storia europea. Dal Medioevo ai giorni nostri*, Bari, 2001; P. S. ROTHENBERG, *Race, Class and Gender*, Basingstoke, 2000; F. COLGAN, S. LEDWITH, *Negotiating Gender Democracy*, Basingstoke, 2003; L. PASSERINI, D. LYON, L. BORGHI, *Gender Studies in Europe*, Firenze, 2002; J. GELB, *Gender Policy in Comparative Perspective*, Basingstoke, 2003. R. LISTER*, Citizenship: Feminist Perspectives*, Basingstoke, 2003; J. McLAUGHIN, *Feminist Social and Political Theory*, Basingstoke, 2003. V. BRYSON, *Feminist Political Theory*, Basingstoke, 2003; E. M. SCHNEIDER, "Transnational Law as a Domestic Resources: Thoughts on the Case of Women's Rights", en *New England L. Rev.*, 37, 2002-2003, pp. 689 y ss.

> «El principio de que el marido puede violar impunemente la obligación de la fidelidad conyugal, mientras que la mujer debe ser sancionada –más o menos severamente–, hace referencia a tiempos pasados en que la mujer, considerada jurídicamente incapaz, y privada de muchos derechos, se encontraba en estado de sujeción a la potestad marital. Por otra parte, al mismo tiempo la vida social ha cambiado mucho y la mujer ha adquirido la plenitud de derechos, deviniendo mucho más intensa su participación en la vida económica y social de la familia y de toda la colectividad, hasta alcanzar la paridad con el hombre. Por el contrario, el tratamiento diferenciado en tema de adulterio se ha mantenido inmutable, pese a que en algunos Estados de avanzada civilización haya prevalecido el principio de la no ingerencia del legislador en esta materia».

Además, las mujeres fueron excluidas de la esfera pública y por ello no han tenido durante mucho tiempo el derecho al sufragio, o bien han obtenido salarios y condiciones laborales inferiores respecto a las de sus colegas varones, y lo que es más, se ha consentido una disciplina diversificada de relaciones patrimoniales y de Derecho civil entre marido y mujer en el seno de la familia[17].

En Italia, las mujeres han sufrido frecuentes discriminaciones en el ámbito de las relaciones sucesorias, las relaciones patrimoniales y las relaciones personales en el ámbito familiar, donde todas sus manifestaciones de voluntad eran sometidas al consentimiento del marido. Sólo tras la ley n. 115 de 1975 (de reforma del Derecho de familia) ha sido posible configurar las relaciones matrimoniales sobre la base de una efectiva paridad. La reforma impuso una relación igualitaria entre los esposos en la dirección de la familia, ya sea respecto de las relaciones personales como de las patrimoniales, y en las relaciones con lo hijos, estableciendo la previsión de intervención del juez en caso de confrontación entre ambos cónyuges en la dirección de la vida familiar, así como la abolición de la dote[18].

Junto con la esfera privada, el ámbito laboral ha representado tradicionalmente un terreno favorable para la discriminación en relación con las mujeres. El trato diferenciado en sentido negativo podía hacerse visible ya

---

[17] C. SARACENO, "La struttura di genere della cittadinanza", en *Dem. e dir.*, 1988, pp.273 y ss. M. PEDRAZZA GORLERO, "L'eguaglianza fra libertà e convivenza", en L. CARLASSARE (coord.), *Principi dell'89 e Costituzione democratica*, Padova, 1991, pp. 97 y ss.

[18] S. GARAVINI, "Donna, economia, società: cambiamento delle strutture ed evoluzione del costume", en *Quaderni di rassegna sindacale*, n. 54/55, 1975, pp. 108 y ss.; R. CANU, "Quando le farfalle mettono le ali: osservazioni sull'ingresso delle donne nel lavoro dipendente", en *Ec. Lav.*, 39, 2, 2005, pp. 67 y ss.

fuese en la exclusión de algunas profesiones que se entendía que no se adaptaban a las características físicas y psicológicas de las personas de sexo femenino, como en la asignación de condiciones laborales y retributivas inferiores a las de los trabajadores varones. En lo que respecta al primer aspecto, en Italia fue necesario esperar hasta la ley n. 66 de 9 de febrero de 1963, que finalmente ha permitido a las mujeres acceder a todos los cargos, profesiones y empleos públicos, comprendida la magistratura, con excepción de las fuerzas armadas, sector en el que el ingreso de las mujeres fue consentido con la ley n. 331 del 2000.

En cambio, en lo que respecta al segundo aspecto, la diferenciación salarial entre trabajadores y trabajadoras se ha prolongado durante largo tiempo, a pesar de la presencia en el texto constitucional del art. 37, que establece que la mujer tiene los mismos derechos y, a igualdad de trabajo, las mismas retribuciones que corresponden al trabajador varón[19]. En un primer momento, la norma constitucional fue interpretada como programática y no preceptiva, e incluso cuando la orientación jurisprudencial y doctrinal se había pronunciado a favor de la coercitividad del artículo 37 de la Constitución Italiana, la igualdad retributiva fue interpretada como paridad de rendimiento, confinando a las trabajadoras a una «natural» retribución inferior[20]. Sin embargo, el primer paso hacia la paridad salarial en la industria, debió esperar hasta la ley n. 903 de 1977 para que se prohibiese cualquier tipo de discriminación en el ámbito laboral entre hombres y mujeres ya sea en lo que respecta a la retribución como a las condiciones de trabajo[21].

---

[19] C. AASSANTI, "La parità nell'articolo 37", en *Dir. lav.*, 1969, II; Ead. "Il lavoro e la Costituzione nella condizione complessiva della donna", en *Riv. giur. lav.*, 1989, I, pp.167 y ss.; M.V. BALLESTRERO, *"I diritti delle donne"*, en *Pol. dir.*, 1990, pp.123 y ss.

[20] M. V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità*, Bologna, 1979; L. VENTURA, "Luci ed ombre dell'accordo interconfederale 16 luglio 1960 sulla parità di retribuzione", en *Riv. giur. lav.*, 1961, pp.50 y ss.; G. PERA, "Le condizioni della donna lavoratrice", en *Foro it.*, 1967, V, pp. 66 y ss.; L. RIVA SANSEVERINO, "Sulla traduzione positiva del principio di «parità di retribuzione per parità di lavoro»", en *Iustitia*, 1959, pp. 277 y ss.; E. DI BERNARDINO, "Parità di retribuzione e parità di lavoro", en *Riv. giur. lav.*, 1962, II, pp.47 y ss.; G. GIUGNI, *Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pp. 127 y ss.; M. BARBERA, "L'evoluzione storica e normativa del problema della parità retributiva tra uomo e donna", en *Lav. dir.*, 1989, pp.34 y ss.

[21] L. VENTURA, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, 1984; M. BARBERA, *Discriminazione ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991; C. CREMONESI, L. DONDI, P. MOSCONI BERNARDINI, D. PICCALUGA (coord.*), Il lavoro delle donne e la legge di parità*, Roma, 1981; F. DE ANGELIS, "La legge di parità uomo-donna nella prassi giurisprudenziale", en *Dir. lav.*, 1990, I, p.40 y ss;T. TREU, *Commentario alla legge 9 dicembre 1977, n. 903*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978. Tras la ley n. 903 del 1977, el Parlamento italiano ha aprobado otra ley (la ley n 125 de 1991, de acción positiva para la consecución

Posteriormente, el legislador ha ido interviniendo en sucesivas ocasiones en el ámbito laboral con la finalidad de reequilibrar las condiciones de desventaja de las mujeres. De hecho, en los años noventa, el legislador adoptó dos leyes dirigidas a favorecer la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres: la ley n. 125 de 1991, de «Actuaciones positivas para la realización de la paridad hombre-mujer en el trabajo», y la ley n. 215 de 1992, de «Acciones positivas para el empresariado femenino». En este caso, el art. 3.2 letra c), relativo a la igualdad real y efectiva, ha constituido el título legitimante que ha permitido al legislador ordinario italiano introducir acciones positivas, como instrumento de promoción de la igualdad entre los sexos.

Por primera vez, el parlamento italiano ha legitimado una disparidad de trato basada en una característica distintiva de un grupo, con la finalidad de promover la igualdad real y efectiva de todos los individuos pertenecientes a un grupo. La característica de género, históricamente utilizada con fines de exclusión, resurgía como título legitimante para medidas positivas con el fin de restablecer una igualdad concreta entre los hombres y las mujeres.

La igualdad formal cede el paso a la afirmación del principio de igualdad real y efectiva; la propia ley n. 125 de 1991, en su art. 1, establecía que «las disposiciones de la ley (…) tienen el objetivo (…) de conseguir la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres (…) también mediante la adopción de medidas, denominadas acciones positivas para las mujeres, a los fines de remover los obstáculos que de hecho impiden la realización de la igualdad de oportunidades».

La conexión entre el art. 3.2 letra c) y la adopción de acciones positivas era evidente y también el Tribunal Constitucional, en su Sentencia n. 103 de 1999, llamada a decidir sobre la legitimidad de algunas medidas de fomento establecidas a favor de las mujeres empresarias ha declarado que:

> «Las acciones positivas, de hecho, son el instrumento más potente a disposición del legislador, que, en el respeto de la libertad y de la autonomía de los particulares, tiende a elevar el punto de partida de las categorías singulares de personas en situación de desventaja social –fundamentalmente aquellas reconducibles a prohibiciones de discriminación expresadas en el apartado 1 del propio art. 2 (sexo, lengua,

---

de la paridad hombre-mujer en el trabajo, dirigida a la igualdad sustancial entre hombre y mujer. L. GAETA, L. ZOPPOLI (coord.), *Il diritto diseguale*, Torino, 1992; P. CATALINI, *Eguaglianza di opportunità e lavoro femminile*, Napoli, 1992; *Pari e dispari*, Donne, Annuario 4, Milano, Franco Angeli, 1993.

raza, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales)– con la finalidad de asegurar a dichas categorías un estatuto efectivo de paridad de oportunidades de integración social, económica y política».

De las palabras de la Corte surge un acercamiento sustancialmente diverso al que hasta ese momento se había producido en relación con el problema de las discriminaciones: las «affirmative actions» se dirigen a los grupos y no a los individuos singulares; la dimensión de la actuación es colectiva, se dirige a todos aquellos que pueden alegar la pertenencia al grupo, prescindiendo de su efectiva condición de debilidad en el mercado de trabajo. La mera adscripción al género femenino permite automáticamente encuadrar las mujeres como «minority by force» (esto es, grupo cuyas características distintivas se les atribuyen por una mayoría, la cual obstaculiza el proceso de integración), y constituye el requisito legitimante para obtener un trato de favor[22].

No es ésta la mejor sede para poner de manifiesto los aspectos críticos ligados a las «affirmative actions», evidenciados, no sólo en Italia, sino también y sobre todo en los Estados Unidos donde han tenido origen, ya que una parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha expresado su perplejidad sobre la legitimidad y sobre la efectiva eficacia de tales instrumentos[23]. En particular, se subraya como los perfiles de "premio" ligados a las acciones positivas serían atribuidos a todos los que pertenecen a aquel grupo prescindiendo de su adecuación a la realización de fines constitucionalmente garantizados.

---

[22] E. PARIOTTI, "Riconoscimento delle identità culturali ed assetti costituzionali", en *Dir. soc.*, 1997, 82; L. GIANFORMAGGIO, "Politica della differenza e principio di eguaglianza sono veramente incompatibili?", en *Lav. dir.*, 1992, 193; M. AINIS, "Cinque regole per le azioni positive", in *Quad. cost.*, 1999, p.359 y ss.; Id., "Azioni positive e principio di eguaglianza", en *Giur. cost.*, 1992, 582 ss.; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002.

[23] K. O. KOLBO, "Leaving Bakke", en *Drake L. Rev.*, 51, 2003, pp.715 y ss.; S. D. SOTO, "Responding to Attacks on Affirmative Action"*, ibidem*, pp.753 y ss.; K. FORSYTHE, "Racial Preference and Affirmative Action" en *Law School Admissions: Reactions form Minnesota Law Schools and Ramifications for Higher Education in the Wake of* Grutter v. Bollinger, in *Hamline J. Pub. L. & Pol'y*, 25, 2003, pp. 157 y ss.; R. A. SEDLER, "Affirmative Action, Race and the Constitution: from Bakke to Grutter", en *Kentucky L. Journ.*, 92, 2003-2004, pp.219 y ss.; S. G. SNYDER, "A Comment on the Litigation Strategy, Judicial Politics and Political Context which Produced Grutter & Gratz", *ibidem*, pp.241 y ss.; R. HAMMER WHITE, "Affirmative Action in the Work Place: The Significance of Grutter?", *ibidem*, pp. 263 y ss; S. C. DAMEREN, "Searching for a Calculus of Diversity: Teaching Tolerance", en *New England L. Rev.*, 37, 2002-2003, pp.1 y ss.; C. SAMMON, "Affirmative Action in Admissions: Leveling the Playing Field or Unfair Reverse Discrimination?"*,* in *Ohio Northwestern Univ. L. Rev.*, 29, 2002, pp.257 y ss.; R. CARLETON HOWEL, "Affirmative Action in Higher Education: Bakke Has Been Affirmed", in *North Carolina Central L. Journ.,* 26, 2003, pp.38 y ss.

Prescindiendo de las dudas que se puedan albergar sobre la utilización de las acciones positivas, se debe subrayar un aspecto relativo al ordenamiento italiano, y es que la legislación estaba dirigida a reequilibrar la situación de desventaja de que eran víctima las mujeres en el sector laboral, tanto subordinado como autónomo. Era, por tanto, el sector laboral el terreno preciso para la adopción de las acciones positivas.

3. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE VOTO A LAS MUJERES

La diferencia de sexo, como se ha visto, siempre ha representado un elemento discriminatorio en la mayor parte de los ordenamientos. La pertenencia al género femenino imponía una condición subordinada en la familia y, en consecuencia, también en la sociedad[24]. Tal situación, ratificada por normas concretas, relegaba a las mujeres a una condición de «ciudadanía partida». Tal situación se ha ido reduciendo progresivamente en los respectivos ordenamientos, en el contexto de la evolución de la forma de estado que de liberal-burgués se ha convertido en constitucional democrático, permitiendo a todos los individuos, independientemente de su lengua, de sus condiciones económicas, de su nivel de alfabetización, de su raza y también de su sexo, poder acceder a la representación a través del sufragio[25].

Por otro lado, la derogación de las normas del ordenamiento que ratificaban una condición de subordinación de las mujeres no ha producido, sin embargo, un incremento significativo de las mujeres en la escena política. Tal situación induce, inevitablemente, a reflexionar sobre la calidad de la democraticidad del sistema. En efecto, pese a que las mujeres hayan logrado la ciudadanía plena, están aún lejos de los escenarios de las decisiones políticas que se refieren a toda la sociedad[26].

La dificultad de la afirmación de una plena representatividad de las mujeres en los órganos de representación política encuentra en parte su

---

[24] A. MANCO, *La donna nella società e nella famiglia: risposte a 100 quesiti inerenti il diritto di famiglia*, Roma, 2003.

[25] Sobre el tema del voto de las mujeres y su relativo desarrollo, vid E. PALACI DI SUNI, *Tra parità e differenza. Dal voto alle donne alle quote elettorali,* Torino, 2004.

[26] L. CARLASSARE, "L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni", en L. CARLASSARE, A. DI BLASI, M. GIAMPIERETTI (coord.), *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, Padova, 2002, pp.2 y s.; Ead*, "*La rappresentanza femminile: principi formali ed effettività", en F. BIMBI, A. DEL RE (coord.), *Genere e democrazia*, Torino, 1997, pp.195 y ss.

explicación en la historia que ha acompañado al derecho de las mujeres al voto, que ha estado plagada de obstáculos.

El sufragio femenino es, de hecho, una conquista lograda en una fase posterior a la concesión del sufragio masculino. La mayor parte de los países del Viejo Continente otorgaron a las mujeres el derecho a votar tras la Primera Guerra Mundial; mientras otros, entre ellos Italia, no lo hicieron hasta después del segundo conflicto mundial; por su parte, en los países extra-europeos, las mujeres han conseguido el derecho al sufragio activo en 1902 en Australia, en 1920 en Canadá y en Estados Unidos tras la aprobación de la Decimonovena Enmienda[27].

El derecho de voto de las mujeres en Italia fue reconocido por el Decreto n. 45, sancionado el 1 de febrero de 1945 (Gaceta Oficial n. 22, de 20 febrero de 1945). Hasta aquel momento, tanto el Estatuto Albertino como el régimen fascista habían excluido a las mujeres del voto, tanto político como administrativo. En lo que respecta a este último, la prohibición era expresa en tanto en cuanto en algunos Estados (como el Gran Ducado de Toscana), después anexionado a la monarquía de los Saboya, en los que las mujeres tenían el derecho a votar, la exclusión debía ser expresa. Por el contrario, en lo que respecta a las elecciones políticas, no existía ninguna norma que introdujese tal prohibición; es más, el art. 24 del Estatuto Albertino disponía que: «Todos los ciudadanos del reino, cualquiera que sea su titulo y grado son iguales ante la ley. Todos gozan de los derechos civiles y políticos y son admisibles a las cargas civiles y militares, salvo las excepciones determinadas por la ley».

Por tanto, la norma suprema del Estado italiano no incluía el sexo entre las causas de exclusión del sufragio activo y pasivo. Respetuosa con tal disposición, tampoco el Texto Único n. 83, de 28 de marzo enumeraba la pertenencia al género femenino como causa de exclusión del voto. En efecto, algunas comisiones electorales procedieron a la inscripción de candida-

---

[27] F. LANCHESTER, "Voto: diritto di (dir. pubbl.)", en *Enc. dir.*, Milano, XLVI, 1993, pp.1115 y ss.; B. BEETON, *Women Vote in the West: The Suffrage Movement 1869-1896,* New York, 1986; P. S. BRECKINRIDGE, "Woman Suffrage", en *Cyclopedia of American Government*, vol. 3, New York, 1914, pp. 694 y ss.; A. DODGE, "Women's Suffrage Opposed to Women's Rights", en *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 56, 1914, pp. 98 ss.; M. OSTROGORSKI, *The Rights of Women: A Comparative Study in History and Legislation*, Londres,1893; H.L. SUMMER, *Equal Suffrage*, New York, 1909; C. WILLIAMSON, *American Suffrage from Property to Democracy, 1760-1860*, Princeton, N.J., 1960; J. MOUSSUZ-LAVAU, "L'evolution du vote des femmes", 82, 1997, *Pouvoirs*, pp. 35 y ss. .H. BLACK, L. ERICKSON, "Women candidates and voter bias: do women politicians need to be better?", en *Electoral Studies*, 22, 1, 2003, pp.81 y ss.

tos de sexo femenino, provocando no obstante recursos frente al Tribunal de Apelación y al Tribunal Supremo de Casación. Muchos juristas sostuvieron que el derecho al voto no podía adscribirse a la categoría de derechos políticos y, por este motivo, en base al art. 24 del Estatuto Albertino, extensible también a las mujeres, pero por una relación de especie a género, se encontraba entre los derechos políticos que «atañen a la representatividad y la vida del Estado como órgano imperante y soberano».

Otros reconducían la legitimidad de la exclusión a razones de orden cultural y sociológico que relegaban a las mujeres a una condición de subordinación general en el ordenamiento. Además, «a fortiori» se citaba la Relación Zanardeli de acompañamiento al Proyecto de Ley sobre las votaciones de 1880 (aprobado en 1882), en la cual se decía respecto a las mujeres que «pese a reconocerse caballerosamente su inteligencia (…) sería prestarles un mal servicio arrastrarlas a un campo donde perderían su verdadera dignidad, gracia y fuerza», en el momento en que se acordase que tuviesen el derecho de voto. La naturaleza de las cosas había convertido incluso en superflua una positivización de la exclusión.

A dicha situación, como ya se ha dicho, se puso remedio en 1945, permitiendo a las mujeres participar en sus primeras elecciones, tras finalizar el régimen fascista, y en el referéndum institucional de 2 de junio de 1946.

La cuestión de la representación femenina en los órganos políticos se reabrió, sin embargo, bajo otras formas muchos años más tarde, cuando emerge la certeza de que, prescindiendo de o a pesar de existir un reconocimiento de la igualdad formal respecto del sufragio activo y pasivo de las mujeres, éstas no resultan proporcionalmente presentes entre los candidatos electos. En efecto, el reconocimiento de la igualdad formal del derecho de voto no asegura una adecuada representación del género femenino en las instituciones representativas, a pesar de que las mujeres constituyen (al menos en Italia) la mayoría de los electores, con el 52%.

En el pasado, tal distancia numérica entre la cantidad de votantes y las correspondientes candidatas electas era en parte explicable por el papel de las mujeres que en la mayoría de los casos eran relegadas a la esfera doméstica y marginadas del ámbito público. No obstante, incluso este dato, tras haberse producido algunas reformas legislativas (vid. «supra»), no es relevante ya, en cuanto no existen actualmente en el ordenamiento italiano normas formalmente discriminatorias en relación con las mujeres.

Este dato manifiesta un problema relativo, no sólo a la calidad del sistema democrático que evidentemente no logra garantizar plenamente la participación de todos los ciudadanos, sino también a la afirmación del

principio de igualdad real y efectiva establecido por el art. 3.2 letra c) de la Constitución, que impone a la República la obligación de remover cualesquiera obstáculos de orden político y económico que puedan impedir la plena participación de todos los trabajadores en la organización política, además de la económica y social, del país.

Con la finalidad de reequilibrar la representación femenina en los órganos de representación política y de hacer efectivo el dictado constitucional, el legislador italiano ha pretendido introducir medidas de apoyo en el ámbito de la representación política. Tal proceso se ha realizado tras la introducción en el ordenamiento italiano de las acciones positivas que –como ha afirmado el Tribunal Constitucional en la Sentencia n. 103 de 1999– representan el principal instrumento a través del cual implementar la igualdad real y efectiva «ex» art. 3.2 letra c) de la Constitución.

Sin embargo, este «iter» no se ha producido de modo lineal, en la medida en que inmediatamente han surgido ciertas dudas respecto de la legitimidad de la extensión de las actuaciones positivas al ámbito laboral o al de la representación política. En un primer momento el cambio en el ámbito de aplicación de estas medidas no se ha considerado legítimo por el órgano de justicia constitucional, el cual ha considerado que la representación debía obedecer a rígidos criterios de igualdad formal, excluyendo de hecho cualquier actuación de fomento en este sector. Posteriormente, dos reformas constitucionales, dirigidas a superar las objeciones del Tribunal, han otorgado pleno fundamento a actuaciones positivas que tengan como objetivo el incremento de las mujeres en los órganos de representación política.

4. LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LAS ACCIONES POSITIVAS

El Tribunal Constitucional intervino en la cuestión relativa a la legitimidad de las acciones positivas como consecuencia de algunos recursos promovidos en vía incidental contra la legislación electoral de los años noventa. En efecto, el art. 5 apdo. c) párrafo 2 de la ley n. 277 de 4 de agosto de 1993, había establecido para las elecciones de la Cámara de los Diputados, que en lo que respecta a la elaboración de la lista de candidatos para el reparto de escaños con el sistema proporcional, los partidos debían indicar alternativamente un candidato de sexo masculino y femenino. De este modo, un mínimo de representación femenina estaba garantizado en tanto que la lista de candidatos era cerrada. Ambas leyes, incluida la ley n. 415 de 15 de octubre de 1992, que modificaba la ley n. 81 de 1993, estableciendo que «ninguno de los dos sexos puede ser representado en me-

dida superior a tres cuartas partes de los ediles asignados»[28], representaban la entrada de las actuaciones positivas en el ámbito de la representación política, obedeciendo así el mandato de la Constitución en el art. 3.2 letra c). En definitiva, se consentía conferir a sujetos de sexo femenino cuotas dentro del sistema de representación política.

El proceso que había visto extenderse las acciones positivas del sector laboral al sector referido al ejercicio del derecho de sufragio, encontró, sin embargo, un obstáculo en su examen por parte del Tribunal Constitucional. El Consejo de Estado, de hecho, elevó una cuestión por vía incidental frente al Tribunal sosteniendo la contraposición de la ley n. 81 de 1993 (la modificación de esta disposición que se produjo con la ley n. 145 de 1999 fue posterior al recurso) que prohibía la presencia en las listas de un número de candidatos pertenecientes a un determinado sexo superior a dos tercios, con el art. 3 apdo. c) párrafo 1, y los artículos 49[29] y 51.c) párrafo 1[30] de la Constitución.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia n. 422 de 1995 acoge la cuestión, sosteniendo que, tanto el art. 3.c) párrafo 1 como el art. 51.c) párrafo 1 de la Constitución, afirman que, en el acceso a los cargos públicos se debe operar con una aplicación rigurosa del principio de igualdad formal, el cual «no puede tener un significado distinto a la indiferencia del sexo a los fines considerados». En definitiva, se afirma que, en lo relativo al acceso a los cargos representativos, debe afirmarse la plena igualdad entre los dos sexos, y no es casualidad que el art. 51.c) párrafo 1 de la Constitución no se limitase a reconocer este derecho a todos los ciudadanos, sino que especifica «de uno y otro sexo». Ahora bien, si la igualdad formal regula el ámbito de la elegibilidad, debe entenderse que análogamente regula también el de la posibilidad de ser candidato. En este sentido, el juez constitucional afirma:

«la posibilidad de ser presentado como candidato de aquellos a los que (…) las distintas leyes electorales, administrativas, regionales o políticas atribuyen la facultad de presentar listas de candidatos o candidaturas ais-

---

[28] Y que por lo tanto al referirse al número de ediles a elegir, si se hacía coincidir la presencia máxima de candidatos de un sexo con el número mínimo de los candidatos a introducir en las listas, permitía la presentación de listas con candidatos de un solo sexo.

[29] «Todos los ciudadanos tienen el derecho de asociarse libremente en partidos para concurrir de forma democrática a determinar la política nacional».

[30] «Todos los ciudadanos de uno u otro sexo pueden acceder a los cargos públicos y a los cargos electivos en condiciones de igualdad, conforme a los requisitos que se establezcan en la ley».

ladas (...), no es otra cosa que la condición prejudicial y necesaria para poder ser elegido, para beneficiarse por tanto, en concreto, del derecho al sufragio pasivo otorgado del tantas veces mencionado apartado primero del art. 51».

Individualizando, por tanto, un nexo instrumental entre la elaboración de las listas electorales y el ejercicio del electorado pasivo, es evidente que se pone de manifiesto la inconstitucionalidad de la introducción de cuotas en las listas electorales, en cuanto violaría la igualdad formal invocada, en vía general por el art. 3.c) párrafo 1, y en vía especial por el art. 51.c) párrafo 1 de la Constitución italiana.

No reviste importancia el hecho, prosigue el Tribunal Constitucional, de que la formulación legislativa sea en apariencia neutra, en cuanto impediría una sobrerepresentación en las listas tanto de candidatos de sexo masculino como femenino, y esto porque se manifiesta en la intención del legislador que la finalidad era introducir una acción positiva dirigida a lograr una paridad real y efectiva entre los dos sexos en el acceso a los cargos públicos, reenviando al art. 3.c) párrafo 2 de la Constitución. El garante de la constitucionalidad de las leyes rechaza la superposición de acciones positivas en el ámbito laboral y en el de los derechos políticos. De hecho, prosigue afirmando:

«Aunque tales medidas legislativas, voluntariamente desiguales, pueden ser ciertamente adoptadas para eliminar situaciones de inferioridad social y económica, o, más en general, para compensar y remover las desigualdades materiales entre los individuos (sobre la base del pleno ejercicio de los derechos fundamentales), no pueden sin embargo incidir directamente sobre el contenido mismo de aquellos derechos, rigurosamente garantizados en la misma medida a todos los ciudadanos en cuanto tales.

En concreto, en materia de derecho al sufragio pasivo, la regla inderogable establecida por el propio constituyente, con el apartado primero del art. 51, es la de la absoluta paridad, por lo que cualquier diferenciación en razón del sexo no puede ser más que objetivamente discriminatoria, disminuyendo para unos ciudadanos el contenido concreto de un derecho fundamental a favor de otros pertenecientes a un grupo que es considerado desfavorecido».

El juez constitucional, además, subraya que subsiste una diferenciación entre la adopción de acciones positivas dirigidas a igualar las condiciones de partida entre todos los sujetos y el sistema utilizado por el legislador electoral, el cual, por el contrario, habría optado por un modelo de discriminación a la inversa, conforme al cual, ante la imposibilidad para algunos sujetos pertenecientes a un grupo de disfrutar de un determinado bien, este último se le atribuye directamente al colectivo desfavorecido. Tal mecanis-

mo conseguiría un fin de paridad pero dejaría intactas las condiciones de desventaja que han mantenido alejados de dicho bien a los individuos pertenecientes al grupo[31]. Pero la afirmación de una tutela preferencial basada sobre el sexo sería, como se ha afirmado, excluida por lo dispuesto en el art. 51.c) párrafo 1 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional, por tanto, en 1995 declaró la ilegitimidad constitucional de cualquier instrumento de discriminación positiva en relación con las mujeres en el acceso a los cargos electivos, no sólo el previsto por la ley n. 81 de 1993 sino también el contenido en la ley n. 277 de 1993, en la ley n. 43 de 25 de febrero «Nuevas normas para la elección de diputados de las regiones de estatuto ordinario», y en todas las otras normas de las regiones que habían previsto acciones positivas en dicho sector[32].

En lo sustancial se afirma que el legislador no podría intervenir con acciones positivas a los fines de desarrollar el art. 3.c) párrafo 2 de la Constitución, porque en lo concerniente a la materia electoral prevalecería la igualdad formal.

La orientación expresa del Tribunal Constitucional parece censurable al menos desde dos puntos de vista. El primero se refiere a la equiparación entre elegibilidad y posibilidad de ser candidato, por la cual la igualdad del art. 51.c) párrafo 1 se extiende también a las listas de candidatos, en las cuales no sería posible imponer una sobrerepresentación de un sexo respecto del otro. Sin embargo, parece que con esto quiere manifestar que el art. 51 de la Constitución italiana se refiere a la sola facultad de acceso a las listas electorales y no configura un derecho a ser elegido.

El segundo aspecto que plantea dudas se refiere a la utilización de la intención del legislador como elemento para declarar la inconstitucionalidad de la norma objeto del recurso. De hecho, el juez constitucional ha sostenido que, aun cuando la formulación lingüística de la disposición fuese de carácter neutro –estableciendo que ninguno de los dos sexos podía estar presente en las listas en una medida superior a dos tercios– (y, por lo tanto, podía funcionar en sentido unívoco tanto para los sujetos de sexo mascu-

---

[31] Sobre las acepciones del término «acción positiva», véase, F. BORGOGELLI, "La tipologia delle azioni positive", en L. GAETA, L. ZOPPOLI (coord.), op. cit., pp. 80 y ss.

[32] G. BRUNELLI, "L'alterazione del concetto di rappresentanza politica: leggi elettorali e «quote» riservate alle donne", en *Dir. soc.* 1994, pp.546 y ss.; y también. "Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa della illegittimità consequenziale) in due recenti pronunce costituzionali)", en *Giur. cost.*, 1995, pp.3272 y ss.; U. DE SIERVO, "La mano pesante della Corte sulle «quote» nelle liste elettorali", *ibidem*, p. 3268.

lino como femenino), la intención del legislador era introducir una legislación de acción positiva en relación con las mujeres. Sin embargo, la intención del legislador ha sido siempre utilizada como criterio interpretativo «ad adiuvandum» y no como «ratio decidendi» para la interpretación de un precepto.

La cuestión del equilibrio de representación de los dos sexos en las instituciones representativas reaparece varios años más tarde en el periodo constituyente relativo a la reconfiguración de la forma de Estado. Así, el problema del déficit de presencia de las mujeres en los órganos de representación política se afronta en las leyes constitucionales n. 2 y 3 de 2001. De hecho la ley constitucional n. 2 de 31 de enero de 2001, de revisión de los Estatutos de las Regiones de autonomía especial (Valle de Aosta, Cerdeña, Trentino y Alto Adice, Friuli Venecia Giulia y Sicilia) confía al legislador regional la tarea de adoptar las medidas más idóneas para fomentar el equilibrio de la representación electiva entre sexos[33]; y, análogamente, la nueva formulación del art. 117.c) párrafo 7 de la Constitución (llevada a cabo a través de la ley constitucional n. 3 de 18 de octubre de 2001, de reforma del Título V de la Constitución) atribuye a las leyes regionales la tarea de promover la paridad de acceso de hombres y mujeres a los cargos públicos electivos[34].

Como consecuencia de las reformas constitucionales, sólo el legislador regional estaba legitimado para adoptar medidas de fomento en el ámbito electoral, con la finalidad de incrementar la presencia femenina en los órganos de representación política regional. Por el contrario, al menos formalmente, dicha posibilidad estaba vetada para la legislación del Estado, evidenciando una significativa diferenciación entre el ordenamiento estatal y el regional.

Desde esta óptica, eran las articulaciones territoriales de la República las que tenían atribuida la tarea de remover los obstáculos de orden político que de hecho impedían la plena participación de las mujeres en la esfera pública. La introducción en nuestro ordenamiento de estas normas ha he-

---

[33] G. CHIARA, "La «pari opportunità» elettorale dei sessi nella riforma degli Statuti regionali speciali", en *Giur. cost.*, 2001, pp.854 y ss.

[34] L. CALIFANO, "Donne e rappresentanza politica: una riforma che riapre nuovi spazi", en *Quad. cost.*, 2001, 142 ss.; M. CARTABIA, "Il principio della parità tra uomini e donne nell'art. 117, c. 7", en T. GROPPI, M. OLIVETTI (coord.), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, 2001, pp.112 y ss.; L. GIANFORMAGGIO, "La promozione della parità di accesso alle cariche elettive in Costituzione", en R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, op. cit., pp. 124 ss.

cho pensar que la reforma constitucional era la vía de llevar a cabo, al margen de censuras constitucionales, la legislación de promoción electoral de las Regiones.

Y de hecho, así ha sido, tanto que el Tribunal Constitucional ha sido llamado a pronunciarse nuevamente sobre la legitimidad constitucional de algunas disposiciones de la ley regional del Valle de Aosta n. 3 de 2004.

La ley regional valdostana había sido objeto de un recurso promovido por el Gobierno en la parte en la que disponía la invalidez de las listas electorales cuando no incluyesen candidatos pertenecientes a ambos sexos. Por tanto, el Gobierno no censuraba el intento de la Región, que promovía un reequilibro entre los sexos en los órganos de representación política, sino que rechazaba el hecho de que la inadecuación a lo dispuesto en la ley constituyese su vulneración, queriendo incluir la disposición en la categoría de norma programática, a partir de la interpretación del art. 51.c) párrafo 1 surgida de la Sentencia n. 422 de 1995.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia n. 49 de 2003 declaró infundada la cuestión afirmando que la obligación de presentar candidatos de ambos sexos no viola el art. 51.c) párrafo 1 de la Constitución, incidiendo sólo en las listas y en aquellos que las presentan:

> «No se prevé aquí, de hecho, medida alguna de "desigualdad" con el objeto de favorecer a individuos pertenecientes a grupos desfavorecidos, o de "compensar" tales desventajas a través de las ventajas atribuidas legislativamente. No existe, en definitiva, ninguna incidencia directa sobre el contenido de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de uno u otro sexo, todos igualmente elegibles sobre la base de los solos e iguales requisitos prescritos (…) las disposiciones recurridas no ponen la pertenencia a uno u otro sexo como requisito para la ulterior elegibilidad, ni tampoco para la posibilidad de ser candidatos de los ciudadanos particulares. La obligación impuesta por la ley y la consiguiente sanción de invalidez conciernen sólo a las listas y a los sujetos que las presentan.
>
> En otros términos, las disposiciones examinadas establecen un vínculo no ya con el ejercicio del voto o de los derechos de los ciudadanos elegibles, sino con la formación de la libre elección de los partidos y de los grupos que conforman y presentan las listas electorales, impidiéndoles (sólo) la posibilidad de presentar listas formadas por candidatos todos del mismo sexo.
>
> Tal vínculo negativo opera solamente en la fase anterior al verdadero y propio proceso electoral, y no incide sobre él. La elección de los votantes entre las listas y entre los candidatos, y la elección de éstos,

> no están en modo alguno condicionadas por el sexo de los candidatos: y menos aún cuando, en el caso concreto, los electores pueden expresar votos de preferencia, y el orden de elección de los candidatos de una misma lista está determinado por el número de votos de preferencia que cada uno ha obtenido (cfr. Artículos 34 y 52 de la ley regional n. 3 de 1993). A su vez, la paridad de oportunidades entre las listas y entre los candidatos de la misma lista no sufre ninguna minoración.
>
> Las "condiciones de paridad" entre sexos, que la norma constitucional requiere promover, son aquí impuestas en la mínima medida de una no discriminación, a los fines de la candidatura, en detrimento de los ciudadanos de uno de los dos sexos.
>
> Además, la norma no ataca el carácter unitario de la representación que se expresa en el Consejo regional, al no constituirse ninguna relación jurídicamente relevante entre los electores de uno y otro sexo y los electos del mismo sexo.»

Y a mayor abundamiento el Tribunal Constitucional italiano ha afirmado que:

> «La medida establecida (por las normas objeto del recurso), puede considerarse sin más la expresión en el plano legislativo del intento de llevar a cabo la finalidad de fomento establecida expresamente por el Estatuto especial en vista del objetivo del equilibrio de la representación.»
>
> En este pronunciamiento, la orientación general expresada por la Sentencia n. 422 de 1995 ha sido superada completamente y, por lo tanto, cualquier acción positiva en relación con el género femenino se convierte en legítima, siempre que se incida sobre la posibilidad de ser candidato[35].
>
> Llegados a este punto apareció un problema relativo a la homogeneidad del sistema: dichas actuaciones eran legitimadas sobre la base de la ley constitucional n. 2 de 2001 relativa a las Regiones especiales y, en perspectiva, para las Regiones ordinarias. De hecho, independientemente de las interpretaciones más o menos extensivas, estas normas se configurarían como normas especiales respeto a la norma general del art. 51.c) párrafo 1 de la Constitución.
>
> Con la finalidad de reestablecer un equilibrio y una armonía entre la primera parte de la Constitución relativa a los derechos y los deberes de los ciudadanos (a la que pertenece el art. 51.c) párrafo 1), y la

[35] M. MONTALTI, "Il caso valdostano e l'attuazione dei «commi rosa» nelle Regioni a Statuto speciale", en R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, op. cit., pp. 191 y ss.

> segunda parte relativa a la articulación de los poderes territoriales, ha sido aprobada una reforma posterior de la Constitución que integra el propio art. 51.c) párrafo 1 de la misma. De hecho, una reforma constitucional ha anexionado el art. 51.c) párrafo 1 de la Constitución al precepto según el cual con la finalidad de garantizar que todos los ciudadanos de uno y otro sexo puedan acceder a los cargos electivos «… la República fomenta con las medidas adecuadas la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres[36]».

De este modo se habría reconocido una cierta simetría entre los cargos electivos a nivel estatal y a nivel regional, legitimando medidas de reequilibrio en cualquier proceso electoral.

Ahora bien, pese a que el objetivo de la homogeneidad en la elección de los órganos representativos de cualquier nivel se dice que ha sido alcanzado, la nueva formulación constitucional nos empuja a realizar algunas reflexiones.

La primera es relativa a la disposición que habla de «actuaciones» («provedimenti») y dicho término en el lenguaje jurídico se refiere a la intervención de la administración pública y no a actuaciones normativas.

Además, lo dispuesto por el art. 51 CI es distinto de lo establecido por la ley constitucional n. 2 de 2001 y el art. 117.c) párrafo 7 de la Constitución. Estos últimos, de hecho, hablan de promoción de la paridad en el acceso, mientas que el art. 51 habla de igualdad de oportunidades. Parece, por tanto, querer decir que la paridad de acceso impone actuaciones relativas a la posibilidad de ser candidato de sujetos de distinto sexo, mientras la igualdad de oportunidades se refiere a medidas más generales y generalizadas que no se circunscriben al momento electoral sino que pueden referirse a otras fases y adoptar una pluralidad de formas. Por ejemplo, incentivos fiscales a los partidos políticos que garanticen una determinada representación femenina en sus propias listas o en sus propios órganos estatutarios, o que se demuestren activos en este ámbito con iniciativas como cursos, encuentros u otras formas de incentivar en las primarias de los partidos que las mujeres coopten, etc.[37].

---

[36] G. BRUNELLI, "La parità dei sessi nella rappresentanza politica: le questioni aperte", en R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, op. cit., pp. 13 y ss; M. AINIS, "La riforma dell'art. 51 Cost. e i suoi riflessi nell'ordinamento", *ibidem*, pp. 25 y ss.

[37] T. E. FROSINI *La modifica dell'art. 51 cost.: problemi e prospettive*, en http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti.

5. EL EQUILIBRIO DE SEXOS EN LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

El caso italiano muestra cómo la aplicación de acciones positivas en el ámbito de la representación política resulta posible solamente en presencia de una disposición expresa en la constitución. De hecho, a falta de ésta, las normas que reenvían al principio de igualdad no parecen ser suficientes.

Si queremos realizar una clasificación de los instrumentos puestos en juego a consecuencia de las reformas constitucionales, podemos evidenciar tres ámbitos de actuación: el primero relativo a las designaciones de los vértices de los órganos de representación política; el segundo referente al acceso a los espacios de propaganda política; mientras que el último se relaciona con los órganos legislativos.

Antes de proceder al examen de las medidas legislativas adoptadas en los ámbitos indicados, debemos partir de la premisa de que hasta el momento sólo las autonomías regionales han adoptado medidas dirigidas a la promoción de la presencia de las mujeres en los órganos de representación política o en entes públicos, mientas que el parlamento nacional no ha conseguido hasta ahora reunir una mayoría favorable a la introducción de normas de acciones positivas para las mujeres, pese a que no han faltado las tentativas, de las que intentaremos dar cuenta.

En lo que concierne al primer ámbito de intervención, en algunos Estatutos regionales adoptados más recientemente se apela al Presidente de la Región para buscar una presencia equilibrada de sexos, tanto en lo que respecta al nombramiento de la Junta como de los entes y órganos. En este sentido se expresan el art. 67 del Estatuto de Umbría, el art. 43 del Estatuto del Piamonte, el art. 45 del Estatuto de la Región del Lacio y el art. 7 del Estatuto de la Región de las Marcas.

Más interesantes son, en cambio, aquellas normas que se refieren al segundo orden de actuaciones y que imponen en la fase pre-electoral un cierto «porcentaje de visibilidad» de las candidatas.

En este sentido se manifiesta la Ley n. 3 de 2003 del Valle de Aosta, que impone la obligación de visibilidad de las candidatas en los espacios de propaganda política y en los mensajes de los medios de comunicación y el art. 26 de la ley provincial del Trentino n. 2 de 2003, sobre la formación de las candidaturas. Esta última establece que «en la participación en los programas de comunicación política ofrecidos por las emisoras radiotelevisivas públicas y privadas, así como en otros medios de comunicación, durante la campaña electoral para las elecciones del Consejo Provincial, los poderes políticos deben garantizar la presencia de mujeres candidatas al cargo de

consejero provincial, en una medida proporcional a la presencia femenina en las respectivas listas de candidatos presentados en las mencionadas elecciones».

En este sentido, se dispone que la inobservancia de la norma «conlleva la obligación, para el sujeto político, de reequilibrio con la presencia de mujeres candidatas en las retransmisiones o espacios publicitarios como quiera que se denominen». Y además, en el caso en que el reequilibrio sea imposible, la inobservancia de la norma conlleva, a cargo del sujeto político, la reducción proporcional de los espacios de propaganda electoral previstos por el art. 2.3 de la ley n. 28 de 22 de febrero de 2000, de normas para la paridad de acceso a los medios de información durante las campañas electorales y referenda y para la propaganda política. La sanción viene impuesta por el Comité provincial para los servicios radiotelevisivos en el ámbito de su libertad de vigilancia.

La importancia de la norma reside sobre todo en el segundo apartado del mencionado artículo, donde se prevén sanciones en caso de inadecuación a dicha disposición por parte de los partidos políticos.

Finalmente, el tercer ámbito de actuación de cara a la consecución del reequilibrio de la presencia femenina se refiere a las candidaturas para los órganos legislativos. A nivel regional, algunas leyes electorales hacen referencia a la necesidad de la presencia de candidatas en las listas electorales. En este sentido, se va de enunciados muy genéricos, como el ya citado de la ley regional n. 3 del 2003 del Valle de Aosta y el artículo único c.6 de la ley de Calabria, sobre la elección del Presidente de la Junta y del Consejo regional, que establecen el deber de que las listas electorales incluyan candidatos de ambos sexos –y por tanto según esta disposición una sola candidata garantizaría también el cumplimiento de la norma–, a enunciados más precisos, como el del art. 3.c) párrafo 3 de la ley regional n. 2 de 2005 de la Región de Puglia o el del art. 3 de la deliberación legislativa del 11 de enero de 2005 de la Región del Lacio, que establecen que ninguno de los dos sexos puede estar representado en una medida superior a dos tercios de los candidatos, así como el art. 8.c) párrafo 4 de la ley regional toscana. En estos últimos casos, la previsión de una fracción numérica garantizaría –al menos a nivel teórico– una presencia mínima de candidatas de un tercio.

No obstante, el elemento de juicio sobre la eficacia o no de la norma debería basarse en la previsión de sanciones en caso de vulneración. Desde esta óptica, debemos poner de relieve, por ejemplo, que tanto la ley del Valle de Aosta como la de Calabria prevén la invalidez de las listas compuestas por candidatos de un solo sexo, mientras que otras Regiones,

como Puglia o el Lacio, en caso de vulneración de lo dispuesto prevén la devolución de los gastos electorales reembolsados, hasta un máximo de la mitad, en una medida directamente proporcional a los candidatos de más de un determinado sexo respecto al máximo consentido.

Las Regiones –como se ha dicho– se han mostrado más o menos sensibles a la temática de la igualdad de género y, aun con algunas incertidumbres, han adoptado normas en este sentido. A nivel estatal, por el contrario, no ha sido posible poner en marcha actuaciones legislativas de este tipo.

No obstante, se aprobó por el Consejo de Ministros un proyecto de ley en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso a los cargos electivos de la Cámara de los Diputados y del Senado de la República. Sin embargo, el debate en las cámaras rápidamente se reveló dificultoso e incierto y de hecho el texto no ha sido aprobado. La propuesta –a grandes rasgos– no se separaba de las orientaciones normativas que se habían adoptado a nivel regional: de hecho, establecía que en las listas de candidatos ninguno de los dos sexos podía estar representado en un porcentaje superior a dos tercios[38].

Además, como los votos no son asignados con un sistema proporcional de lista cerrada, el texto imponía la obligación de que cada sexo no pudiese ser representado en una sucesión superior a tres (para las primeras elecciones tras la aprobación de la ley), mientras en las segundas elecciones, la sucesión no podía ser superior a dos candidatos del mismo sexo. Se preveía además, una sanción consistente en la restitución de un mínimo del 10% y un máximo del 50% de los gastos electorales reembolsados. Sin embargo, el perfil más interesante guarda relación con la previsión en base a la cual la sanción pecuniaria se doblaba, cuando la proporción o la sucesión no fuesen respetadas a causa de recusaciones con cancelaciones de una candidatura o de renuncia a la candidatura. La «ratio» de la norma se explica por el hecho de que los partidos habrían podido cumplir la norma en sede de presentación de las listas y luego, a través del mecanismo de la renuncia, favorecer al candidato de un sexo respecto al de distinto sexo.

6. CONCLUSIONES

El uso de la legislación electoral, en cuanto acción positiva, como medio de garantía de la representación y visibilidad de los grupos, se apoya sobre

[38] Es necesario precisar que el Proyecto de Ley establecía que la obligación se circunscribía a las primeras y segundas elecciones tras la aprobación de la ley, por lo que se trataba de una norma transitoria.

la convicción de que en esta materia es preferible sustituir el principio constitucional «una persona, un voto», por el de «mirror representation»: en el convencimiento de que, en los Estados formados por una pluralidad de grupos, los ciudadanos solamente pueden estar representados adecuadamente por otros ciudadanos con los cuales comparten las mismas experiencias de género, étnicas, raciales o religiosas[39]. Haciendo referencia a título de ejemplo a tres realidades profundamente diversas, se pueden traer a colación los casos de Canadá, de los Estados Unidos y del Reino Unido[40].

En el continente norteamericano, la «Aboriginal electoral district» canadiense concreta propuestas para asegurar la representación electoral de representantes de los pueblos aborígenes, utilizando el instrumento del «gerrymandering». Éste es un método con el cual una ley propone una circunscripción electoral, con la finalidad de que un grupo identificado (racial, étnico, etc.) constituya la mayoría del electorado y pueda de este modo elegir un candidato propio. En concreto, se ha propuesto la creación de siete circunscripciones electorales en las que la mayoría del cuerpo electoral estaba constituido preferentemente por aborígenes. De este modo, los indígenas, admitiendo que voten de manera uniforme, podrían obtener el 3,4% de los votos en la Cámara de los Diputados, que es un porcentaje análogo a su presencia en el país (cercana al 4%)[41].

De una forma no muy distinta la legislación estadounidense con la «Voting Rights Act» de 1965 introdujo normas de discriminación positiva en relación con la minoría negra, que históricamente no había estado representada adecuadamente en los órganos legislativos estatales. En concreto, el art. 5 de la ley federal impone que cualquier cambio en la legislación electoral de ciertos Estados, deba ser previamente controlado o por el «Attorney General» (Fiscal General del Estado) o por una especie de Tribunal de Distrito del Distrito de Columbia, con la finalidad de impedir la aprobación de normas que podrían limitar el derecho de voto de las minorías raciales. Al menos en un primer momento, esto indujo a los Estados, a través de la utilización del «gerrymandering», a establecer circunscripciones electorales en las que las minorías racionales constituyesen la mayoría

---

[39] Sobre este aspecto vid. la panorámica puntual de C. CASONATO, "Pluralismo etnico e rappresentanza politica: spunti per un'analisi comparata", en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, pp. 609 y ss.

[40] Permítase el reenvío a E. CECCHERINI, "Meccanismi istituzionali a garanzia delle identità culturali nelle recenti Costituzioni", en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 422.

[41] D. SMALL, *Drawing the Map Equality and Efficacy of the Vote in Canadian Electoral Boundary Reform*, Toronto-Oxford-Montréal, 1991, pp. 315 y ss.; C. CASONATO, *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese,* Trento, 1998.

de los electores, con el objeto de elegir un representante propio («majority-minority district»)[42].

Finalmente, en el sistema mayoritario del Reino Unido, podemos hacer referencia a la previsión de un sistema proporcional para las elecciones al Parlamento Europeo en Irlanda del Norte para asegurar la presencia de representantes de esta minoría católica.

Esta pluralidad de actuaciones en el ámbito electoral demuestra la creciente atención que distintos ordenamientos están prestando a la representación de los ciudadanos. Además, aún entendiendo que se trata de mecanismos dirigidos a convertir en realidad y concretar el principio de igualdad real y efectiva, no podemos soslayar que implícitamente se reconoce que los exponentes pertenecientes a la mayoría de la población (sean éstos hombres, blancos o cualesquiera otros) no están en disposición de representar adecuadamente a personas que pertenecen a grupos diversos; sin embargo, de este modo, la idea de los electos como representantes de toda la nación deja espacio al concepto de representación de intereses[43]. Los órganos electivos se convierten en un ámbito en el que la representación «se entiende como reproducción de los sujetos representados o, más correctamente, de las características de éstos»[44], se trata de una representatividad sociológica, esto es, de la «reproducción de los caracteres de la población en cuanto al género, el estatus, la condición profesional, la etnia o la pertenencia confesional, etc., que corresponden a las articulaciones más destacadas de la estructura social»[45].

---

[42] C. CASONATO, *Minoranze etniche e rappresentanza politica*, op. cit.; Sobre este tema, el Tribunal Supremo ha mantenido una línea oscilante, en un primer momento favoreciendo estas medidas, incluso en perjuicio de otras minorías raciales presentes en las circunscripciones electorales, y más tarde requiriendo la actuación del legislador en respeto del principio de no discriminación basada en la raza, aun con fines de discriminación positiva, poniendo el acento sobre la dimensión individual del elector sin tener en cuenta su pertenencia a una raza bien determinada, para después adoptar una posición menos rígida. Sobre este punto: A. PAECOCK (coord.), *Affirmative Action and Representation:* Shaw v. Reno *and the Future of the Voting Rights*, Durham, 1998; K. R. JOHNSON, "The Struggle for Civil Rights: The Need for, and Impediments to Political Coalitions Among and Within Minoriyà Groups", en *Louisiana L. Rev.,* 63, 2003, p.759; D. J. A. BARGEN, "The Frequency of Redisctriting in Nebraska and the Balance Between One Person One Vote and Electoral Stability: How Often is Too Often?"*,* en *Nebraska L. Rev.*, 82, 2003, p. 575; E. JAYNIE, Leung, Page v. Bartels: "A «Total Effects» Approach to Evaluating Racial Vote Dilution Claims"*,* en *L. & Inequality*, 21, 2003, 192; y consiéntase la cita a E. CECCHERINI, *Eguaglianza del voto,* op. cit., pp. 311 y ss.

[43] G. BRUNELLI, *L'alterazione del concetto*, op. cit., p. 566.

[44] M. COTTA*, "Parlamenti e rappresentanza*", en G. PASQUINO (coord.), *Manuale di scienza politica*, 1986, p. 286.

[45] M. COTTA, op. cit,. p.286.

El riesgo es que las diferencias y las contraposiciones terminen por acrecentarse en lugar de disminuir y que, por lo tanto, el objetivo último de las normas de acción positiva sea desatendido.

RESUMEN

En este trabajo la autora analiza el problema de la discriminación por razón de género en Italia. Comienza realizando un repaso de las dificultades históricas que han atravesado para alcanzar la igualdad tanto formal como real y efectiva ciertos colectivos objeto de discriminación (negros, indígenas, etc.) a nivel global. En segundo lugar, estudia los problemas que ha encontrado la inclusión en la legislación italiana de la prohibición de discriminación por razón de sexo, así como el reconocimiento del derecho al voto a las mujeres. Finalmente el trabajo se ocupa de la legitimidad constitucional de las acciones positivas adoptadas por el legislador estatal y los regionales para asegurar la igualdad real de las mujeres y el equilibrio de sexos en el ámbito de la representación política.

PALABRAS CLAVE: Discriminación por razón de género en Italia, igualdad real y efectiva, igualdad de sexos, acciones positivas, derecho al voto, representación política paritaria.

ABSTRACT

In this work the author analyzes the problem of the gender discrimination in Italy. She begins making a review of the historical difficulties that have been surpassed to reach the formal equality as much us the real and effective equality certain groups which have suffered discrimination (black, indigenous, etc.) worldwide.. Secondly, she studies the problems that the inclusion in the Italian legislation of the prohibition of discrimination because of sex has found, as well as the recognition of the right to the vote for the women. Finally, the work deals with the constitutional legitimacy of the positive actions adopted by the state legislator and the regional ones to assure the real equality for the women and the balance of sexes in the scope of the political representation.

KEY WORDS: Gender discrimination in Italy, real and effective equality, sex equality, positive actions, right to vote, sex-balanced political representation.

PERFILES

FASCISMO Y CRISIS POLÍTICA DE EUROPA: CRÍTICA DEL FASCISMO EN HERMANN HELLER (I)

José Luis Monereo Pérez*

«Cada época no sólo sueña la siguiente,
sino que se encamina soñando hacia el despertar»
(Walter Benjamín)[1]

SUMARIO

1.- Heller y la teoría crítica del fascismo (I)
2.- Caracterización del fascismo (I)
3.- El pensamiento mítico del fascismo (II)
4.- Fascismo y trabajo (II)
5.- Heller y el debate sobre el Estado totalitario (II)

1. HELLER Y LA TEORÍA CRÍTICA DEL FASCISMO

Heller realiza una investigación de campo con un propósito análogo al que realizara entre nosotros Fernando de los Ríos respecto a Rusia[2]. También es afín el resultado de condena del modelo, en un caso el fascismo, en otro, el bolchevismo. Su relación con el fascismo era compleja y personal, ya que en él residía la doble condición de socialista y de judío; y había

---

*Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Granada

[1] W. BENJAMIN, *Libro de los Pasajes*, (edición de Rolf Tiedemann), Akal, Madrid, 2005, p. 49.

[2] F. DE LOS RÍOS, *Mi viaje a la Rusia Sovietista* (1921), Fundación Fernando de los Ríos, Madrid, 1994.

sido privado de su cátedra de Derecho público en Frankfurt[3]. En su libro «Europa y el Fascismo» afronta el estudio detenido y riguroso del régimen fascista italiano, y es de realzar que lo hace desde la doble perspectiva política y jurídica. Su reflexión se sitúa en un determinado momento de la historia política europea, y se inserta en un momento del desarrollo interno de la ciencia política y jurídica.

La incorporación de las masas en el área de la ciudadanía política supuso una mutación de los sujetos de la política y de las formas políticas[4]. Con esa mirada atenta y capacidad de percepción inmediata de las cuestiones relevantes de su tiempo, Heller observó que parece como si nuestra época no acertara a dar una configuración política satisfactoria a la demo-

---

[3] Las medidas de represión del régimen fascista-nazi se ejerció sobre todos los intelectuales demócratas y se cebó especialmente en los intelectuales judíos. Fueron obligados a exiliarse exterior o interiormente no sólo Hermann Heller, sino también otros intelectuales (judíos o no), como Moritz Julius Bonn, Gustav Radbruch, G. Kantorowicz, Nawiasky, Löwenstein, Schcking, Apelt, Jacobi, Anschutz, W. Jellinek, entre muchos. Precisamente sucesores de Heller y Schucking, fueron designados discípulos de Schmitt: E. Forsthoff y E. R. Huber, mientras que la cátedra de Nawiasky fue ocupada por Th. Maunz. Véase B. RÜTHERS, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp.76 y 77, y la bibliografía allí citada.

[4] Desde el miedo a la multitud, a la masa en acción, es paradigmática la posición de J. ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, en *Obras completas*, vol. 4, Alianza editorial-Revista de Occidente, Madrid, 1987. Su reflexión toma como centro de atención al nuevo tipo de hombre: el "hombre-masa" (p. 131). Se intenta realizar una anatomía del hombre dominante en el mundo contemporáneo. Comienza el libro, destacando que "Hay un hecho que, para bien o para mal, es el más importante en la vida pública europea de la hora presente. Este hecho es el advenimiento de las masas al pleno poderío social" (p. 143). Una de sus tesis principales es que la civilización del siglo XIX ha producido automáticamente el hombre-masa. Esta civilización del siglo XIX puede resumirse en dos grandes dimensiones: democracia liberal y técnica. Por masa no se entiende especialmente al obrero; no designa aquí una clase social, sino una clase o modo de ser hombre que se da hoy en todas las clases sociales, que por lo mismo representa a nuestro tiempo, sobre el cual predomina e impera (p. 216). Y, significativamente, apunta al Estado como "mayor peligro" (que da titulo al epígrafe XIII, p. 321 y ss.). Apunta a que "Éste es el mayor peligro que hoy amenaza a la civilización: la estatificación de la vida, el intervencionismo del Estado, la absorción de toda espontaneidad social por el Estado; es decir, la anulación de la espontaneidad histórica, que en definitiva sostiene, nutre y empuja los destinos humanos". En este sentido Mussolini pregona la fórmula: "Todo por el Estado, nada fuera del Estado; nada contra el Estado". Y observa que, "bastaría esto para descubrir en el fascismo un típico movimiento de hombres-masa" (pp. 225 y 226). Encuentra en el avance del hombre-masa un problema de distorsión espiritual en Europa y, en tal sentido, afirma: "Esta es la cuestión: Europa se ha quedado sin moral. No es que el hombre-masa menosprecie una anticuada en beneficio de otra emergente, sino que el centro de su régimen vital consiste precisamente en la aspiración a vivir sin supeditarse a moral ninguna". Todo lo más se puede encontrar una simple "moral negativa que conserva de la otra la forma en hueco" (p. 276 a 278).

cracia social de masas. Las formas y normas tradicionales no parecen estar a la altura de esta empresa. De todos modos, la fe en las posibilidades de dar una conformación democrática a la sociedad, deformada por revoluciones burguesas y proletarias, está muy quebrantada. En la democracia de masas pluralista es mayor la dificultad de conseguir una unidad, porque la democracia son todos los ciudadanos los que están llamados a colaborar en la decisión de los medios y fines de la formación de la unidad política[5]. En todo caso, Heller navega peligrosamente por el sendero de la relación entre el "pueblo como unidad" y el "pueblo como pluralidad", al afirmar que la democracia es el predominio del pueblo como unidad sobre el pueblo como pluralidad. Siempre subsiste el pueblo como unidad preexistente, como nación política[6]. El problema de fondo es atender a la interrogante relativa a qué contenidos serán capaces de reducir a unidad política la actual democracia social de masas. El proceso de secularización ha hecho decaer el factor religioso, desplazado por la idea nacional, el factor más poderoso de la integración política interior y exterior de las democracias europeas. Pero en la etapa de internacionalización de los mercados y de crisis interna de clase, el Estado nacional no ha encontrado el acomodo necesario para continuar siendo elemento aglutinante. Su misma virtualidad unificadora depende del condicionamiento representado por la existencia efectiva de un contenido común de valores, al que nada afecten las luchas políticas. Es ahí –en esa problemática comunidad de valores presupuestos- donde debe descansar la democracia social de masas. El proceso de racionalización formal tampoco había contribuido decisivamente a crear nuevas formas de integración por valores compartidos (significativamente, Heller reclama aquí las reflexiones de Max Weber), porque precisamente "este mismo espíritu (formalizador de reducirlo todo a sistema con la pretensión de convertir el mundo a toda costa en una unidad lógica, matemática) inspiraba el carácter, cada vez más calculador de la economía capitalista y de la democracia cuantitativa de masas"[7].

En gran medida, objeta Heller, el liberalismo y el marxismo plantean la muerte del Estado ("muere el Estado"): "La ley jurídica y universal del libe-

---

[5] Heller parte de la concepción previa de que la política es siempre una organización de la oposición de voluntades sobre la base de una voluntad común y del hecho de que en mayor grado que la forma autocrática del Estado, depende la democracia de esa unidad preexistente. En la democracia es imprescindible el asentimiento del pueblo. Cfr. H. HELLER, *Europa y el fascismo*, (traducción de F. J. Conde y estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez), Comares, Granada, 2006, (capítulo I).

[6] H. HELLER, *Europa y el fascismo*, op. cit.

[7] H. HELLER, *Europa y el fascismo*, op. cit.

ralismo acusa rasgos esencialmente naturalista-económicos, y la necesidad económico-técnica del marxismo vive de fuertes influencias idealistas y anarquistas, como la ilusión utópica de la extinción del Estado y de todo orden de Derecho. El Derecho queda desprovisto de valor: el formalismo jurídico culmina en el pensamiento de Kelsen, según el cual todo Estado es, naturalmente, un Estado jurídico, porque el Derecho es, con independencia de los valores y la realidad, una forma autónoma para un posible contenido cualquiera. El diagnóstico político-crítico es contundente: esa descomposición del Derecho tiene que conducir forzosamente a destruir el Estado. Piensa que todo Estado y el Derecho tienen que legitimarse «por virtud de ideales jurídicos concretos». Su crítica al positivismo jurídico se ofrece nítida y sin ambages: en una perspectiva realista, solamente posee autoridad aquella soberanía que, por determinados contenidos normativos, mueve la voluntad a una unidad política, de manera que el puro logicismo no puede comprender el Estado individual, ni explicar una sola disposición jurídica. El positivismo jurídico tan sólo podrá, o bien elevar a lo absoluto un estado de cosas momentáneo, o bien, sin renunciar completamente al ideal del derecho natural, prometer un desenvolvimiento, determinado por leyes naturales, en el seno de un paraíso terrenal, donde los egoísmos individuales pondrán convivir sin colisión. Y es que, en efecto, no hay comunidad política de aspiraciones, ni comunidad jurídica, sin una base común de valores políticos compartidos. Pero es aquí donde reside, donde se localiza, la causa profunda de la crisis política de Europa (que era ante todo una «crisis de legitimidad y de gobernabilidad de un sistema parlamentario y pluralista»; nótese la lucidez para clarificar las dimensiones espaciales y espirituales de la crisis cultural y civilizatoria europea de su tiempo histórico). En el desquiciamiento de esta base de valores está la honda razón de la crisis política de Europa[8], y sólo un modo de pensar que, despreciando el conocimiento de la realidad, se consagra exclusivamente al conocimiento por el conocimiento y separa radicalmente la teoría de la práctica, incurriendo respecto de esta última en el agnosticismo; sólo un pensamiento semejante puede aceptar una teoría del Estado que, como el racionalismo del siglo XVIII, considera la religión como una patraña de los curas y el Estado como una ficción o una abstracción. Va también, derechamente, a la línea de flotación del pensamiento político-jurídico de Kelsen: con el apogeo de las direcciones formalistas el Estado se ha trocado en algo irreal, en una

[8] Véase J. W. BURROW, *La crisis de la razón. El pensamiento europeo*, 1848-1914, Crítica, Barcelona, 2000. También M. STEINERT, *Hitler y el Universo hitleriano*, Vergara, Barcelona, 2004, (capítulo dos: "La crisis europea").

abstracción o ficción, porque no parece ya digno de crédito su valor sustancial, esencial. La eliminación positivista de todos los contenidos simbólicos ha demolido los fundamentos no sólo del Estado, sino de la cultura.

Se ha advertido, con razón, que la historia de las interpretaciones del fascismo es extraña y singular, existiendo posiciones interpretativas encontradas[9]. El fascismo es, sin duda, un experimento político de hondas implicaciones.

---

[9] E. GENTILE, *Fascismo. Historia e interpretación*, Alianza, Madrid, 2004, p. 15. Es un concepto de los más "vagos" entre los términos políticos más importantes, como apunta S. G. PAYNE, *Historia del fascismo*, Editorial Planeta, Barcelona, 1995, p.11 y ss. Para GENTILE "el fascismo es un fenómeno político moderno, nacionalista y revolucionario, antiliberal y antimarxista, organizado en un partido de milicia, con una concepción totalitaria de la política y del Estado (Estado totalitario), con una ideología activista y antiteórica, con fundamento mítico, viril y antihedonista, sacralizada como religión laica que afirma la primacía absoluta de la nación a la que entiende como una comunidad orgánica étnicamente homogénea y jerárquicamente organizada en un Estado corporativo con una vocación belicista a favor de una política de grandeza, de poder y de conquista encaminada a la creación de un nuevo orden y de una nueva civilización". Apunta que "Por encima de todo, esta definición extrae sus elementos constitutivos de la experiencia histórica del fascismo italiano. El fenómeno fascista ingresó por primera vez en la Historia con la llegada al poder del Partido Fascista, que dio vida a un régimen de partido único dominado por la figura del jefe y dirigido a la realización de un experimento totalitario definido según los principios, los valores, los mitos y los objetivos de una cultura política propia. Como tal, el fascismo italiano se convirtió en modelo para otros movimientos nacionalistas revolucionarios antidemocráticos –comenzando por el nacionalsocialismo- que siguieron sus pasos y aprovecharon su experiencia como partido y como régimen para crear, cada uno de ellos según sus propias peculiaridades nacionales e ideológicas, un nuevo Estado, un nuevo orden y un hombre nuevo. El autor considera al fascismo «el camino italiano al totalitarismo". Y entiende por "totalitarismo", como se explica en la primera parte del libro, no sólo una nueva forma de régimen político surgido por primera vez tras la Gran Guerra, sino también un complejo proceso ideológico, cultural, organizativo e institucional que tuvo en el fascismo italiano una de sus primeras y originales manifestaciones». Observa igualmente que la instauración del régimen fascista y el inicio de un experimento inédito de dominio político (rasgo que había subrayado antes Heller) "ocurrió gracias a un impulso autónomo, innato a la naturaleza misma del fascismo y sucedió cuando incluso Mussolini afirmaba públicamente, a finales de 1921, que hablar de "peligro bolchevique" en Italia era una estupidez" (p. 19 y 20). «El fascismo –dice Mussonili- quiere al hombre activo y dedicado a la acción con todas sus energías; quiere que sea virilmente consciente de las dificultades existentes, y que esté dispuesto a afrontarlas. Concibe la vida como lucha… De aquí también el valor esencial del trabajo, con que el hombre vence a la naturaleza y crea el mundo humano (económico, político, moral, intelectual)". El fascismo obedece a una concepción ética: «la vida, tal como la concibe el fascista, es seria, austera, religiosa: enteramente librada en un mundo sostenido por las fuerzas morales y responsables del espíritu. El fascista desprecia la vida "cómoda". Cfr. C A. BIGGINI, *Significación político-jurídica de la Codificación Mussoliniana*, Conferencia pronunciada el día 20 de noviembre de 1941, en Madrid, en la inauguración del año académico del Instituto de Cultura Italiana, Ediciones del Instituto de Cultura Italiana, Madrid, 1942-XX, pp. 12 y 13.

Es lo cierto que la aparición del fascismo conecta con la época de crisis y su incidencia negativa en clases más desfavorecidas. Se ha indicado en 1948 que era casi imposible describir lo que realmente sucedió en Europa el 4 de agosto de 1914. Los días anteriores y los días posteriores a la primera guerra mundial se hallan separados no como el final de un período y el comienzo de uno nuevo, sino como el día anterior y el día posterior a una explosión de magnitudes impresionantes, actuando así como un catalizador. La primera explosión parece haber desencadenado una reacción en cadena en la que estamos envueltos desde entonces y que nadie parece poder detener[10]. Era, ciertamente, un lugar común constatar la crisis del Estado moderno, como premisa para la defensa de la instauración de una forma de Estado orgánica, en cuyo marco el Estado sería la suprema sín-

---

[10] Cfr. H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, Vol I, Planeta-Agostini, Barcelona, 1994, p. 343. Hace notar, por otra parte, que "la atmósfera de desintegración, aunque característica de toda Europa en el período comprendido entre las dos guerras mundiales, era más visible en los países derrotados que en los victoriosos y se desarrolló por completo en los Estados recientemente establecidos tras la liquidación de la Monarquía Dual y del Imperio zarista" (p. 344). Por otra parte, la desintegración interna de las Naciones-Estado comenzó solamente después de la primera guerra mundial, con la aparición de minorías creadas por los tratados de paz y de un movimiento constantemente creciente de refugiados, consecuencia de las revoluciones. La imperfección de los tratados de paz ha sido explicada a menudo por el hecho de que quienes los elaboraron pertenecían a una generación formada por las experiencias de la era de la preguerra, de forma tal que nunca comprendieron perfectamente todo el impacto de la guerra cuya paz tenían que lograr» (p. 346). La crisis de la cultura burguesa y de las formas políticas liberales; la quiebra de las seguridades y la irrupción del "Estado total" es el punto de partida de la obra de E. JÜNGER, *El trabajador. Dominio y figura,* Tusquets editores, Barcelona, 1990. Su diagnóstico es contundente respecto a la superación en los hechos del mundo burgués de la seguridad, al afirmar que "el estallido de la guerra del 14 pone punto final a este tiempo, trazando por debajo de él una gruesa raya roja" (p. 58). Viendo en ello un "relevo del individuo burgués por el tipo de trabajador" (pp. 117 y ss.) y significativamente el tránsito de la democracia liberal al Estado de trabajo: «De ahí que tenga mucha importancia el modo como se efectúe el relevo del dominio aparente del burgués por el dominio del trabajador y, con ello, la alternativa de dos imágenes completamente distintas del Estado... El primer presupuesto de una construcción orgánica del Estado es que queden consumidas por el fuego todas esas guaridas de las que en las horas de la máxima exigencia hace salir la traición, como del vientre del caballo de Troya, sus tropas auxiliares» (pp. 224 y ss.). Con todo, "la decadencia de los órdenes liberales hace más necesaria todavía la flexibilidad que ha de exigirse al plan (de trabajo). Esa decadencia, que, contempla desde el punto de vista burgués, se presenta como pérdida de la seguridad y como imposibilidad de salvaguardar el antiguo concepto de libertad, ha producido unas situaciones que son mucho más amenazadoras que las de una crisis pasajera. La guerra del catorce, que trazó una raya conclusiva por debajo de esos órdenes, ha dejado tras de sí, sobre todo en Alemania, unas circunstancias que son diferentes de las que tras sí dejó, por ejemplo, la guerra de los Treinta Años, después de la cual los esfuerzos se orientaron a criar nuevas fuerzas de trabajo y a repoblar amplios territorios" (pp. 261 y 262).

tesis de las energías jurídicas inmanentes[11]. El Estado fascista era el "Estado nuevo": nuevo por el espíritu animador, pero formalmente casi sin variar porque, con mucha sabiduría, fue conservado, especialmente al principio, todo lo que fue posible conservar de la preexistente estructura política, que en gran parte era el resultado de las precedentes revoluciones[12]. Esta forma de Estado llevaría aparejada una «estatalización» de la dinámica de ciertas formaciones sociales y jurídicas. Por Ley de 3 de abril de 1926, las fuerzas económicas y las correspondientes organizaciones profesionales fueron introducidas en el ordenamiento del Estado[13]. Por su parte, un autor tan significativo en la intelectualidad de su época como Karl Larenz hará notar que "el nacionalsocialismo no es ningún elenco de soluciones improvisadas, sino una irrupción del espíritu, la cual abre

---

[11] El trauma de toda una generación estaba presente en la reflexión de W. BENJAMÍN: "Una generación que había ido a la escuela en tranvía tirado por caballos, se encontró indefensa en un paisaje en el que todo menos las nubes había cambiando, y en cuyo centro, en un campo de fuerzas de explosiones y corrientes destructoras, estaba el mínimo, quebradizo cuerpo humano. Una pobreza del todo nueva ha caído sobre el hombre al tiempo que ese enorme desarrollo de la técnica". Cfr. W. BENJAMIN, "Experiencia y pobreza", en *Discursos interrumpidos*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1994, p. 168.

[12] G. DEL VECCHIO, *El Estado Nuevo y sus Bases Jurídicas*, (traducción revisada con notas y Prólogo de Juan Beneyto Pérez), Librería Satarén, Valladolid, 1939, pp. 39 y ss. Del Vecchio era ya por entonces Catedrático de la Universidad de Roma, y Beneyto, Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia y profesor A. de la Universidad de Valencia. "El sentido esencial de este nuevo sistema corporativo, por el cual éste difiere profundamente de otros en apariencia semejantes, de los tiempos pasados, consiste en que la organización corporativa se introduce como término medio entre los dos puntos de partida teóricos, el individuo y el Estado" (p. 102). Observa que "la revolución fascista restaurando para la salvación de Italia el sentido del Estado, ha corregido radicalmente aquella falsa concepción. Y en tal corrección y saneamiento espiritual está su mayor mérito y su verdadera importancia histórica" (p. 137).

[13] G: DEL VECCHIO*,: El Estado Nuevo y sus Bases Jurídicas,* op. cit., pp. 61 y 62. Reclama el pensamiento de Mussolini: "Con profunda sabiduría dijo una vez, ante una elevada asamblea, Benito Mussolini: "O vosotros introducís el pueblo en la ciudadela del Estado, que él la defenderá, o estará fuera y él la asaltará". Realza el contenido de la "Carta del Trabajo" de 1927, en el sentido de que "sólo el sindicato legalmente reconocido y sujeto al control del Estado tiene el derecho de representar toda la categoría de patronos y obreros que lo han constituido, de tutelar, frente al Estado y a las otras asociaciones profesionales, sus intereses, de estipular contratos colectivos de trabajo obligatorios para todos los que pertenezcan a la categoría, de imponerles contribuciones y de ejercer, respecto a ellos, funciones delegadas de interés público. Se ha constituido así, o mejor dicho, se viene constituyendo, una efectiva igualdad entre los diversos factores de la producción (patronos y obreros), unificados en el intento, que les debe ser común, de cooperar al bien de la nación. La "Carta del Trabajo" declara expresamente que las corporaciones que constituyen la organización unitaria de las fuerzas de producción y representan integralmente sus intereses son reconocidas por la ley, como órganos del Estado (pp. 98 a 101).

una nueva perspectiva y con ello sitúa asimismo al pensamiento ante nuevas tareas"[14].

En esa misma dirección apunta la reflexión previa de Hermann Heller, constatando la "crisis política de Europa"[15]. Destaca la crisis de la democracia parlamentaria, vinculada a la democracia social de masas y las limitaciones del "partidismo"[16](sistema de partidos). Puede hablarse de agonía del Estado liberal, mostrando su incapacidad de instaurar un gobierno viable y eficaz. El Estado moderno se pretende transformar a través de una

---

[14] K. LARENZ, *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado* (1935), (traducción y escrito preliminar de E. Galán Gutiérrez y A. Truyol Serra, con prólogo de L. Legaz Lacambra), Edersa, Madrid, 1942, pp.24 y 25. Defiende una "idea nacional del Estado": "La idea nacional del Estado no es un producto de la teoría, sino una realidad viva. La renovación política del pueblo alemán, a diferencia de la Revolución francesa, no ha arrancado de una teoría filosófico-política, sino que fue sostenida por la fuerza informadora de una vivencia de comunidad a la que el Führer dio realidad y forma. El conocimiento filosófico se ha emparejado, simplemente, al devenir de la nueva idea del Estado, y se halla por consiguiente todavía al comienzo de su tarea" (p. 153). Su visión de las relaciones entre pueblo y Estado están mediatizadas por la concepción nacionalsocialista, observa –partiendo de una cita del *Mein Kampf* de Adolf Hitler- que "la idea nacional del Estado tiene como presupuesto la voluntad de lo político, la voluntad del Estado. Un pueblo que se haya conformado con llevar una existencia apolítica, meramente económica o meramente cultural, verbigracia, no se encuentra maduro aún para la idea nacional del Estado, tenga o no, por lo demás, conciencia de su peculiaridad... En el Estado educativo nacionalsocialista..., la política es preferentemente arte educativo y toda educación es política" (pp. 163 y 164). Por otra parte, "La teoría del espíritu del pueblo, rectamente comprendida, conduce, pues, también por lo que respecta al Derecho, a las formas representativas y a los conceptos que han sido puestos de relieve por la ciencia jurídica alemana nacionalsocialista, dándoles de esta suerte su base filosófica" (p.191). Entiende, que "la idea y la realización políticas del nacionalsocialismo han consistido en hacer posible otra vez una unidad y totalidad auténticas en la comunidad total de la vida del pueblo. El Estado nacionalsocialista, edificado sobre el principio del "Führer" no es, pues, ni democracia ni dictadura, sino la auténtica superación de ambas, que arranca del espíritu de una época histórica" (p. 225).

[15] H. HELLER, *Europa y el fascismo*, op. cit., "Nota Preliminar" (LIX-LX) y capítulo I. Afirma que "el Estado europeo arrastra en la actualidad una crisis difícil y peligrosa; su forma y su contenido necesitan renovarse con urgencia. Aparte del bolchevismo, cuyos planes de revolución mundial están muy aquietados, el principal modelo que se ofrece a nosotros para esta reforma total es el fascismo. Es atendiendo a ese clima o ambiente de época como analiza el "experimento" nuevo en expansión. Le interesa a Heller no sólo analizar la estructura del nuevo Estado, sino también lo que llama "el mundo espiritual de cuyo seno ha nacido y sobre el cual descansa" (LIX-LX). Es lo cierto que el Führer y su séquito, pronto dejaría de ser el simple agitador nacionalista, el orador hábil indispensable, para convertirse en el gran catalizador de un movimiento fascista que engulliría todas las reservas de la extrema derecha alemana. Es lo que observa F. GALLEGO, *De Múnich a Auschwitz. Una historia del nazismo, 1919-1945*, Plaza y Janés editores, Barcelona, 2001, p. 133.

[16] H. HELLER, *Europa y el fascismo*, op. cit., (capitulo I).

constitución corporativa de la sociedad ("Estado gremial" o el "Estado corporativo"), pero ésta tiene un significado muy distinto para el movimiento obrero revolucionario, para el reformismo socialista y para los patronos y círculos católicos. El problema continúa residiendo en cómo se forma la unidad política en la pluralidad de asociaciones de intereses económicos. El problema es que el Estado corporativo, al servicio de la idea corporativa, si se construye de arriba abajo y no de abajo arriba, la pretensión de que gobiernen los mejores tendrá que trocarse fatalmente en su contraria: en una dictadura profundamente orgánica, necesariamente centralista y sin continuidad orgánica, en tanto que carezca de un cosmos de valores estáticos y sociológicamente efectivos. Es una Dictadura que busca establecer un sistema de decisión basado en la eficacia técnica. Lúcidamente (anticipándose con ello a análisis posteriores), Heller pone de manifiesto la reacción: la filosofía vitalista, y entiende que esa reacción que representa la filosofía de la vida habrá de interpretarse, por tanto, como el cambio súbito, profundo, de una generación. Es común a la nueva generación el espíritu heroico, antiburgués. A la necesidad natural se contrapone una libertad nueva; a la seguridad, el peligro; a la ley, la violencia», y observa que constituiría un error funesto creer que la derecha y la izquierda extrema están acordes en una ideología formal de la violencia; eso sólo es el resultado de que ambas tropiezan con situaciones políticas que no pueden modificar por la vía jurídica. Más bien ocurre que toda la generación espiritual de la posguerra no quiere ya creer que el proceso político esté dominado por leyes que la razón explica y pone en vigencia. No le reconoce a la razón ni eficacia política ni bondad moral. Por el contrario exalta el poder irracional. En esa estela se sitúa Sorel[17], pero también Carl Schmitt. Éste, partiendo del sorelismo francés, del nacionalismo y del catolicismo, ataca en brillantes escritos a la democracia liberal, y declara muerto espiritual e históricamente al parlamentarismo y, asimismo, proclama como democracia la dictadura fascista. En Alemania ese movimiento de reacción es complejo:

[17] H. HELLER, *Europa y el fascismo*, op. cit. Destaca la influencia del pensamiento de Jorge Sorel, como reflejo de la impregnación de ideas revolucionarias en la filosofía irracionalista. Al parlamentarismo palabrero contrapondrá Sorel la proletarización activa, simbolizada en el mito de la huelga general. Critica el parlamentarismo y con él a todas las democráticas reformas sociales. Heller subraya que para comprender a Sorel y a sus adeptos tiene importancia primordial su teoría del mito de la huelga general. Al cual critica severamente. Así, por ejemplo, observa que más fácil es que el desilusionado poeta de los mitos, que cifraba la salvación en la violencia por la violencia, indiferente a que su forma fuese la revolución social o una guerra nacionalista, se sintiera más afín del poeta de la *Action française* (Maurras) que de los obreros franceses.

La reacción contra la democracia social de masas, formada en la historia del espíritu nacional de Alemania, va unas veces unida a una renovación de las ideas románticas, y otras cifra su ideal en el Renacimiento, en la antigüedad o en la Edad Media germánica[18]. Para Heller toda la filosofía de la vida no puede producir una seria renovación de los contenidos políticos porque coloca en el mismo plano al ser y al deber ser, presuponiendo una ingenuidad primitiva que ella misma no tiene, pero que quisiera tener. La filosofía de la vida no puede convertirse en "Ley viviente" del orden político. Son funestas las consecuencias políticas a que llega todo irracionalismo sin normas[19]. Es una posición intelectual incapaz de renovar los contenidos políticos, pero sí destruirlos, y que sólo deja tras de sí un caos sin ley formativa[20].

Es a partir de aquí donde afronta la reflexión sobre la renovación fascista de los contenidos políticos. Bajo la influencia del pensamiento de Sorel[21] y de Pareto, Mussolini se apartaría del socialismo, pero su motivo no

---

[18] H. HELLER, *Europa y el fascismo*, op. cit. Realiza un análisis conciso pero enormemente clarificador del influyente pensamiento de autores como Oswald Spengler y su crítica durísima al Estado democrático y a la "masa" a la cual califica como "un empeoramiento progresivo de la especie" humana. Véase también, H. HELLER, *Ideas políticas contemporáneas*, (estudio preliminar de J.L.Monereo Pérez), Comares, Granada, 2004.

Es importante retener, en todo caso, que en la discusión sobre la dictadura totalitaria, que es una "especie" del género dictadura, ha permanecido en la sombra la dictadura *sic et simpliciter*, que es el "género". Hasta tal punto es así, que se puede decir que falta una teoría general de la dictadura. La laguna es grande, resultando verdaderamente paradójico que mientras que las dictaduras han prosperado en mundo contemporáneo nuestro dominio cognoscitivo del fenómeno es muy limitado. Cfr. G. SARTORI, *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza Editorial, 2005, pp. 71 y 72. De ello derivan límites importantes de la reflexión, ya que la obra más completa sobre el tema de la dictadura-género sigue siendo, paradójicamente, la de C. SCHMITT, *La dictadura*, Madrid, Alianza Editorial, 1999. La dificultad tiene motivos adicionales derivados de la complejidad. Se constata desde hace tiempo la ausencia de una reflexión profunda, donde el "apocalipsis" del fascismo contemporáneo todavía precisa de un esfuerzo mayor para ser dominado retrospectivamente por el pensamiento crítico. Véase L. DUMONT, *Ensayos sobre el individualismo. Una perspectiva antropológica sobre la ideología moderna,* Alianza editorial, Madrid, 1987, (capitulo 6: "La enfermedad totalitaria"), p. 157.

[19] Más allá de algunos excesos de imputación de culpas sigue siendo útil es estudio de G. LUKÁCS, *El asalto a la razón*, (1953), Grijalbo, Barcelona, 1972.

[20] Ello es así porque si no establece una relación con lo absoluto y sin una idea de Derecho que ligue a los individuos, clases y naciones, la filosofía de la vida, como el positivismo del siglo XIX, no podrá nunca convertirse en "ley viviente" del orden político. Cfr. H. HELLER, *Europa y el fascismo*, op. cit.

[21] Véase la sección de textos de G. SOREL, *El marxismo de Marx*, (edición de J. I. Lacasta Zabalza), Talasa Ediciones, Madrid, 1992, su obra *Reflexiones sobre la violencia*, Francisco Beltrán, Madrid, 1934, y el estudio de G. SAVAGNONE, *Georges Sorel. Reflexiones sobre la violencia*, Editorial Magisterio Español, Madrid, 1987. Sobre el pensamiento de Georges

fue una idea, sino su "temperamento" y su objetivo la instauración de una forma de Estado totalitario reflejado en la fórmula célebre: nada fuera del Estado, nada contra el Estado, todo por el Estado[22]. Heller apreció ese elemento de irracionalidad y oportunismo político en la ideología fascista: en el fascismo todas las ideas no eran más que disfraces ideológicos de una voluntad irracional, que en la lucha eternamente igual y ciega de las élites utilizaba la ideología más eficaz en cada momento y lugar para conquistar el poder[23]. Aunque ello no significa, por supuesto, que el fascismo no pretendiese tener una concepción del mundo propia que oponer al liberalismo y al socialismo[24]. El fascismo ya en el poder mantiene esa táctica política oportunista y flexible: el acto precede siempre a la norma; y se afirma, por tanto, que "nuestro programa es muy sencillo: queremos gobernar Italia", decía Mussolini en su discurso de Udine, en 20 de septiembre de 1922.

Pero paulatinamente el fascismo percibe la necesidad de dotarse de un programa. Es un programa nacionalista adaptado al fascismo, ni nuevo, ni específicamente fascista, que ya fue desarrollado por la contrarrevolución francesa y por los románticos alemanes, y que contiene tantas dosis de "sorelismo" como es compatible con el estatismo más radical. El eje del

---

Sorel, la revisión antimaterialista, la ideología mítica y su influencia en la síntesis fascista, consúltese Z. STERNHELL, M. SZNAJDER y M. ASHERI,: *El nacimiento de la ideología fascista*, Siglo veintiuno de España Editores, Madrid, 1994, pp. 47 y ss., especialmente.

[22] El Estado totalitario impone su dominación, por intermediación de la técnica, sobre la existencia humana.

[23] El oportunismo era instrumental a la conquista del poder: Si aspiraba a conquistar el poder, no podía tener un programa, porque para hablar como los filósofos vitalistas, él era la vida que fluía irracionalmente, nunca la vida racional petrificada, una actividad por la actividad, una especie del *art pour l'art* en el terreno político. Bastan estas consideraciones para verificar lo que le deben los análisis posteriores a Heller sin reconocimiento a su aportación analítica del fenómeno fascista y sus raíces más hondas. Según Sartori, las dictaduras pueden definirse como sistema de duración discontinua o intermitente, en los cuales ningún principio preestablecido de sucesión es considerado como vinculante por sus sucesores y en los cuales, por consiguiente, no existe ninguna garantía de continuidad y por lo tanto ninguna certidumbre. Las dictaduras siguen siendo sistemas de *facto* (más que de *iure*) en los cuales rige únicamente una constitución en sentido material en su estado fluido.

[24] En el mismo *Mein Kampf*, se da una indicación precisa acerca del lugar ocupado por la ideología dentro del movimiento, pues en este libro Hitler explica que la violencia por sí sola es impotente para destruir una concepción del mundo dominante, y que hay que oponerle por tanto otra concepción alternativa y aglutinante, esto es, sería necesario una concepción propia (una ideología al servicio de una organización de la fuerza) para acabar con el bolchevismo y liberalismo. Véase L. DUMONT, *Ensayos sobre el individualismo. Una perspectiva antropológica sobre la ideología moderna,* Alianza editorial, Madrid, 1987, (capítulo 6: "La enfermedad totalitaria"), p. 168.

sistema de todo programa nacionalista es el endiosamiento del Estado, en el cual por lo regular se identifica el Estado con la Nación. Desde la marcha sobre Roma se identifica Estado y Nación y se equipara Gobierno y Partido. El Estado corporativo pretendía una perfecta unidad y recíproca dependencia de todos los grupos e individuos en el seno del Estado nacional, lo cual aparece expresado en la teoría del Estado como organismo, oficialmente promulgada. Así la "Carta del Lavoro" codifica esta teoría del siguiente modo: "La nación italiana es un organismo con fines propios y con medios de vida y de acción más poderosos y duraderos que los individuos aislados o disgregados en los grupos de que se compone la nación. Es una unidad moral, política y económica, que se encuentra perfectamente realizada en el Estado fascista". Según la doctrina nacional fascista, tanto en el liberalismo como en el democratismo y el socialismo, el individuo era el fin y la comunidad el medio. El fascismo invierte esta relación y reduce al individuo al papel de instrumento de los fines sociales (Rocco, que fue el que ideó el proceso legislativo que destruyó el Estado de Derecho). Ello conecta con la importante función que desempeña la teoría del organismo en la dictadura fascista. Hace notar que la concepción fascista tiene que rechazar con especial interés la teoría de la soberanía del pueblo, que se pretende sustituir por la teoría de la soberanía del Estado. Lo cierto es que el poder de decisión sobre todo el territorio reside de hecho en el dictador. En cierto sentido se puede decir que en la dictadura existe un poder prácticamente ilimitado, porque no existen verdaderos límites de una Constitución precedente efectiva, ni tampoco existe una división de poderes real. Ostenta inicialmente un poder constituyente y, con el orden nuevo poder instaurado, el poder constituido tiene una capacidad de modificar discrecionalmente el orden constitucional y de fijar sus condiciones de existencia (incluida la posible decisión de instalarse en la excepción). El fascismo se plantea el problema de la legitimación en valores difusos, que no se concretan con la triada autoridad (u orden), disciplina y jerarquía. En negativo se proclama que el fascismo es la antítesis rotunda, categórica y definitiva de los principios de 1789. Pero sólo en negativo.

El fascismo se empeña en aparecer como una revolución moral que haga realidad el "Estado ético". Pero objeta que el fascismo solo es compatible con la ética de la violencia. No obstante, el tránsito de Mussolini al nacionalismo significó, a la vez, la integración de esta ética de la violencia, sin rumbo, por la estática relativa de la razón de Estado nacionalista. La ética nacionalista era la moral de la violencia en la época del gran capitalismo, la ética brutal y rapaz de una política que se llamaba realista. El fascismo reserva para el dictador superhombre y para una pequeña élite el monopolio de la razón de Estado. Para la teoría nacional fascista, el Estado

nacional debe ser el Estado totalitario, el que abarque las manifestaciones de la vida: nada fuera del Estado, nada contra el Estado, todo para el Estado. El fascismo es la «religión de la patria». Para Mussolini el mito es fe, pasión. No es preciso que sea realidad: nuestro mito es la nación, afirmaba[25]. Postula la integración total del individuo el Estado. Junto al mito nacionalista el régimen fascista utilizó la religión católica y una enseñanza ideológicamente sesgada[26].

Mostrando, de nuevo, esa profundidad de comprensión de sentido y de análisis del fenómeno, y sin incurrir en las frecuentes simplificaciones de las posiciones de izquierda o de derecha de su tiempo, Heller aprecia en el fascismo una debilidad de construcción interior: le falta, lo mismo que al positivismo crítico contemporáneo, la fe en una normatividad cualquiera, y asimismo para el fascismo el Derecho es una forma adaptable a cualquier contenido, que debe su vigencia a una situación de fuerza, "causal", hoy distinta que mañana. El fascismo acentúa la actividad sin normas, mientras que el positivismo la norma sin contenido. El oportunismo ideológico y valorativo del fascismo, "cínicamente destructor" y reflejo de "un ocaso espiritual e histórico"[27].

El fascismo pretendía una renovación de las formas políticas. Postulando su carácter revolucionario quería instaurar la dictadura y suprimir el Estado de Derecho con su división de poderes y sus garantías fundamentales. Es manifiesto que su presupuesto fue una efectiva crisis de la democracia liberal en Italia, debilidad del régimen parlamentario que facilitó el éxito de la "marcha sobre Roma". El fascismo (tanto en Italia como en los demás países que sucumbieron a la barbarie) se alimentó de la vulnerabilidad y fragilidad de la democracia liberal respecto a los movimientos y los partidos totalitarios de masas. Pero constata que en Italia nadie ha contribuido más que Mussolini a instaurar el desorden, antes y después de la

---

[25] H. HELLER.: "¿Estado de Derecho o Dictadura?", en H. HELLER: *Europa y el fascismo*, op. cit., p. 125.

[26] H. HELLER: *Europa y el fascismo*, op. cit. Afirma que no hay quizá en la historia del espíritu un experimento más interesante políticamente que ese injerto inorgánico del catolicismo en el antiguo Estado pagano del fascismo. Pero, matiza, "la Iglesia sabe perfectamente lo que significa para ella el abrazo mortal e impetuoso de Mussolini. Mucho mejor aún que los fascistas, sabe el Vaticano que el catolicismo y el fascismo son inconciliables".

[27] H. HELLER, *Europa y el fascismo*, op. cit. Kelsen construía su visión de la democracia con base a una posición ético-relativista, que impidiese una absolutización de la verdad. Véase J. L. MONEREO PÉREZ,: "La democracia en el pensamiento de Kelsen", estudio preliminar a H. KELSEN: *Esencia y valor de la democracia*, Comares, Granada, 2002.

guerra; y contribuir a socavar los factores de legitimidad del sistema democrático de masas[28]. Heller realiza una defensa del Estado de Derecho frente a la dictadura: El Estado democrático de Derecho es mejor que la dictadura. No es menester en absoluto acudir para probarlo a la realidad italiana de la dictadura fascista y añadir a eso que es allí regla general el más deshonesto enriquecimiento de autoridades superiores y supremas del Estado. Es así que para quien conozca la condición humana resulta evidente que el poder de los mandos de la dictadura, exento de toda fiscalización, llevará siempre a tales resultados. En el Estado democrático de Derecho cada uno de los partidos rivales tiene el máximo interés en descubrir la corrupción de los otros[29]. Expediente habitual en la Dictadura es fundar su legitimación en una descalificación sistemática de las que califica como libertades fundamentales "burguesas" propias del Estado democrático de Derecho[30]. Su conclusión es ya contundente e inequívoca: frente al Estado de Derecho, resuelto a sujetar a su imperio a la economía, la Dictadura no dispone de otro medio que la violencia torpemente enmascarada por la ideología[31]. Es más: el Estado de Derecho debe penetrar en la esfera de la economía, pues la sumisión de la economía a las leyes bajo el Estado de Derecho no es otra cosa que el sometimiento de los medios a los fines de la vida, y con ello, la condición previa para una renovación de nuestra cultura[32]. En el dilema entre Dictadura fascista y Estado social de Derecho, debe recaer la decisión política fundamental a favor de este último[33].

---

[28] Heller hace notar que ante el debilitamiento de los socialistas, la intervención de Mussolini se produjo cuando los obreros habían abandonado las fábricas sin la menor violencia y el peligro del bolchevismo desapareció apenas iniciado.

[29] H. HELLER: "¿Estado de Derecho o Dictadura?", en H. HELLER, *Europa y el fascismo*, op. cit., p. 127.

[30] H. HELLER: "¿Estado de Derecho o Dictadura?", op. cit., p. 131.

[31] H. HELLER.: "¿Estado de Derecho o Dictadura?", op. cit., p. 133.

[32] H. HELLER: "¿Estado de Derecho o Dictadura?", op. cit., p. 134 y 135.

[33] Es el caso harto significativo de Heller, quien pudo afirmar de modo inquietante que la crítica de Carl Schmitt a la doctrina dominante (de la soberanía) ha puesto al desnudo, sin duda, las profundas raíces de sus límites como teoría jurídica, contraponiendo el decisionismo a la confianza racionalista en la ley. Desde este punto de vista, la crítica de Schmitt tiene indudablemente un carácter definitivo, y en muchos aspectos ha guiado el presente trabajo. Sin embargo esta observación no le lleva a una identificación con el pensamiento de Carl Schmitt, como es patente en H. HELLER, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, (traducción y estudio preliminar de Mario de la Cueva), FCE, México, 1995, especialmente pp. 153 y ss. Es cierto que afirma que su crítica a la doctrina dominante de la soberanía "es, sin género de duda, concluyente y, en muchos aspectos, nos ha servido de modelo". Ahora bien, a reglón seguido puntualiza: "Pero en su concepción de la soberanía, aún cuando hiciéramos a un lado su insuficiencia en el campo del derecho internacional, es contradictoria e insostenible" (p.154). A partir de aquí trata de

En verdad, a Giolitti (1842-1925, partidario de una política liberal-democrática, aunque en 1922 dio un voto de confianza al gobierno de Mussolini, pero se opuso después en el Parlamento a las leyes de excepción de 1925, fecha en la que murió) la ocupación inicial de las fábricas le sirvió para triunfar sin violencia. Cuando Mussolini marchó sobre Roma, estaba tan relajado –y neutralizado en su lógica operativa- el Estado de Derecho, que sin perder la apariencia de legalidad pudo el fascismo cómodamente alojarse en él. A pesar de lo que declaró el 26 de octubre de 1922, en el discurso pronunciado ante el Senado el 12 de mayo de 1928, afirmó que "la Constitución ya no existe". Entonces la dictadura se sirvió instrumentándolo del positivismo formalista, en el sentido de que todo Estado es un Estado de Derecho, porque todo Estado tiene que ser un orden y todos los actos del Estado son actos jurídicos[34]. Pero el fascismo no sólo se apropió de algunos postulados del positivismo, sino que además, y desde mi punto de vista es algo que debió realzar Heller, distorsionándolo en no poco de sus postulados, como por cierto acabó haciendo con casi todas las concepciones que se "apropiaba" incorporándolas a su propio discurso y praxis política.

En realidad, si hay una característica común indudable en todas esas dictaduras europeas (incluida la dictadura bolchevique) y sus ideologías esta es la negación del Estado de Derecho y sus presupuestos esenciales[35]. El resultado es la destrucción del Estado de Derecho[36]. Rompiendo

---

desvelar el fondo político autoritario (que es realmente totalitario) de Carl Schmitt, que le parece criticable en ese plano. Heller concluye su análisis crítico indicando que: Después de todo lo expuesto, estamos en aptitud de afirmar que al decisionismo de Carlos Schmitt se le debe reconocer el mérito de haber considerado, con razones excelentes y en oposición a la doctrina imperante en nuestros días, que el problema de la soberanía es el problema de la decisión mediante una individualidad de voluntad. Pero Schmitt, que en términos generales ve en el estado una dictadura de la voluntad, no ha podido, como tampoco lo logró Kelsen en su defensa del estado de derecho liberal racionalista, descubrir una unidad de voluntad como sujeto de la soberanía: la teoría pura de la soberanía del derecho del jefe de la Escuela vienesa no puede captar el significado esencial de la decisión individual para el derecho positivo; en tanto la doctrina de la soberanía del órgano desconoce el papel decisivo que corresponde a las normas jurídicas fundamentales sobre la individualidad de voluntad soberna» (p. 158).

[34] Heller vuelve a ser extraordinariamente severo con el positivismo de Kelsen, pues afirma a continuación: "Puede que la teoría formalista democrática del Estado no incurra nunca en contradicciones lógicas, pero políticamente será siempre, quizás involuntariamente, el auxiliar más eficaz de la dictadura". Cfr. H. HELLER.: *Europa y el fascismo*, cit., p. 66.

[35] H. HELLER: "¿Estado de Derecho o Dictadura?" (1929), op. cit, p.125. En este ensayo realiza una defensa del Estado de derecho.

[36] Según Heller en el Estado de derecho debe el acto seguir a la norma. Pero el fascismo en el cual el acto precede siempre a la norma, no lo hizo en ningún sentido y pudo así

con el principio de la división funcional de poderes del Estado, el fascismo puede afirmar la supremacía del poder ejecutivo, tanto en lo formal como en la práctica política concreta: La ley de 24 de diciembre de 1925, en pugna con la Constitución albertina, declara al dictador soberano absoluto del Gabinete, los ministros son responsables ante él, él mismo dirige sus trabajos y resuelve sus diferencias. El Gabinete, lo mismo que el Gran Consejo, no es más que una prolongación de la voluntad del dictador. El dictador asume en sus manos todo el poder ejecutivo, a fin de conseguir la unidad espiritual entre funciones y Gobierno de la Nación. El Estado fascista acentúa el rasgo típico de toda dictadura, a saber: tiene que gobernar en sentido centralizador, es decir, concentrar en un cuerpo central la mayor parte posible de la actividad del Estado. El Senado y la Cámara de Diputados son instrumentos ciegos de la dictadura[37]. Lo demuestra ya la forma de su nombramiento, puesto que, en realidad, los miembros de ambas Cámaras son nombrados por el dictador[38]. Reclamando la excepción imprevisible el poder ejecutivo se impuso a la Constitución formal, legislando sistemáticamente a través de decretos excepcionales, lo que le permitió sustituir en gran parte al legislativo. El resultado es una "máscara parlamentaria" que encubre la dictadura fuerte. Heller critica la idea schmittiana de que el régimen fascista italiano de partido único[39] pueda ser considerado como una especie de "democracia cesarista", determinante de la legitimidad "democrática" de su carácter plebiscitario (el plebiscito de la ley fascista de 17 de mayo de 1928 no sería antidemocrático, sino más democrático que los métodos de sufragio individual secreto, que con sus carácter privado e individualista pondría en peligro las instituciones políticas fundamentales).

---

desterrar al Estado de derecho. La norma sin voluntad fue sustituida por la voluntad sin norma, y el derecho sin fuerza, por la fuerza sin derecho, que es seguramente la lección más impresionante que legará el fascismo al Estado de derecho europeo.

[37] Véase las importantes reflexiones sobre el poder realizada por G. FERRERO, *El poder. Los Genios invisibles de la Ciudad*, Tecnos, Madrid, 1991, y B. DE JOUVENEL: *El poder. Historia Natural de su crecimiento*, Editora Nacional, Madrid, 1956.

[38] Señala que el Parlamento es una simple máquina sancionadora, obligada a aprobar el presupuesto y sin facultad para rechazar una proposición de Mussolini. Las mismas funciones legislativas del Parlamento son puramente decorativas, puesto que los cuatro artículos de la Ley de 31 de de enero de 1926 ha borrado la distinción entre el Poder ejecutivo y el legislativo, concediendo al dictador la facultad de establecer derecho material sin la cooperación del Parlamento. Cfr. H. HELLER, *Europa y el fascismo*, op. cit.

[39] Heller acometerá más adelante el tratamiento del "Estado de partido único". Véase, H. HELLER, *Europa y el fascismo*, op. cit., pp. 79 y ss.

En cierto modo, se daba carta de naturaleza a una especie de "Constitución extraordinaria o de emergencia". Este tipo de Constitución facilita la acción libre de gobierno, atenuando la imperatividad normativa a favor de un mayor espacio de discrecionalidad. En Italia y Alemania, entre las dos guerras mundiales, se generalizó dicha Constitución de emergencia, integrando una típica etapa del "desmontaje del Estado constitucional". Tras de ella se daría entrada en poco tiempo a la instauración de los Estados totalitarios, donde el poder excepcional de la dictadura se hace más permanente, y con ello la supresión del Estado constitucional. Tanto en el fascismo como en el nacionalsocialismo el líder acabó por ostentar un poder constitucional exorbitante; en el sentido de que es discrecional, amplio, total, libre e independiente y prácticamente ilimitado. Reúne todo el poder fundamental. El Estado totalitario puede decirse, en cierto sentido, que tiene una Constitución, pero en la lógica propia de un «ordenamiento puramente existencial» –se ha podido hablar de una Constitución "fáctica" o "real"-. Es una Constitución en sentido sociológico, entendida como la estructura característica del poder, la forma concreta de existencia y de actividad del Estado[40]; o, en la terminología de Carl Schmitt, la concreta situación de conjunto de la unidad política y de ordenamiento social[41]. Ahora bien: no es esta "Constitución real" sino la llamada "Constitución política" la que se oponía a la Constitución normativa (propia del Estado liberal de Derecho)[42]. La idea de Constitución política se utilizó como mecanismo de desvalorización de lo normativo, de manera que la Constitución acaba por perder su sentido y eficacia como ley fundamental.

El Estado totalitario del fascismo utilizaría sistemáticamente las técnicas propias de legislar del llamado "Derecho de la emergencia", mediante las cuales es permitido apartarse de la Constitución y suspenderla en su vigencia. Con base a la situación de excepción se incide en el pensamiento "existencialista" o manifiestamente "político". Es lo existencial lo que recla-

---

[40] H. HELLER.: *Teoría del Estado* (edición y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez "La teoría político-jurídica de Hermann Heller"), Comares, Granada, 2004.

[41] C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982.

[42] Werner Kägi define la "Constitución política" como "ordenamiento básico" del Estado que resulta de "fuerzas espirituales", de la configuración fáctica del pueblo, de las leyes fundamentales de la organización estatal, de la nueva decisión fundamental y del liderazgo, es decir, un concepto que aúna en una forma no del todo clara existencia, ideología y elementos normativos y decisionistas. Pretendía suprimir la antinomia entre norma abstracta y realidad concreta. W. KÄGI, *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, (estudio preliminar de F. Fernández Segado), Dykinson, Madrid, 2005, p.145, y en general, capítulo.5, pp.143 y ss.

ma su predominio sobre lo normativo y la adaptabilidad de lo general a la particular. La Constitución queda así fuertemente limitada y debilitada; un debilitamiento de la supremacía del Derecho sobre el interés del Estado Totalitario. Pero en esta forma de Estado, el debilitamiento del orden constitucional se acompaña de un desplazamiento del centro de gravedad hacia el poder ejecutivo, que persigue aumentar discrecionalmente su espacio de actuación y de reglamentación autónoma. Es la idea del Estado ejecutivo la que predomina sobre las de Estado legislativo y Estado judicial. En los Estados totalitarios se produce un progresivo avance del gobierno como titular esencial del poder político, tendiendo a emanciparse de lo normativo. Un camino utilizado es el reclamo del estado de excepción que facilita esa emancipación del gobierno respecto de lo normativo, concentrándose el poder estatal en el poder ejecutivo[43]. El Estado fascista es una «forma de Estado de excepción». El Estado fascista es una forma crítica de Estado y de régimen, que se corresponde a una crisis eminentemente política: crisis del bloque en el poder, pero debe observarse igualmente que el proceso de "fascistización" enlaza con una crisis ideológica de la clase trabajadora y de sus organizaciones de defensa e identidad colectiva[44]. En realidad, con independencia de la perspectiva que se adopte, es evidente que el Estado nazi era un Estado excepcional[45]. La tendencia, en ellos inherente, a la

---

[43] Carl Schmitt había defendido la instauración de un estado de excepción constitucional capaz de instaurar un Estado fuerte legitimado por su eficacia en la adopción de la decisión en atención a las exigencias de la situación crítica planteada. Véase R. CRISTI: *Carl Schmitt and authoritarian liberalism,* University Wales Press, Cardiff, 1998.

[44] Dejando a salvo los excesos de unilateralismo en la relevancia determinista del factor de clase, puede ser ilustrativo el análisis de N. POULANTZAS, *Fascismo y dictadura. La III Internacional frente al fascismo*, Siglo XXI, 3ª ed., Madrid, 1973.

[45] Esto es así tanto desde el punto de vista general y de sentido común, como desde una perspectiva más técnica y compleja. El sentido común hace pensar que un Estado que pudo empujar al mundo a la guerra y asesinar a seis millones de judíos no era un Estado corriente o normal. Ahora bien, donde se discrepa es en la determinación de la naturaleza, el grado y las causas precisas de su excepcionalidad. Ian Kershaw ha distinguido tres grandes grupos de enfoques interpretativos: liberal, marxista y estructuralista o funcionalista (estructural-funcionalista). Véase ampliamente I. KERSHAW, *The Nazi Dictatorship. Problems and Perspectives of Interpretation*, Londres, 1985; y la revisión posterior en su ensayo I. KERSHAW, "The Nazi State: an Excepcional State?", *Nex Left Reviw*, nº 176, July-August 1989, pp. 44 a 67, traducido al castellano, "El Estado nazi: ¿Un Estado excepcional?", en *Zona Abierta*, nº. 53 (1989), pp.119 a 148. En su opinión la excepcionalidad del Estado nazi no sólo ha de ser mantenida en las condiciones que permitieron que llega al poder un *outsider* como Hitler, al frente de una fuerza política poco común, sino también en el carácter extraordinario, en un Estado capitalista moderno, del tipo de poder que ejerció. Esto culminó gradualmente en el predominio de objetivos puramente ideológicos que, en el fondo, iban en contra de la reproducción del orden socioeconómico y, de hecho, del propio sistema político. No sólo la des-

politización total, comporta el desmontaje de la Constitución normativa. En el Estado totalitario es el poder el que es objeto de apropiación particular y excluyente, desvirtuando la idea del poder democrático como poder limitado, reglado y contingente. Es así que el totalitarismo es la forma particular en la que se despliega el despotismo en la sociedad moderna. De ahí su pretensión de abarcarlo todo[46] y estar en posesión en la política de una verdad excluyente. Las garantías jurídicas y los derechos fundamentales dejan de ser atributos del espacio público democrático. En los regímenes fascistas el proceso fue facilitado por la pérdida de eficacia del sistema simbólico de la democracia y del vacío real del poder. Entonces la dictadura se presenta como la portadora de la restauración del orden en representa-

---

trucción a gran escala, sino la autodestrucción eran verosímilmente inmanentes al "sistema" de poder nazi (pp 145 y 146). Más problemática puede resultar su reflexión posterior, cuando afirma que "si Hinderburg no hubiera confiado al poder en enero de 1933 a Hitler sino a una dictadura militar, y si dicho régimen hubiera permanecido en el poder (lo cual es intrínsecamente dudoso), casi con seguridad se habrían puesto en práctica una política exterior revisionista y alguna forma de discriminación racial, especialmente contra los judíos. Pero con cualquier persona distinta a Hitler como jefe del gobierno alemán, las posibilidades de guerra europea generalizada habrían disminuido en gran medida. Y sin Hitler, apenas puede concebirse que la discriminación contra los judíos hubiera conducido al asesinato de millones de ellos en la "solución final". Advierte que "Esta especulación no pretende personalizar la "culpa" en Hitler, sino sugerir que la excepcionalidad del Estado nazi no puede separarse de la excepcionalidad de la figura de su líder. Sin embargo, esa excepcionalidad reside menos en el hecho de que Hitler fuera un individuo extraordinario y extraño que en la forma característica de autoridad política que encarnaba y en su impacto corrosivo en el Estado más avanzado económica y culturalmente de Europa» (pp. 147 y 148). Puede consultarse, igualmente, su excelente biografía de Hitler, I. KERSHAW, *Hitler, 1889-1936,* Península, Barcelona, 1999, especialmente pp. 425 y ss. ("La fabricación del dictador"), y 489 ss ("La consolidación del poder total").

[46] Véase C. J. FRIEDRICH. (ed.): *Totalitarianism*, Mass, Harvard University Press, Cambridge 1954; G. SARTORI: *Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1988, (capítulo VII: "Lo que no es la democracia"), pp. 225 y ss., el cual, por cierto, reconoce que la palabra "totalitarismo" apareció por vez primera en 1925 y, como el autoritarismo, fue inventada por el fascismo, pero entiende que el fascismo en Italia era un caso evidente de dictadura autoritaria –mucho más que una "simple dictadura", pero mucho menos que un Estado totalitario. El caso era muy distinto en la Alemania de Hitler. Ningún autor italiano relevante que vivió la experiencia del fascismo consideró seriamente el fascismo como totalitarismo (p. 240). Destaca que la modernidad del totalitarismo es la modernidad de la tecnología, que simultáneamente sustenta y permite una extensión y penetración totalitarias del poder. Por otra parte, el totalitarismo expresa la ideologización de la política, siendo así que la modernidad del totalitarismo es paralela a la modernidad de una ideologización parecida a la religión ("religión política"). Apunta también que la característica definitoria principal de la forma de gobierno totalitaria (desde la visión del totalitarismo como tipo polar o tipo ideal de la variedad polar) es su total extensión y penetración. De este modo, la dictadura totalitaria es una variante del género dictadura (p. 254).

ción unitaria y sin fisuras de un pueblo simbólicamente unido y homogéneo, esto es con identidad real y sin divisiones internas ("ficción del pueblo-uno")[47]. El Estado totalitario es una expresión orgánica de la misma sociedad homogéneamente constituida.

Pero lo que singulariza la ruptura de las garantías propias del Estado de Derecho no es sólo el reforzamiento del poder ejecutivo, sino también la pérdida de independencia que el Poder judicial tiene en el Estado de Derecho. Cuando el dictador concentra en sus manos el Poder legislativo y cuando todas las normas jurídicas superiores emanan más o menos exclusivamente de su voluntad, el juez no depende ya de las leyes, sino de la voluntad actual del dictador y, por tanto, la administración de justicia es también dictatorial. Por lo demás, la pérdida de independencia se reflejaba en los procedimientos de nombramiento y cese: el Real decreto de 3 de mayo de 1923 autorizó al Gobierno a destituir sin previa sentencia judicial a cualquier juez cuando «hubiera mermado el prestigio o la autoridad necesaria para el debido cumplimiento de sus obligaciones, y la ley de 24 de diciembre de 1925, de funcionarios, derogó las garantías relativas a la independencia de los jueces[48]. El Gobierno podía destituir –como así lo hizo en numerosas ocasiones- a todos los jueces sin ajustarse a los procedimientos legales, cuando "por su manifestaciones, dentro o fuera del cargo, no ofrecieran garantía absoluta de cumplir fielmente sus deberes o se pusiere en contradicción incompatible con la política general del gobierno". Además, el artículo 7º de la Ley de 25 de noviembre de 1926, para la Defensa del Estado creó una especie de justicia dictatorial en Italia, en cuanto instituyó un tribunal especial para juzgar los delitos políticos.

---

[47] Véase CL. LEFORT: *La invención democrática*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1990.

[48] En el Estado Nazi fue muy importante el compromiso activo –con independencia de las reformas legales del nazismo que se aprobaron, y que también fueron acríticamente aceptadas- de la ciencia del Derecho y de la praxis judicial en la época nacionalsocialista. En tal sentido, los numerosos análisis sobre el desarrollo de la jurisprudencia, sobre todo en el Derecho civil y en el Derecho penal entre 1933 y 1945, prueban el estrecho entrecruzamiento entre la interpretación jurídica científica (literaria) fervorosamente realizada en la orientación de la ideología nazi y la disposición de acomodación de la praxis judicial. Los jueces se desviaron inicialmente de la legislación vigente y proclamaron nuevas fuentes e ideas jurídicas (por ejemplo la voluntad del "Führer", el programa del partido o "el sano sentido del pueblo") como "derecho superior válido". Su jurisprudencia obedeció irreflexivamente a la ideología dominante, en lugar de someterse a la legislación válida. Esto llevó a una interpretación sin límites y sin sujeción a la ley. Es lo cierto que las armas para ese cambio de sentido de la interpretación fueron forjadas por la teoría; la praxis judicial las hizo suyas y las transformó en realidad del "Estado total" y de la "guerra total". Véase B: RÜTHERS, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 50 y ss.

La dictadura se reafirma, por otra parte, mediante el cuestionamiento del conjunto de derechos y libertades fundamentales que caracterizan al Estado de Derecho. La afirmación de sí misma obliga a toda dictadura a suprimir o desvirtuar todos los derechos fundamentales: libertad de pensamiento, de expresión y de información, de prensa, derecho al sufragio, derecho a la intimidad personal e inviolabilidad del domicilio, igualdad ante la ley, etcétera. Respecto a este derecho fundamental básico en el Estado de Derecho, constata que el Estado fascista parte del principio de que todos los actos del Estado tienen que conceder preeminencia a los miembros del partido fascista, que representan la élite; o que en las disposiciones sobre suministro de trabajo de 6 de diciembre de 1928, el art. 21 establece, por ejemplo, que los patronos está obligados a elegir los trabajadores que necesiten entre los incluidos en los registros legales de las fuerzas de trabajo, dando la preferencia a los que pertenecen al partido o a los sindicatos fascistas, o hayan tomado parte en la guerra (decreto de 6 de diciembre de 1928, art. 21; "Carta del Lavoro", art.XXIII)[49]. También el Estado fascista suprimió el régimen de igualdad en la admisión a los cargos públicos, y en general todo un sistema de arbitrariedad que infringe el principio de igualdad del Estado de Derecho. En particular, el Estado fascista monopolizó la prensa «como medio más importante de formar la opinión pública», bien por la violencia, bien por el dinero, y en último término, por la vía legal. En realidad la doctrina nacional-socialista excluye la identificación del Estado de Derecho con la Ley. El Estado se somete al Derecho y no a la Ley, de manera que «el principio de juridicidad sustituyó al de legalidad». El nacional-socialismo excluía en cierta medida al positivismo jurídico. El Derecho se establece con independencia del legislador y de la ley, por el solo hecho de existencia de la comunidad del pueblo, toda vez que constituye el ordenamiento vital del pueblo, mediante el cual su permanencia y desarrollo quedan asegurados. El Estado está directamente sometido al Derecho popular, toda vez que éste es anterior y exterior a la Ley[50].

---

[49] A cuyo tenor, "Las oficinas de colocación a base paritaria están sometidas al control de los órganos corporativos del Estado. Los patronos deben contratar sus obreros entre las personas inscritas en las listas de estas oficinas; tienen la facultad de escogerlos de estas listas, dando preferencia a los miembros del partido y de los sindicatos fascistas y según la antigüedad de la inscripción".

[50] Véase R. BONNARD: *El Derecho y el Estado en la Doctrina Nacional-Socialista*, (2ª ed., corregida y aumentada), Bosch, Barcelona, 1950, pp.208 y ss., especialmente. La crítica severa y sin concesiones al Derecho nacionalsocialista realizada por G: RADBRUCH: *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*, Abeledo-Prerot, Buenos Aires, 1962. Observa que "de ninguna manera es derecho todo "lo que al pueblo aprovecha", sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, sólo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser

justicia". Debe trazarse un línea más exacta entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas aún a pesar de su contenido injusto. Empero se puede efectuar una delimitación con toda exactitud: donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto, sin que carece más bien de toda naturaleza jurídica. Pues no se puede definir el derecho, aun el derecho positivo, de otra manera que como un orden o institución que por su propio sentido está determinado a servir a la justicia (pp. 36 a 38). Por otra parte, se ha de realzar que la nacionalsocialismo tenía una visión del hombre sesgada donde prevalecía en el plano jurídico un escalonamiento de las capacidades jurídicas (hasta neutralizar para algunos la idea de personalidad) y el concepto de «camarada». Para el régimen jurídico-político nazi, el individuo es una función de condicionante social en la que entraba en juego la fórmula: "Tú no eres nada; tu patria lo es todo". Ello se tradujo en un alejamiento del concepto ilustrado-burgués de persona especialmente a través del Derecho público, y los primeros en sufrirlo fueron los judíos, los comunistas y otras corrientes de izquierda, que pronto quedarían marginados, también jurídicamente. La *Reichsbürgergesetz*, Ley de ciudadanía del Reich, de 15 de septiembre de 1935 establecía que: "Es miembro del Estado quien pertenece a la unión para la defensa del Reich alemán, y por ello está especialmente obligado con él" (párrafo 1º). En cuanto a la nacionalidad, la Ley regulaba en su párrafo 2ª el «Derecho de ciudadano del Reich», indicando que "Es ciudadano del Reich únicamente el nacional de sangre alemana o afín, que demuestre con su comportamiento que desea y es apto para servir con lealtad al pueblo y al Reich alemanes". Mientras que, hasta entonces, la nacionalidad se adquiría generalmente por origen, el Derecho de ciudadanía del Reich la fundamentaría en el otorgamiento de la carta de ciudadanía, lo que propiciaba no sólo en la práctica política, sino también en la letra de la Ley, dos grupos de nacionales que poseían derechos y deberes diferentes y también distinta capacidad jurídica. Volvió a estar vigente en Derecho el sistema de capacidades jurídicas escalonadas, superado desde la desaparición del Estado corporativo. Todos veían con claridad que no se quería prescindir de ellos como fuerza de trabajo ni como contribuyentes, pero se adoptaron los derechos políticos de cooperación, precisamente contra ellos al clasificarlos como ciudadanos de segunda clase. Por otra parte, resultaba obvio en el texto de la Ley de ciudadanía del Reich que esta reforma era susceptible de ampliación, que el sistema clasificatorio se iba a depurar para poder aplicarlo también a los no judíos, lo que hacia innecesaria cualquier nueva ley para aplastar con sus postulados a los enemigos políticos, a lo masones, a los investigadores de la Biblia, a los cristianos incómodos, etc. Además, el ámbito de las "no-personas" (o de capacidad limitada) se amplió notablemente al quedar sometidas al dominio de Hitler grandes cantidades de extranjeros como consecuencia de los éxitos militares de los primeros años de guerra. De este modo, los ciudadanos de segunda clase se convirtieron en *Untermenschen* (infrahombres), y rápidamente la definición iusnaturalista de la noción de persona fue neutralizada. En el Proyecto de Código de Derecho Nacional de 1942, prácticamente había desaparecido el concepto de persona, y en su lugar aparecía *der Volksgenosse* (el camarada), y se afirmaba que "El primer deber de todo camarada es contribuir con todas sus energías a favor de la comunidad nacional. Todo camarada tendrá aseguradas sus posibilidades vitales y de desarrollo personal en consonancia con su trabajo profesional y su rendimiento. Su fuerza de trabajo y el producto de éste, gozan de la protección del orden jurídico". En la doctrina nacionalsocialista la "interdicción de la posición del camarada" fue el instrumento técnico-jurídico idóneo para poner en práctica el sistema de capacidad jurídica escalonada. Esa degradación civil la provocaba el juez de lo penal mediante sentencia que declaraba al acusado "deshonrado" y le convertía en indigno de participar en la vida jurídica. Cfr. H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del Derecho civil. Introducción histórico-dogmáti-*

Es paradigmático también el modelo de Derecho penal del régimen del nazismo. Autores como Kirchheimer y Radbruch, pondrían de manifiesto, desde la tradición del socialismo democrático, la subordinación de la justicia penal a las exigencias políticas e ideológicas del Estado, tanto en el aspecto propiamente represivo como en la defensa del racismo. En realidad, este razonamiento se inscribía en una reflexión más amplia y extraordinariamente lúcida de Gustav Radbruch, ante el curso de los acontecimientos, sobre el dilema existente entre un Derecho penal «autoritario» o "social"[51]. Reprocha a las reformas del Derecho penal del momento histórico marcado por el intento reformador del Derecho penal nacionalsocialista que en ellas "resta sólo el elemento autoritario, mientras desaparece completamente el rasgo social"[52].

Interesa anotar, por otra parte, que el Derecho nazi reflejó su talante autoritario al intentar desmantelar las garantías propias del Estado de De-

---

ca, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 24 a 26. Ello era también una consecuencia de la aplicación de la teoría del "Estado total", forma de Estado que en el régimen nazi representaba la total entrega de cada individuo a la nación, eliminado o neutralizando el carácter privado de la existencia del individuo. Véase, desde su defensa, el discípulo de Carl Schmitt, F. FORSTHOFF, *Der totale Staat*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1933. Según Forsthoff, tanto en su presencia y conducta públicas como dentro de la familia y de la comunidad doméstica cada individuo responde ante el destino de la nación. No se trata, afirma, de que sea esencial que al Estado le esté permitido penetrar con leyes y órdenes hasta en los más pequeños espacios de la vida del pueblo, sino de que el Estado puede exigir responsabilidad, puede pedir cuentas al individuo que no subordinada completamente su destino personal al de la nación (p. 42). El régimen totalitario nazi permitiría, así, distinguir entre amigo y enemigo. En el Estado totalitario no se permite que surjan en su interior fuerzas enemigas o disgredadoras del Estado. Véase C. SCHMITT, *El concepto de lo político*, (versión española de Rafael Agapito), Alianza, 1991, Madrid, pp. 49 y ss. También, y más específicamente, C. SCHMITT, *Starker Staat und gesunde Wirtschaft (Estado fuerte y economía sana)*, en la recopilación, *Staat, GroBraum*, Nomos. *Arbeiten aus den Jahren 1916-1969,* Duncker & Humblot, Berlín, 1995, pp. 71 a 91.

[51] Véase su ensayo G. RADBRUCH, "¿Derecho penal autoritario o social?", en *El hombre en el Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 75 a 93. (Este artículo apareció en el Tomo X, de *Gesellschaft*, cuaderno 3, marzo 1933. La revista fue rápidamente prohibida a causa de ello). También, su ensayo "La idea educativa en el Derecho Penal", en la misma obra citada, pp. 61 a 74. Sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo, consúltese F. MUÑOZ CONDE,: *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudio sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª ed., revisada, Tirant lo blanch, Valencia, 2003. Véase también L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo* penal (traducción de P. Andrés Ibañez y otros), Trotta, Madrid, 1995, especialmente, pp.40 y ss., 97 y ss., y 274 y ss.

[52] Véase al respecto J. L. MONEREO PÉREZ: "Estado y democracia en Otto Kirhheimer", estudio preliminar a O. KIRCHHEIMER, *Justicia* política. *Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, Comares, Granada, 2001.

recho y absorber el Derecho privado en el Derecho público, negando la esfera de autonomía individual y colectiva en la vida del Derecho[53], en el marco de una racionalidad tecnológica, aunque no llegó nunca a afirmar que el orden totalitario del nazismo fuese posprivado (que era la opinión de Pollock). En este sentido se observó que la "racionalidad no significa que haya normas aplicables universalmente cuyas consecuencias pudieran ser calculadas por aquellos a quienes afectan. Racionalidad aquí significa solamente que todo el aparato legal y de implementación de la ley está exclusivamente al servicio de quienes gobiernan"[54]. La aspiración a dejar atrás las crisis de la modernidad, en su versión racionalista y democrática, a través de la creación de un Estado nuevo y de una nueva civilización, basadas en la primacía totalitaria de la política y en la subordinación del individuo a la colectividad nacional[55].

En todo ello también, frente a las pretensiones de otros intelectuales de países europeos sobre la supuesta respetabilidad del nuevo régimen fascista, Heller lleva a cabo una crítica decididamente demoledora de sus presupuestos, basada en una estudio "in situ", de campo y con aportación de todo lujo de argumentos políticos y jurídicos.

Heller mantuvo una posición antifascista, cuya plasmación se realiza precisamente en su obra «Europa und der Faschismus» (1931), la cual refleja un análisis directo sobre el régimen fascista de Mussolini (Heller

---

[53] Es significativo el intento de disolución en la doctrina jurídica nacional-socialista de la noción de derecho subjetivo. Véase, ampliamente, M. LA TORRE, La "lotta contro il diritto soggettivo". *Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Giuffrè, Milán, 1988.

[54] O. KIRCHHEIMER.: "The Legal Order of National Socialism", en *SPSS*, IX, 3 (1941), reimpreso en *Politics, Law and Social Change*, por donde se cita, p. 99.

[55] El planteamiento llegó a alcanzar a negar la idea misma de derecho subjetivo (en un sentido distinto a autores como León Duguit lo habían hecho anteriormente): Se afirmó que "No teniendo ya personalidad individual, los individuos tampoco pueden pretender poseer derechos subjetivos. Sin embargo, vista su personalidad comunitaria, los mismos ostentan la situación jurídica de miembro de la comunidad. La meritada situación está constituida por los deberes que les incumben, a fin de ejercer sus funciones en la repetida comunidad. Al no poseer derecho alguno, no tiene tampoco a su disposición ninguna vía de derecho que asegure la propia protección. La intervención jurisdiccional sólo puede funcionar en provecho de la comunidad. El derecho ya no es el ordenamiento de gobierno establecido para los individuos y a su provecho, a fin de regular sus relaciones. El derecho el ordenamiento vital de la comunidad, que tiende a asegurar la vida y el desarrollo de aquélla... el nacional-socialismo preconiza la eliminación del individuo, así como la desaparición del mismo en el mundo jurídico público. Al parecer le considera como algo esencialmente nocivo para los altos fines de la Historia". Cfr. R. BONNALD, *El Derecho y el Estado en la doctrina Nacional-socialista*, (2ª ed., corregida y aumentada, traducción de J. Mª. Pi Suñer), Bosch, 1950, Barcelona, p. 242 y 243.

viajó a Italia para conocer personalmente el régimen fascista). El contexto de la reflexión era la crisis de las democracias de masas de la época de entreguerras. Después de la Primera Guerra Mundial se percibe entre el ambiente intelectual y cotidiano[56] de la época de Weimar que se está ante una verdadera crisis civilizatoria. No se puede negar que es un libro que se antoja problemático dado que junto a la crítica severa al régimen fascista, Heller también destaca su idea de orden y una cierta coherencia interna del sistema en cuestión. Pero de ahí a la aceptación del Estado autoritario antidemocrático existe una gran distancia que nunca recorrió Hermann Heller. Él afirma su aprobación al "Estado autoritario tanto por motivos socialistas como político-nacionales". Es de hacer notar el contexto argumentativo en el cual se inserta la reflexión de Heller. En tal sentido observa que "para nosotros, socialistas alemanes, la meta de cualquier revisión constitucional se determina por medios de tres puntos rectores indiscutibles: mediante la supremacía autoritaria del Estado sobre la sociedad, en particular sobre la economía, mediante el origen democrático de la autoridad política y mediante límites precisos de la autoridad estatal". En su opinión es una forma de dominio, cuya legitimidad y condiciones de ejercicio reside en su aprobación por el pueblo. La democracia no suprime el poder de dominación, sino que lo legitima. Participa de una concepción elitista de la democracia, donde la masa elige a los líderes como modo de formalizar (desde el punto de vista jurídico y político) su propia existencia. Pero los líderes no pueden substraerse al principio mayoritario y discursivo que impone el sistema democrático[57].

Es más, realza que como fundamento de legitimación de la organización autoritaria del Estado «hacemos valer sólo al pueblo», al pueblo como

---

[56] Resulta muy significativa la recreación (desde la inmediación ya que la obra se publicó en 1929) del ambiente de una época crítica (aunque en parábola) la novela de A. DÖBLIN, *Berlín Alexanderplatz*, Bruguera, Barcelona, 1982. En ella se refleja la angustia y alienación del individuo en la "masa". Donde el enemigo está en el ambiente. Todo ello en la atmósfera obsesiva de la vida berlinesa en su continuo fluir. Döblin contempla Berlín como una ciudad de perdición del individuo, próxima a la catástrofe. La novela se desarrolla en los barrios proletarios del Berlín oriental, algunos de sus capítulos se desarrollan en los bajos fondos berlineses. En eso guarda relación la "*La opera de cuatro cuartos*" de Brecht/Weill, cuyo estreno berlinés se produjo el 31 de agosto de 1928. Ambas obras están emparentadas por su crítica social y su actitud artística. En ella el hombre común de nuestro tiempo naufraga y se pierde; la corrupción de los valores, que flota en el aire de sus calles, le empuja a la ruina y a la culpa de las que no sabe escapar. Así se anuncia, con intuición de artista, aquel tipo de hombre que el nazismo conduciría a horribles absurdos.

[57] Puede verse sobre las condiciones de la democracia discursiva y deliberativa, J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.

portador de determinados valores que posibilitan la cultura, y no como masa de opiniones e intereses arbitrarios… Combatimos la dictadura y la impostura fascista de una "democracia plebiscitaria", porque estas formas de dominio significarían la completa inhabilitación civil del pueblo, la imposibilidad de toda educación política propia; consideramos un sinsentido "la genialidad del gobierno «como institución constitucional»". Por ello, indica que "así como no queremos prescindir de la legitimidad democrática, de igual manera tampoco queremos estar privados bajo ninguna circunstancia de la legalidad del Estado de Derecho en una Constitución alemana. Deseamos el Estado autoritario, pero luchamos contra el Estado total". Se trata de "transformar el Estado liberal en un Estado socialista de derecho, pero no de eliminar el Estado de derecho en general"[58]. Ha de tomarse en consideración las complejas relaciones entre democracia y dictadura[59]. No

[58] H. HELLER, *Metas y límites de una reforma de la constitución Alemana*, en H. HELLER, *El sentido de la política y otros escritos*, op. cit., pp. 69 a 74.

[59] Franz Neumann sintetizó esas relaciones: 1. Las dictaduras pueden ser instrumento de la democracia. Pero esto se refiere a las dictaduras de emergencia, con funciones similares a las del tipo romano clásico, que es preferible clasificar como una especie de magistratura. 2. Las dictaduras pueden ser la preparación para la democracia. Entonces podemos hablar de una dictadura educativa (sic.). 3. Las dictaduras pueden ser la negación misma de la democracia y en este caso constituyen un sistema totalmente regresivo. Cfr. F. NEUMANN, *El Estado democrático y el Estado autoritario*, Buenos Aires, 1968, p.233. Según Mussolini, "el fascismo se opone a la democracia, que confunde al pueblo con la mayoría, rebajándolo al nivel de los más; pero el fascismo es la más franca de las democracias, toda vez que se conciba al pueblo, como debe concebírselo, cualitativamente, y no cuantitativamente, como la idea más poderosa por ser más moral, más coherente, más verdadera, que se traduce en el pueblo como consciencia y voluntad de pocos, antes bien, de Uno, y como ideal tiende a concretarse en la consciencia y en la voluntad de todos. Es decir, de todos aquellos que, por naturaleza e historia, son llevados étnicamente a constituir una nación, siguiendo la misma línea de desarrollo y de formación espiritual, como una consciencia y una voluntad sola». Cfr. C. A. BIGGINI, *Significación político-jurídica de la Codificación Mussoliniana*, Conferencia pronunciada el día 20 de noviembre de 1941, en Madrid, en la inauguración del año académico del Instituto de Cultura Italiana, Ediciones del Instituto de Cultura Italiana, 1942-XX, Madrid, p. 18. El fascismo ataca a todo el conjunto de las ideologías democráticas… El fascismo niega que el número, por el solo hecho de ser número, pueda dirigir a las sociedades humanas; niega que el tal número pueda gobernar mediante una consultación periódica; afirma la desigualdad irremediable, fecunda y beneficiosa de los hombres, que no pueden nivelarse por medio de un hecho mecánico y extrínseco como es el sufragio universal. Pueden definirse como regímenes democráticos aquellos en los cuales, de cuando en cuando, se da al pueblo la ilusión de ser soberano, mientras que la verdadera y efectiva soberanía reside en otras fuerzas, a veces irresponsables y secretas. La democracia es un régimen sin rey, pero con muchísimos reyes a veces más exclusivos, tiránicos y ruinosos que un solo rey que sea también tirano…". Cfr. C. A. BIGGINI, *Significación político-jurídica de la Codificación Mussoliniana*, op. cit. pp.36 y 37. "Pero, si la democracia puede ser entendida diversamente, vale decir, si por democracia ha de tenderse no rechazar al pueblo al margen del Estado, con

obstante, en las condiciones de la democracia moderna, se puede afirmar que toda dictadura tiende a convertirse en una dictadura totalitaria y a entrañar la negación de la democracia misma[60].

Entiende que el fascismo no constituye una tercera vía eficaz entre el capitalismo y el socialismo, capaz de superar con una nueva ideología mítica la lucha de clases. El objetivo de su monografía «Europa y el Fascismo» (1931) era precisamente «deslegitimar esta concepción de una posible tercera vía», evidenciando su vinculación al orden económico y sociológico del capitalismo y sus debilidades como ideología política. Pero infravaloró su capacidad para la movilización de las masas en Italia y en Alemania, porque entendió que se trataba de una forma más de Estado autoritario paternalista al que no alcanzaba la cualidad de Estado total. En dicho libro destaca el carácter antiliberal del fascismo, contraponiendo a la triada libertad, igualdad y fraternidad, la triada autoridad (orden), disciplina y jerarquía. A partir de ahí, realiza una crítica al intento de renovación del pensamiento fascista de los contenidos políticos, en el marco de un análisis nada superficial. En cierto modo se trata de la refundación sobre nuevas bases de la Europa burguesa, pero manteniendo sustancialmente intacto los presupuestos objetivos del capitalismo moderno, como respuesta a la crisis del Estado liberal de Derecho. Se produce una cierta transición de la Europa burguesa liberal a la Europa corporativa autoritaria. Es lo cierto que la historia de la estabilización que sigue a 1918 no puede describirse como una congelación política o una simple reacción: fue una década de reestructuración y renovación del capitalismo, en una época de desgaste del régimen liberal.

---

toda legitimidad, quien esto escribe pudo definir al fascismo como una "democracia organizada, centralizada, autoritaria". Cfr. C. A. BIGGINI, *Significación político-jurídica de la Codificación Mussoliniana,* op. cit., p. 39.

[60] F. NEUMANN, *El Estado democrático y el Estado autoritario*, Buenos Aires, 1968, pp.233 y 234. Neumann afronta el problema de la dictadura y del fascismo en términos de relaciones entre las clases (pp. 235 y ss.); y ampliamente, su excelentes obras F. NEUMANN, *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, FCE, México, 1983 y *Il diritto del lavoro fra democracia e dittatura,* Il Mulino, Bologna, 1983. El autor había relacionado el fenómeno fascista con el proceso de modernización, indicando que el totalitarismo, aun cuando no constituye un fenómeno nuevo, está determinado en su forma moderna por los rasgos de una sociedad industrial. El industrialismo moderno es ambivalente desde el punto de vista político porque contiene e intensifica dos tendencias opuestas de la sociedad moderna: la tendencia hacia la libertad y la tendencia hacia la represión. En general los sociólogos definen esto como el problema del "rezago moral", sosteniendo que las crecientes potencialidades de la tecnología moderna dejan atrás el progreso de la "moralidad". Esto puede o no ser cierto, pero, en su opinión, no constituye el factor decisivo (p. 236). En una perspectiva de conjunto, puede consultarse también, J. HERF, *Modernismo reaccionario. Tecnología, cultura y política en Weimar y el tercer Reich*, FCE; México, 1990.

En ese período la incapacidad para reestablecer una mayoría de centro estable produjo en Italia no sólo un giro hacia la derecha, sino además la destrucción del régimen parlamentario. Esta situación se produjo tanto a partir del deterioro interno del liberalismo como de las conquistas que se le fueron imponiendo desde fuera. No preparadas para consentir en una democratización política efectiva del orden existente y para compartir el poder de los gobiernos locales, las fábricas, o los campos, distintos grupos y personalidades influyentes aceptaron y patrocinaron la destrucción de la legalidad y la violencia fascista. El fracaso del liberalismo y de la revolución democrática manifestó las tensiones particulares del país: su fragmentación ideológica y social, la inadecuación de una política de parcialidad para lograr el control de un Estado moderno, pero ásperamente dividido, la centralización vulnerable y llena de grietas del sistema administrativo. Por último, la victoria política del fascismo se apoyaría en otra condición adicional que hay que destacar, a saber: un continuo sociopolítico entre ciudad y campo en las regiones especialmente proclives a la irrupción del fascismo[61]. El fascismo pretende una unificación de la sociedad en crisis, a través de la movilización de las masas, el ideario nacionalista y la estatización de la sociedad. Constituye un complejo sistema de dominación autoritario, no limitado a la reacción antiliberal y anticomunista[62]. El régimen fascista respondía así a las exigencias contradictorias de disgregación del Orden político y jurídico y a la recomposición de la unidad perdida. Es también cierto que en no pocos casos las pretendidas visiones objetivistas, e incluso neutrales, a menudo no lo son tanto, pueden ocultar (más allá de que ello sea o no deseado) la relevancia de las ideologías y de los factores políticos de clase y de poder económicos[63]. Lo que no parece servir es un análisis

---

[61] Véase C. S. MAIER, *La refundación de la Europa Burguesa. Estabilización en Francia, Alemania e Italia en la década posterior a la I Guerra Mundial*, MTSS, Madrid, 1988, especialmente pp.391 y ss.

[62] Desde el ala izquierda de la socialdemocracia se insistió en que el fascismo era una forma totalitaria que se correspondía con los objetivos defensivos y de expansión del capitalismo monopolista. Véase F. NEUMANN, *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo* (1942), FCE, México, 1943.

[63] Ahora bien, algunos análisis renovadores sobre el pensamiento fascista, como es el caso de De Felice no dejan de ser en cierto modo criticables por su visión no siempre crítica. Se ha señalado al respecto que cuando se hizo evidente que De Felice no era tan hostil al Duce como la cultura de la izquierda, el laboratorio biográfico pasó a convertirse en un imán para fascistas supervivientes que le otorgaron libre acceso a sus documentos y diarios. Es más, se afirma, a De Felice, como intérprete de Mussolini, hay que leerlo con mucha precaución. Sobre todo en los últimos volúmenes de su obra, en los que procura a menudo exculpar al Duce y se muestra ferozmente despectivo con lo que a él le gustaba calificar como la superficialidad periodística del "tópico antifascista". Quien esto afirma es el autor de una de

unidimensional del tipo fascismo fase superior de las contradicciones del capitalismo, ni tampoco del fascismo como desajuste moral de una sociedad compleja como aproximación funcionalista al problema.

El fascismo, arguye Heller, es una ideología de orden y armonización impuesta de las contradicciones y conflictos sociales. El fascismo encuentra su caldo de cultivo en la desestabilización producida por la pérdida de control de la "cuestión social" y de los resortes del orden establecido por parte de un Estado de Derecho Liberal en crisis ante su falta de adaptación a la democracia de masas. Responde al "miedo" ante la pérdida de la "edad de la seguridad" burguesa del período precedente. Es, así, como dentro del mismo orden económico-social del capitalismo surge el régimen fascista o de Estado autoritario. Esta situación sería exponente del precario triunfo de la democracia de masas, lo cual favorecería la posibilidad interna del fascismo. De ahí que el fascismo debe comprender a partir de sus presupuestos: del reto al régimen liberal en cuanto que forma de vida política específica en todas partes, reto llevado a cabo por el intento de revolución bolchevique después de la Primera Guerra Mundial[64]. En gran medida este es una de los elementos subyacente a la crítica de Hermann Heller en su libro «Europa y el Fascismo», dentro del esquema de análisis y modo de ver de la socialdemocracia. El sistema liberal había fracaso respecto a la instauración de un orden de paz duradero y reproducible continuamente.

---

los más completos estudios biográficos y contextuales realizados sobre Mussolini. Se trata de R. J. BBOSWORTH, *Mussolini*, Ediciones Península, Barcelona, 2003, p.19. Resulta problemática, por ejemplo, la idea de De Felice de un fascismo poseído por dos almas opuestas, el "movimiento fascista" radical y el "régimen fascista" conservador, que Mussolini siguiese manteniendo una relación con ambos indica que su versión del fascismo, más que escindida entre moderación y revolución, estaba edificada a partir de ambos elementos y se basaba en ellos, pese a que eran claramente contradictorios. Mussolini, en su preferencia por la táctica sobre la estrategia y su tendencia a limitarse a la mera "política", había decidido no elegir entre esta o aquella definición «básica» del fascismo (o de su propio personaje). La cuestión fundamental de Mussolini y de su régimen es que fue, y tenía que ser, conservador y radical al mismo tiempo. Se puede pensar que esa doble versión constituye una singularidad del fascismo italiano. El "fascismo no abrió en ningún sentido serio una tercera vía hacia el futuro entre el capitalismo liberal y el socialismo de Estado" (pp. 25 a 27). Esa distinción entre "fascismo movimiento" y "fascismo régimen", que es el resultado de la acción política de Mussolini en el poder en un esfuerzo de identidad y cohesión interna del fascismo, había sido formulada por A. LYTTELTON *La conquista del potere. Il fascismo dal 1919 al 1929*, Bari, 1974, p. 610.

[64] Puede consultarse el siempre sugerente y controvertido estudio de E. NOLTE, *La crisis del sistema liberal y los movimientos fascistas,* Ediciones Península, Barcelona, pp. 7 y ss. Véase también R. KÜHNL, *Liberalismo y fascismo: dos formas de dominio burgués*, Fontanella, Barcelona, 1978.

Con todo, el fascismo nace de las entrañas del régimen liberal y no pone en cuestión los pilares fundamentales del modo de producción del capitalismo y de su organización jurídica e institucional.

Para Heller las tensiones propias de la democracia moderna (democracia de masas) sólo pueden ser neutralizadas a través de la instauración de una forma de Estado social de Derecho. Ante la situación crítica Heller no postula la instauración de una dictadura decisionista, sino la plasmación de una forma de Estado al mismo tiempo integrador y decisorio. Aprecia el papel de la «decisión» político-jurídica pero la inserta en una visión integradora del Estado democrático[65], donde el poder se formaliza y, por consiguiente, se autolimita y se funcionaliza. Una condición esencial es que el Estado adquiera una cierta autonomía respecto de las demás esferas de la sociedad, y especialmente respecto de la esfera económica que debe estar subordinada y sometida a la esfera del gobierno político. La democratización exige una independencia efectiva del poder político frente a las fuerzas económicas privadas, para lo cual precisa realizar un control democrático sobre las actividades económicas[66]. El decisionismo político que defiende, no enlaza con la situación de excepción schmittiana sino con la consideración del Estado como detentador de un poder de decisión firme al servicio de los individuos que integran la comunidad política delimitada histórica y especialmente. Por ello para Heller el Estado es una unidad de voluntad real que encarna por representación la soberanía del pueblo[67]. Por ello puede hablarse en Heller de un "decisionismo débil" (por contraposición al "fuerte" postulado por Schmitt, "en cuya época decisionista, defendía un tipo de decisionismo puro, radicalmente ajeno a la esfera de discusión"), porque no se contrapone a una racionalidad político-jurídica correspondiente a un orden de normalidad normativa en el cuadro de unas reglas de juego democráticamente establecidas. Desde este punto de vista, el Estado puede ser una forma organizada de decisión de una comunidad política, reflejo de su integración.

---

[65] Ello se refleja especialmente en sus últimos ensayos, como «La ciencia política «(1934) y «La teoría del Estado» (1934), aunque ya venía apuntado en lo que podría denominarse decisionismo democrático mantenido en una de sus obras mayores, *La Soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal internacional* (1927), FCE; México, 1995. Esas tensiones eran percibidas con particular intensidad por autores como R. LUXEMBURGO (*Reforma o revolución*, Grijalbo, Barcelona, 1974) y K. KORSCH, "Socialismo y reforma social", en *Escritos políticos*, vol.I, Folios Ediciones, México, 1982, pp.52 y ss.

[66] Véase H. HELLER, "Metas y límites de una reforma de la constitución alemana" (1931), en *El sentido de la política y otros ensayos*, Pre-textos, Valencia, 1996, p. 70, "El poder político", en la misma recopilación, pp .79 a 81.

[67] Cfr. H. HELLER, *La soberanía…*, op. cit., pp.153 y ss.

Él pensaba que las situaciones de conflicto social podían resolverse a través de un sistema de valores compartidos y de un sistema democrático de reglas de juego. La «realidad política» del Estado-poder (el Estado es para Heller una realidad de poder) no se opone a una forma de democracia basada en el consenso y en el pacto social. El consenso no se contrapone necesariamente a decisión. La lógica del poder (y del conflicto subyacente) y la lógica del consenso (pacto) están siempre presentes y en permanente tensión en las relaciones sociales[68]. En sociedades pluralistas[69], el Estado se constituye en instancia de decisión y mediación entre criterios de valores y grupos sociales en conflicto (función de mediación representativa entre los distintos intereses sociales), teniendo que buscarse constantemente puntos de encuentro y de compromiso: soluciones de compromiso aceptables por todos. De este modo, la legitimidad del poder estatal no reside en su mera realidad existencial (unidad existencial de poder organizado), sino de su efectiva y continuada aceptabilidad social en la sociedad (unidad de decisión normativa). Esa comunidad de voluntad legitima la tarea de la política democrática como organización de oposiciones de voluntad presentes en el entramado social.

Por tanto, su visión de la política y de lo político es distinta a la sustentada por Carl Schmitt. Para Heller, "política" es "la organización y actuación autónoma de la cooperación social en un territorio". Por su parte la calidad de lo político de un poder social "no es algo establecido definitivamente, de una vez para siempre, sino que depende de las circunstancias sociales, especialmente de la mayor o menor homogeneidad social y política del pueblo del Estado, así como de la forma concreta de Estado. En general se califica de político tan sólo al poder que en el Estado dirige o conduce, no al que ejecuta. Según Heller la "esencia de lo político" consiste, precisamente, en la unificación de la voluntad en una sociedad compuesta de muchos individuos y asentada en un territorio[70]. Aunque la teoría política no

---

[68] Véase H. HELLER, *Teoría del Estado*, op. cit, pp. 271 y ss.

[69] La percepción de la sociedad civil por parte de Heller es propia de la concepción del realismo sociopolítico. En su opinión, "la sociedad civil real es una sociedad de clases cuya unión se mantiene mediante el predominio de una de ellas", siendo así que la misma realidad estatal, como organización política de la sociedad, no puede sino corporeizar las estructuras de dominación de clases. Cfr. H. HELLER, *Teoría del Estado*, op. cit. En la democracia moderna se intenta afrontar los conflictos a través del diálogo y el consenso, pero, en una perspectiva de realismo político, de la democracia no puede ignorar que toda forma de Estado es una estructura de dominación.

[70] H. HELLER,"¿Estado de Derecho o Dictadura?", en H. HELLER, *Europa y el fascismo*, cit.,p. 132.

puede ignorar el poder, para Heller la sociedad no debe imperar la lucha de todos contra todos, sino que ha que ha de buscarse una teoría de la autoridad legítima.

En realidad, Heller ofrece en su observadora obra «Europa y el Fascismo» (1931) un estudio político-ideológico y jurídico del fascismo como manifestación sintomática de la crisis de desarrollo de la democracia occidental en la fase del tránsito de la sociedad liberal a la "democracia de masas", y su expresión en la crisis del sistema de ideas preexistente y de las instituciones clásicas de la democracia parlamentaria. Aunque, quizás por razones derivadas de la inmediación histórica (y la consiguiente falta de perspectiva) Heller no acertó a vislumbrar la lúcida observación que más tarde llevaría a cabo Hannah Arendt en sus reflexiones sobre la "banalidad del mal" y quizás una más compleja relación entre legalidad y justicia. Sin desconocer los elementos de racionalización de la ideología fascista y su dimensión utilitarista, a Arendt le preocupa realzar su dimensión irracional y «mecánica»[71]. El fascismo tenía su propia racionalidad instrumental y utilitaria y su política de bienestar "selectivo", como lo demuestra la última

---

[71] Véase H. ARENDT, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Barcelona, 2003. No exento de polémica, como todas las reflexiones lúcidas y atrevidas. Para ARENDT Eichmann en su larga carrera de maldad "nos ha enseñado la lección de la terrible banalidad del mal, ante la que las palabras y el pensamiento se sienten impotentes (Ibidem, p. 366). Esta obra matiza, pero no contradice en lo esencial, la reflexión que realizara en H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1973. Ese enfoque célebre de la "banalidad del mal", donde sobresalían asesinos de perfil gris y comportamiento burocrático-administrativo, fue adelantado en 1940 por V. KLEMPERER: *LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, (traducción de. A. Kovacsics), Círculo de Lectores, Barcelona, 2005. También S. HAFFNER, *Alemania: Jekyll y Hyde. 1939, el nazismo visto desde dentro* (1940), (traducción de M. D. Äbalos), Destino, Barcelona, 2005. Sebastián Haffner, es seudónimo de Raimund Pretzel (1907-1999), exiliado en Londres en 1938, donde se especializó en el análisis de la situación política de una Alemania gobernada por los nazis. Puede consultarse también, en una perspectiva general, E. CANETTI, *Masa y Poder*, Mario Munich, Barcelona, 1988. Véanse también las reflexiones más recientes de R. MATE, *Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política,* Trotta, Madrid, 2003; ID.: *Por los campos de exterminio*, Anthropos, Barcelona, 2003.

Lo que, en verdad, puede ser desconcertante es el inicio de una época de larga duración (en ciertos aspecto todavía continúa) caracterizada por la indiferencia hacia el mal causado que padecen "los otros". Los individuos son deshumanizados y tratados como pertenecientes a una "masa" informe y manipulable. El tipo de discurso simbólico que se utiliza no sólo tiene una función manipuladora sino también de des-construcción de los rasgos humanos de los individuos y colectivos objeto de represión y exterminio. Una reflexión general puede encontrarse en L. WINCKLER,: *La función social del lenguaje fascista*, Ariel, Barcelona, 1979. Winckler se interesa sobre las premisas sociopsicológicas del lenguaje fascista (Ibidem, pp. 107 y ss.).

obra de Gotz Aly (cuyo título más próximo al original es "El Estado popular de Hitler. Robo, guerra racial y socialismo nacional"), donde se pone de relieve la política de satisfacción de masas llevada a cabo por el régimen nazi; pero que también se había aplicado antes con el régimen fascista italiano[72].

2. CARACTERIZACIÓN DEL FASCISMO

2.1. La interpretación de Heller

El Estado fascista se presenta como «Estado corporativo». Ésta sería la nueva forma política encaminada a resolver satisfactoriamente las crisis del Estado de clases, entonces la dictadura estará absolutamente justificada como el medio para conseguir este fin. Si no, no. Señala que nada mermaría al resultado práctico de Mussolini el que la idea del Estado corporativo sindical o gremial no sea original del fascismo. En 1919 no había en Italia un solo partido que no hubiera pretendido de algún modo reformar la Constitución del Estado en un sentido gremial. Se trataba de subordinar o sacrificar ambas clases (el proletariado y la burguesía) a la ley de la producción; esta ley será la que regule la justifica social y constituirá el fundamento del orden del Estado. Es un Estado de productores, basado en la autoridad y disciplina de la producción capitalista. Esa autoridad significa

---

[72] En realidad los excesos duraderos del fascismo sólo fueron posibles contando también con una amplia complicidad entre los miembros del orden establecido (magistrados, funcionarios de policía, oficiales del Ejército y hombres de los negocios). Por otra parte, el fascismo contó con importantes apoyos sociales y tuvo un relativo éxito en la formación de un movimiento compuesto que incluía elementos de todas las clases. Véase R. O. PASTÓN, *Anatomía del fascismo*, Ediciones Península, Barcelona, 2005, pp.29 y ss., y 246. La aceptación de una parte significativa de la población satisfecha es destacada por G. ALY, *La utopía nazi. Cómo Hitler compró a los alemanes* (2005), Crítica, Barcelona, 2006. Se produjo una peculiar vinculación entre política populista, intervención inteligente y asesinatos calculados y selectivos. Se pretendía instaurar una "Gran Alemania fuerte, política, económica y financieramente sana, que sería el primer Estado social del planeta". La idea de promoción social de las masas, impulsada por métodos diversos, pero muy a menudo en detrimento de terceros, forma parte del fondo esencial de las ideas políticas del siglo XX, a las que no era ajeno el nacionalsocialismo. Su concepción racista de la idea igualitaria es perversa, pues si bien el movimiento reivindicaba el convincente propósito –no sólo en Alemania- de asociar la homogeneización social y la nacional, ello estuvo acompañado del desprecio hacia "los otros" y hacia las libertades individuales. En gran medida fue de esa constelación sociopolítica de donde extrajo su energía criminal el Estado hitleriano del pueblo. Se instauró un sistema económico sostenido hasta el final por millones de brazos extranjeros y el pillaje de todo el continente mostrando así sus resultados. El Estado se transformó en una máquina de pillaje.

la dictadura. Pero una dictadura que sobre todo a partir de 1920 adquiere la conformación de una dictadura de clase o de las clases dominantes: desde este momento comenzó Mussolini a apoyarse en las clases poseedoras. El nuevo séquito, que le ayudó, principalmente con medios financieros, estaba formado por la gran industria de Milán y Turín, los propietarios territoriales, los pequeños colonos de la llanura del Po, los pequeños comerciantes y principalmente la clase media intelectual. Esta mezcolanza sociológica favorecía los objetivos políticos y económicos de Mussolini.

Por otra parte, la acentuación exclusiva del interés de la producción sólo servía esencialmente a los intereses de los poseedores de los instrumentos de producción. La pretendida síntesis de nacionalismo y socialismo por el fascismo consiste en que el socialismo desaparece de la ideología fascista y se sustituye por la "generalización del capitalismo". Se establece una organización vertical de los sindicatos y unas estructuras corporativas formadas por los distintos factores de la producción (patronos y obreros) de una rama determinada de la producción, o bien una o varias categorías de empresas. Esa corporación es un órgano de la Administración del Estado (Ley de 3 de abril de 1926, artículos 43 y siguientes). A pesar de la declaración formal del art. III de la "Carta del Lavoro", la organización gremial o sindical no es libre, porque sólo los sindicatos legalmente reconocidos y sometidos al control del Estado tienen el derecho de representar legalmente a todos los grupos de patronos y obreros para los cuales se ha formado el sindicato, de proteger sus intereses frente al Estado y las demás federaciones gremiales, de celebrar contratos colectivos de trabajo, obligatorios para los miembros del grupos, de imponerles cuotas, y de ejercitar las funciones que el interés público les encomiende. Además, sólo estas Federaciones legalmente reconocidas pueden comparecer ante los Tribunales industriales (art.17). En consecuencia, existe un «monopolio sindical, evidentemente fascista». Este monopolio se consagró legalmente por el párrafo primero de la ley de 3 de abril de 1926[73]. Pero aparte de ello, no cabe

[73] Anota que teóricamente, es claro que podían darse otros sindicatos, pero no se les reconocía legalmente, ni pueden representar a sus miembros y en ningún caso desarrollar un trabajo sindical. Además la misma posibilidad de existencia del sindicato se da solamente en teoría. A pesar de esta ley, la Federación general de sindicatos socialista se atrevió a continuar su existencia teórica. La consecuencia de ello fue que el 1 de noviembre de 1926, obedeciendo evidentemente a instrucciones centrales, fueron asaltados, devastados y saqueados los locales de esta Federación en Milán, Turín y Roma. La revista de la Federación fue prohibida el 2 de noviembre por una disposición del Prefecto de Milán, que lleva la misma fecha de 1 de noviembre. Sus activistas fueron condenados a deportación o encarcelados, de manera que dicha Federación de sindicatos no fascista se disolvió «voluntariamente» el 4 de enero de 1927. Cfr. H. HELLER, *Europa y el fascismo*, op. cit.

duda que los sindicatos fascistas tuvieron un alto índice de afiliación y cierto éxito entre las masas. En la dimensión cultural el simbolismo[74] político en la sociedad de masas es un factor esencial en la comprensión del fascismo (y también del nacionalsocialismo)[75].

---

[74] El mito y el simbolismo fascista, en particular nazi, queda perfectamente reflejado en la estética poderosa del documental de Leni Riefenstahl, "El Triunfo de la Voluntad" (Triumph des Willens, 1934, NSDAP-*Reichsleitung*). En él se asiste a todo un espectáculo mítico y épico a servicio de una filosofía fascista extraordinariamente impactante y eficaz, por el impresionante manejo de la técnica y la propaganda de masas.

[75] G. L. MOSSE, *La nacionalización de las masas*, Marcial Pons, Madrid, 2005. El fascismo, antes de convertirse en fuerza política, fue un fenómeno cultural. Sus planteamientos encontraron sus orígenes en la historia europea contemporánea. En este sentido se puede decir que es parte integrante de la historia cultural europea. El fascismo se presentó como un fenómeno de civilización, al encarnar el rechazo en términos absolutos de la cultura política dominante a comienzos del siglo veinte. Rechaza las consecuencias del proceso de modernización en los países europeos; es una rebelión contra la modernidad identificada con el racionalismo, optimismo y humanismo del siglo XVIII. Pero no es propiamente "anticapitalista", ya que respetaba la constitución económica del capitalismo organizado y pretendía, además, aprovechar lo mejor del capitalismo, del desarrollo de la tecnología moderna y del progreso industrial. Se ha advertido, en este orden de ideas, que la revolución fascista pretende cambiar la naturaleza de las relaciones entre el individuo y la colectividad sin que por ello sea necesario romper el motor de la actividad económica –la apetencia de beneficio-, ni abolir sus cimientos –la propiedad privada- o destruir el marco indispensable –a la económica de mercado. Ése es un elemento que constituye una innovación del fascismo: la revolución fascista se sustenta en una economía regida por las leyes del mercado (Z. STERNHELL, M: SZNAJDER, y M: ASHERI,: *El nacimiento de la ideología fascista*, Siglo veintiuno de España Editores, Madrid, 1994, p. 7). El fascismo es "antimaterialista", en lo principal, el pensamiento político y filosófico del fascismo constituye nítidamente un rechazo del materialismo proveniente diversamente del liberalismo y el marxismo (una de cuyas derivaciones fue el socialismo democrático-reformista). Mussolini afirma en 1935 que el fascismo es una revuelta contra "el positivismo materialista del siglo XIX" ("Doctrina del fascismo"). El fascismo es, por otra parte, antiuniversalista a fuerza de exacerbar el nacionalismo; es también irracionalista en rechazo de la Razón Ilustrada. Autores como Ernst Cassirer y Edmund Husserl defenderían, frente al antiuniversalismo de Martin Heidegger, el racionalismo y el universalismo, criticando el nacionalismo dominante desde los valores de la Ilustración (véase E. HUSSERL, *La crise de l'humanité européene et la philosophie*, Republications Paulet, Paris, 1976). Husserl pretendía restaurar la esperanza en el retorno a una intuición absolutamente primordial en el conocimiento y en la victoria sobre el relativismo y el escepticismo. Su meta fue invariablemente la de cómo descubrir el fundamento absolutamente incuestionable del conocimiento; cómo refutar los argumentos de los escépticos, de los relativistas; cómo librarse de la corrosión del psicologismo y del historicismo; cómo alcanzar un fundamento en el conocer. Fue un serio intento de alcanzar las fuentes últimas del conocimiento. Véase, al respecto, L. KOLAKOWSKI, Husserl y la búsqueda de la certeza, Madrid, Alianza, 1983, pp.11-12. En la Crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental, publicada póstumamente en 1954, identifica la crisis de las ciencias con la pérdida de la intencionalidad filosófica, la caída en el naturalismo y, en definitiva, la reducción de la racionalidad a la racionalidad científica. La humanidad tiene que tomar conciencia de que es sujeto, de manera que con nuestra actividad

La creación del "hombre masa" fue una consecuencia necesaria de la industrialización de Europa y el mundo del mito y del simbolismo en el que se movía esa política de masas proporcionó uno de los más efectivos instrumentos de deshumanización. Todo ello pese al hecho de que los hombres veían en el drama de la política, en sus mitos y símbolos[76], la realización de sus anhelos en lo tocante a conseguir un mundo saludable y feliz. En una sociedad como la nuestra, cada vez más compleja, el abandono de la libertad y la responsabilidad nunca ha carecido de atractivos. Una de las innovaciones del fascismo y del nacionalsocialismo (que, no obstante, recogió mucho de la tradición y de los argumentos totalitarios y raciales, que encontraron su culminación en los regímenes fascistas contemporáneos) fue el haber inventado un estilo político nuevo, donde los actos políticos reflejaban la dramatización de los nuevos mitos y cultos, y la mitificación de la voluntad de la masa en acción. Se dio culto al pueblo como unidad sustancial (cuando no orgánica) y a la nación, a la manera de una religión secularizada, que obedecía a unas circunstancias históricas y como particular modo de reacción a una situación de crisis de identidad. No se puede ignorar el atractivo del fascismo como movimiento de masas y el hecho incontestable del gran poder de su atractivo popular. «El fenómeno totalitario moderno ha permitido conjugar en el fascismo, paradójicamente, un fuerte apoyo popular y una política selectiva de violencia y terror sobre una parte relevante de la población»[77]. El fascismo transformó a la multitud en

---

filosófica somos los funcionarios de la humanidad, que contribuyen a que ésta se encuentre permanentemente en situación de autocomprenderse en su continuo desarrollo, no en forma de crecimiento orgánico ciegamente pasivo, sino con libertad autónoma, autocomprendiéndose para no sucumbir al grave peligro del diluvio del escepticismo.

[76] Sobre los mitos sociales y políticos y el pensamiento mítico, véase la influyente obra de G. SOREL, *Reflexiones sobre la violencia*, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1934. Sorel entendía que la agitación de las masas exigía el reclamo de los mitos, un sistema de imágenes que estimulasen la imaginación de las masas. Es evidente que tanto Hitler como Mussolini habían captado y aprendido el inmenso poder que ejercen los símbolos sobre las masas indiferenciadas y acometieron la tarea de dar vida a los mitos que subyacían en el inconsciente colectivo de los pueblos alemán e italiano. El elemento mítico es fácilmente apreciable en A. HITLER, *Mi lucha*, Editorial Antalbe, Barcelona, 1984. Sobre el pensamiento de Georges Sorel, puede consultarse M. DÍEZ GUERRA, *El pensamiento social de Georges Sorel*, IEP, Madrid, 1977.

[77] Para una versión amplia del totalitarismo, véase W. EBENSTEIN, *El totalitarismo*, Aires, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1965. La política totalitaria, tanto del fascismo como del comunismo, se opone a la democracia. El totalitarismo es la esencia misma del fascismo. Toda esfera de la actividad humana queda intensamente afectada por la intervención estatal. Es la máxima de Mussolini: "todo dentro del Estado, nada en contra del Estado, nada fuera del Estado". Véase B. MUSSOLINI, *El fascismo*, Bau Ediciones, Barcelona, 1976.

una fuerza política cohesionada, y el nacionalismo, en su utilización de la nueva política, proporcionó un culto y una liturgia que podrían alcanzar ese propósito. En Alemania e Italia «el ascenso del nacionalismo y de la democracia de masas son los dos factores que estimularon retóricamente el culto al pueblo como religión secular, que proporciona un mecanismo de control social las masas». Los símbolos, la materialización de los mitos populares, proporcionan al pueblo su identidad[78]. Es lo cierto que el pensamiento político fascista y nacionalsocialista no puede juzgarse en función de la teoría política tradicional. Entre propaganda y aceptación popular está seguramente parte de la realidad política del fascismo[79]. El fascismo constituye una de las manifestaciones más significativas de la dinámica política de la época de masas. El advenimiento de la democracia de masas y la crisis del Estado

---

[78] G. L. MOSSE: La nacionalización de las masas, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp.16 y ss. En realidad, es preciso matizar que en la época moderna se produjo un desplazamiento-sustitución de los mitos religiosos (especialmente de la Iglesia Católica) por nuevos mitos populares "secularizados". Aquí es fundamental la reflexión de H. BLUMENBERG: *Trabajo sobre el mito* (1979), Paidos, Barcelona, 2003. Mosse parece referirse a ello cuando más adelante subraya que la Revolución Francesa fue el primer movimiento moderno en el que el pueblo intentó adorarse a sí mismo al margen de cualquier marco cristiano o dinástico... Se suponía que el «culto a la razón» debía sustituir al ceremonial católico... De hecho, la Diosa Razón sustituyó a la Virgen María en iglesias que, a su vez, fueron transformadas en templos dedicados al culto a la revolución. La "voluntad general" se convirtió en una nueva religión (Ibidem, p. 28).

Por otra parte, como observa Mosse, la acusación de que mediante la propaganda los nazis pretendían erigir un mundo terrorista hecho de ilusiones sólo puede mantenerse hasta cierto punto. Nadie puede negar la presencia del terror, pero se han acumulado pruebas suficientes para explicar las genuina popularidad de la literatura y el arte nazis, que no precisaban del estímulo del terrorismo para ser efectivos. Así ocurre también en el caso del estilo político nacionalsocialista: tuvo aceptación porque se levantó sobre una tradición conocida con las que se podría simpatizar. Apunta que las tradiciones que el nacionalsocialismo (y el fascismo) acabó adoptando, como movimiento de masas, esa doctrina consiguió adaptar una tradición que, cuando los propios movimientos fascistas se convirtieron en una realidad política, ya llevaba alrededor de un siglo ofreciendo una alternativa a la democracia parlamentaria.

[79] Es un hecho datado históricamente las políticas de satisfacción selectiva de amplias capas de la población dentro de los regímenes fascistas. Pero también interesa matizar que "la escasa resistencia de la clase obrera, su pasividad, registrada por un retraimiento hacia la esfera privada, no dependió sólo de la vigilancia policial y la dura represión que se sometió a los trabajadores, especialmente a los disidentes o a los que se comportaban fuera de los patrones de conducta que los nazis consideraban "aceptables"; sino también de esa política de estímulo positivo de la competencia entre trabajadores, anulando con ello la posibilidad de una paulatina reconstrucción de los vínculos y prácticas que permitían la solidaridad de clase. La utilización de trabajadores en situación marginal…". Cfr. A: A. CIERI, "Arbeit macht frei". *El trabajo y su organización en el fascismo (Alemania e Italia)*, El Viejo Topo, Barcelona, 2004, p. 471.

liberal en los países europeos, marcó el inicio de una verdadera política de masas sostenida. Se quería instaurar un orden moral nuevo e implantar una homogeneización totalitaria y selectiva de la sociedad, excluyendo los factores de diferenciación e individualización[80]. Hay muchos factores inquietantes en el éxito del totalitarismo entre las masas: es la popularidad de los dirigentes y no sólo la represión implacable y selectiva la que puede explicar este preocupante fenómeno de fascinación[81]. Mosse demostró que los

---

[80] Véase G. L. MOSSE, *La nacionalización de las masas*, op. cit., pp. 33 a 35. Mosse destaca la influencia de autores como Gustave Le Bon y Georges Sorel. "En 1889, Le Bon consideraba innegable que "la sustitución de las actividades conscientes de los individuos por las acciones inconscientes de las multitudes es uno de los rasgos principales de la época actual" (G. LE BON, *Psicología de las masas*, Morata, Madrid, 1986). El análisis de Le Bon influyó tanto en Hitler como en Mussolini. Sin embargo, Le Bon se limitó a resumir una tendencia que ya existía antes de su época y que era mucho más compleja que la relación "orgánica" entre dirigente y dirigido en la que él se centraba. La política era un drama dentro del cual tenían lugar ritos litúrgicos, concepto éste que ha sido acertadamente definido por Erik Erikson..." (Ibidem, p. 27). Más adelante observa que "Hitler estaba muy influido por Gustave Le Bon, y seguía la máxima de la Psicología de las masas: el líder debe constituir una parte esencial de la fe compartida y no puede experimentar con ella ni someterla a innovaciones" (Ibidem, p. 257). Es expresiva la importancia que los doctrinarios de la ideología fascista otorgaron a la fuerza del mito. Es el caso de M. MANOILESCO, *El partido único*, (prólogo de Raimundo Fernández Cuesta, y traducción de Luis Jordana de Pozas), Editorial «Heraldo de Aragón», Zaragoza, 1938, el cual a propósito de realzar las ideas-fuerza del partido único, indica que «el más poderoso de esos medios, y aquel que en cierto modo constituye el eje de la nueva pedagogía política, consiste en colocar ante los ojos de la nación una idea-fuerza evidente por su claridad e irresistible por su atractivo. Ha de ser una idea que arrastre y que levante las masas y las "élites" con el mismo empuje; ha de tener un tinte a la vez generoso y apetecible y ofrecer simultáneamente la ocasión del sacrificio y la promesa del paraíso. En una palabra, ha de constituir un mito. En todo tiempo, para que una idea pueda merecer el honor supremo de ser proclamada ideal de una nación, ha sido preciso que reuniera ciertas condiciones inmutables. El ideal o el mito debe ser, ante todo, una idea simple y clara. Jamás se gana el corazón de las masas con teorías alambicadas y demostraciones sutiles. El mito, además, ha de tener un fuerte color efectivo. Ha de poder exaltar los sentimientos de los hombres, suscitar pasiones inflamadas y odios violentos. El mito debe revestir un carácter de generalidad y de generosidad capaz de atraer a todas las clases sociales, por encima de las diferencias de intereses seducidas por su nimbo. Y sobre todo, el mito ha de tener un origen espiritual e inmaterial. Es un error creer que no se mueve a las masas más que por los apetitos; un fin demasiado materialista, demasiado pegado a la tierra, puede provocar una revuelta y hasta un motín, pero no una revolución» (Ibidem, pp. 72 y 73).

[81] La misma "presencia" de Hitler ante la opinión pública estaba especialmente cuidada, y de hecho ejerció una especie de "hechizo mágico" sobre quienes le escuchaban. "La fascinación es un fenómeno social, y la fascinación que Hitler ejerció sobre su entorno tiene que ser comprendida atendiendo a quienes le rodeaban. La sociedad se muestra siempre inclinada a aceptar inmediatamente a una persona por lo que pretende ser, de forma tal que un chiflado que se haga pasar por genio tiene unas ciertas probabilidades de ser creído. En la sociedad moderna, con su característica falta de discernimiento, esta tendencia ha sido refor-

trabajadores también se vieron atraídos por la nueva política y liturgia del fascismo; que esa forma de hacer política fue en realidad enormemente interclasista (aunque no siempre), y que el ideal de unificación nacional se difundió en sentido descendente, siendo las clases bajas atraídas hacia él, por ejemplo, mediante sus organizaciones deportivas y coros masculinos. La atmósfera nacionalista reinante determinó que el factor esencial fue la habilidad de los nacionalsocialistas para forzar incluso a sus enemigos a argumentar desde el interior de un marco que ellos habían creado. Las masas dejaron de ser una multitud caótica. Para ello se apeló a sentimientos y aspiraciones, encarnándolos en el mito y en el símbolo, y su representación en el Estado totalitario, a través de lazos directos entre la población y la elite y partido dirigente; esto es, suprimiendo el sistema de partidos y de asociaciones democráticas[82].

En este punto Heller se mueve en los tópicos al uso en la época, que ignoran la adhesión de masas con un hecho relevante y conscientemente asumido por un conjunto muy significativo de la población. Se interroga sobre las causas que provocaron, antes de esta legislación, un movimiento de afluencia hacia los sindicatos fascistas. Prescindiendo de la inconstancia de las grandes masas que, después de la guerra, inocentes, crédulas y fácilmente engañadas, se habían apresurado a ingresar en los sindicatos católicos, esta afluencia se explica en primer término, por las promesas socialistas de los sindicatos fascistas, y, en segundo término, por la coacción directa o indirecta. Para el desarrollo de los sindicatos fascistas tuvo una importancia primordial, aparte de esta agitación pseudosocialista, la circunstancia de que, con ocasión de la crisis económica de 1922, fueron

---

zada de manera que cualquiera que no sólo posea opiniones, sino que la presente en un tono de convicción inconmovible, no perderá fácilmente su prestigio aunque hayan sido muchas las veces en que se haya demostrado que estaba equivocado. Cfr. H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo,* Vol II, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994, p. 386. Arendt subraya que el éxito de los movimientos totalitarios entre las masas significó el final de dos espejismo de los países gobernados democráticamente, en general, y de las Naciones-Estado europeas y de su sistema de partidos, en particular. El primero consistía en creer que el pueblo en su mayoría había tomado una parte activa en el Gobierno y que cada individuo simpatizaba con su propio partido o con otro. Al contrario, los movimientos mostraron que las masas políticamente neutrales e indiferentes podían ser fácilmente mayoría en un país gobernado democráticamente, que, por eso, una democracia podía funcionar según normas activamente reconocidas sólo por una minoría. El segundo espejismo democrático, explotado por los movimientos totalitarios, consistía en suponer que estas masas políticamente indiferentes no importaban, que eran verdaderamente neutrales y no constituían más que un fondo indiferenciado de la vida política de la nación" (Ibidem, p. 393).

[82] Véase G. L. MOSSE, *La nacionalización de las masas*, op. cit., pp. 269 y ss.

despedidas grandes masas de trabajadores, los socialistas sobre todo, convirtiéndose luego, en muchos casos, en condición indispensable para obtener nueva colocación el estar afiliado a los sindicatos fascistas. El 2 de octubre de 1922 se concertó contractualmente el monopolio de los sindicatos fascistas entre la unión de industriales y los sindicatos fascistas en el llamado acuerdo del palazzo Vidoni; desde este momento fue muy difícil a los miembros de los sindicatos no fascistas obtener trabajo.

Para Heller, la violencia es el único factor de integración de los sindicatos fascistas. El fascismo no ha creado una comunidad de valores, asequible a la nación entera, ni puede tampoco crearla. Por lo demás, la colaboración de los sindicatos y corporaciones en la formación de la voluntad del Estado fue totalmente nula, lo que junto a su falta de autonomía administrativa, cuestiona el significado del "Estado corporativo": el Estado corporativo no es el Estado en manos de la corporación, sino la corporación en manos del Estado[83]. El Estado es quien reconoce a los sindicatos y a las corporaciones, los asimila y se sirve de ellos para acercarse a las masas y procurar su "bienestar moral y material" (sic). Con ello se desploma sobre sí misma toda la ideología del Estado corporativo. Por otra parte, estas forzosas corporaciones fascistas no significan una estructuración "orgánica" de los gremios dentro del Estado. Estas corporaciones forzosas no son un "mediador" entre el Estado y el individuo, sino que fortalecen, por el contrario, la hostilidad reinante contra el Estado. No obstante, los sindicatos italianos no tienen una simple función decorativa en el Estado fascista, porque asumen una importancia primordial, indispensable en todas las dictaduras modernas: lo único que hace que el fascismo se mantenga en el poder y domine sobre todas las masas proletarias urbanas es, aparte de la fuerza militar de la milicia y la organización política del partido, el hecho de disponer además de las asociaciones que representan el interés económico de las masas. A la postre, «el fascismo no puede considerarse como una nueva forma de Estado, sino como la forma de dictadura que corresponde a la sociedad capitalista». En este sentido se aprecia una confluencia con los análisis de Neumann en "Behemoth"[84]. Heller observa una contradicción en el objetivo de una dictadura educativa de las masas que pretende armonizar y coordinar el capital y el trabajo: Puede –afirma- que los sindicatos fascistas abriguen la intención y la esperanza de llegar a esta meta. Pero

---

[83] En idéntico sentido esa instrumentalización es realzada en H. HELLER, "¿Estado de Derecho o Dictadura?", en H. HELLER, *Europa y el fascismo*, op. cit., p. 133.

[84] F. NEUMANN, *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, FCE, México, 1983.

el fascismo sólo globalmente pretende y puede legitimarse como dictadura educativa. Cualquier concepción capitalista puede esperar solamente la armonía entre empresarios y trabajadores de la colaboración voluntaria de los obreros más conscientes. Pero esta colaboración, que hace posible el Estado, no se obtendrá nunca despolitizando a las masas y predicando sermones nacionalistas, sino por medio de una actuación de política práctica. Jamás se podrá educar para una comunidad nacional de voluntad a unos obreros que no estén acostumbrados a resolver sus conflictos con los patronos gracias al sentimiento de su propia responsabilidad, a unos obreros que nunca son sujetos, sino siempre objetos de decisión. Al tiempo, en el "Estado corporativo" tendrá que ver siempre la corporación en manos de una dictadura duradera.

En la concepción fascista, se postula la creación de un «Estado fuerte». Estado fuerte significa un Estado disciplinado en la técnica de comunicaciones, en la técnica económica y en la "higiene". En el fascismo el Estado fuerte se traduce en la práctica en Estado opresor. Por ello se arguye que la dictadura encuentra en la contradicción de todas las fuerzas políticas del Estado en manos del dictador el único medio capaz de evitar las flaquezas de la dictadura. Heller desconfía de los "designios" del régimen fascista, puesto que éstos se ocultan astutamente como su secreto inconfesable[85]. E insiste, reclamando la reflexión de Enrico Ferri, en que en el fondo el fascismo de Italia no es más que una ola de reacción contra el bolchevismo de la postguerra y contra la debilidad del Estado frente a los partidos políticos. Pero es dudoso que se mantenga en los demás países de un modo duradero e invariable. Con todo, afirma que si el fascismo es sólo esta «reacción», entonces ha perdido ya desde hace tiempo la justificación de su existencia. Pero termina con una afirmación, que la marcha de la Historia se encargaría, sin embargo, de descalificar: "En todo caso –dice–, Europa no tiene motivo para ver en el fascismo otra cosa que lo que ve ese fascista"[86]. Aquí Heller no supo prever las consecuencias trágicas del fascismo en el poder, el reforzamiento de su violencia interna y el acrecentamiento de su agresividad imperialista. No fue el único entre las filas democráticas; tampoco era fácil vislumbrarlo.

Desde un punto de vista político-crítico, cabe señalar que Heller no es crítico respecto al fascismo por el sólo hecho de ser una dictadura, toda vez que para él la dictadura, como cualquier otro forma política, no es ni buena ni mala (sic.). Sólo el contenido concreto de una dictadura en

---

[85] H. HELLER, *Europa y el fascismo*, op. cit., pp.104 y ss.
[86] H. HELLER, *Europa y el fascismo*, op. cit.

particular, en una situación histórica determinada, es decisivo para atribuirle o no valor.

El fascismo nació después de la guerra mundial[87], pero algunos de los motivos culturales y políticos que contribuyeron a su formación, se encontraban ya presentes en movimientos radicales de derechas y de izquierdas[88], tales como el nacionalismo, el sindicalismo revolucionario o el futurismo, que habían aparecido antes de la emergencia del fascismo[89]. Es un hecho que la primera guerra mundial, y los desajustes económicos, sociopolíticos,

---

[87] Ello viene a ser reconocido por teóricos adictos al movimiento fascista. Es el caso de E. ERCORE, *La revolución fascista*, (traducción de L. Prieto Castro y Prólogo de Salvatore Villari) Librería General, Zaragoza, 1940, p. 7. Ercore, historiador de la Universidad italiana, observó que "el hecho de que entre el fascismo y la guerra mundial de 1914-1918 existe una continuidad histórica e ideal, directa e inmediata, y que la Revolución fascista ha de considerarse como una consecuencia o derivación, también directa e inmediata, de la intervención de Italia en la guerra, es una verdad unánimemente reconocida y admitida en Italia y en el extranjero..." (Ibidem, p. 7). Lo cual debe tomarse en consideración, aunque siempre con las reservas que impone establecer entre la "presentación oficial" del movimiento (su ideario) y la práctica real de los actores.

[88] Véase F. FISCHER, *From Kaiserreich to Triard Reich: Elements of Continuity in German History 1871-1945*, Allen & Unwin, London, 1986. El autor subraya, desde una perspectiva crítica, las continuidades de la sociedad y la política alemanas que unían de algún modo el Reich de Bismarck y del Káiser con el de Hitler. Destaca también, aparte de la basa de masas del régimen (respaldo popular), el apoyo al Estado nazi de una parte muy significativa de la intelectualidad alemana.

[89] E. GENTILE, *Fascismo. Historia e interpretación*, op. cit., p. 24. Anota que, en sentido propiamente político, estos movimientos radicales y revolucionarios compartían el mito de la voluntad de poder, la aversión hacia el igualitarismo y el humanitarismo; el desprecio por el parlamentarismo; la exaltación de las minorías activas; la concepción de la política como actividad para organizar y plasmar la conciencia de las masas; el culto a la juventud como nueva aristocracia dirigente; la apología de la violencia, de la acción directa, de la guerra y de la revolución" (Ibidem, pp.24 y 25). En realidad los mitos son a la cultura lo que el sistema de necesidades a la esfera de la economía. Toda sociedad culturalmente desarrollada tiene que crear sus propios mitos y un sistema de creencias compartidas, a menudo como condición de cohesión-integración e incluso de supervivencia como unidad política. Por otra parte, es de señalar que a la combinación de nacionalismo integral y revisionismo revolucionario (de orientación sindicalista) se agrega, hacia 1910, un tercer elemento: el futurismo. Esta síntesis total impregnó al fascismo otorgándole su carácter de movimiento de rebelión y revuelta: de revuelta cultural, y más adelante, de revuelta política. Difícilmente puede exagerarse la importancia del elemento vanguardista en el fascismo y la importancia de la estética revolucionaria que éste contiene. A esta combinación de sindicalismo revolucionario y nacionalismo radical que maduraba del Manifiesto futurista en 1910, el entusiasma apoyo del vanguardismo cultural. Pero la guerra añade un nuevo elemento, porque Mussolini descubre la fuerza movilizadora del nacionalismo. En el momento del armisticio, el fascismo mussoliniano posee ya todos sus perfiles. En todo caso ha integrado ya las ideas del sindicalismo revolucionario. Cfr. Z. STERNHELL, M. SZNAJDER y M. ASHERI,: *El nacimiento de la ideología fascista*, Siglo veintiuno de España Editores, Madrid, 1994, pp. 37 y 45.

culturales y morales que ella provocó, crearon los presupuestos para el surgimiento de los regímenes fascistas y determinaron las mutaciones sociales y la agudización de la "crisis del Estado liberal". Hizo emerger, en la derecha y en la izquierda, nuevas fuerzas antiliberales y antiparlamentarias, que de la experiencia de la guerra y de la revolución rusa, habían desarrollado nuevos modelos de organización, de lucha política y acción directa. Serían esas nuevas fuerzas los artífices esenciales de la caída del sistema parlamentario[90]. A ello se añadió los conflictos de clase sin precedentes en la historia de Italia y Alemania. Los gobiernos débiles del sistema liberal minaron la credibilidad en las masas y en las elites gobernantes sobre la capacidad de decisión del régimen parlamentario para superar las situaciones críticas. Esos orígenes culturales y político-ideológicos, apreciables ya antes de la Primera Guerra Mundial, se suman al factor reactivo del fascismo, más coyuntural, respecto a la Revolución Rusa de Octubre de 1917 y el miedo de su expansión[91].

Mussolini[92] defendería la instauración de un nacionalismo de carácter ecléctico y revolucionario que partía de la supremacía de la nación sobre las clases, luchaba contra los socialistas, pero manteniendo, con su peculiaridad, la vitalidad del capitalismo productivo y la necesidad de la colaboración de las clases para aumentar la riqueza y el poder de la nación[93]. Para el fascismo el Estado es la única exteriorización del contenido entero de la Nación. El individuo es un átomo al que la Nación infunde su propia inmortalidad, o según la expresión de Rocco, "el individuo es tan sólo un elemento transitorio e infinitamente pequeño dentro de un todo orgánico"[94]. Retén-

---

[90] Véase E. GENTILE, *Fascismo. Historia e interpretación*, op. cit., p. 25, y ampliamente, N. TRANFAGLIA, *La Primera Guerra Mundial y el Fascismo*, UTET, Torino, 1995.

[91] Otorga, sin embargo, una excesiva importancia a ese elemento reactivo frente al comunismo el, por lo demás excelente historiador sobre el fascismo, E. NOLTE, *La guerra civil* europea, 1917-1945. Nacionalsocialismo y bolchevismo, 9ª ed., México, 2001, e ID. *El fascismo en su época*, Ediciones Península, Barcelona, 1967; ID.: *La crisis del sistema liberal y los movimientos fascistas*, Ediciones Península, Barcelona, 1971. Sobre los orígenes del régimen nazi, véase, en una perspectiva menos complaciente, M. STEINERT, *Hitler y el Universo hitleriano*, Vergara, Barcelona, 2004, capítulo seis, pp. 205 y ss.

[92] Véase B. MUSSOLINI, *Escritos y discursos*, 8 vols., Bosch, Barcelona, 1935; ID.: *El fascismo expuesto por Mussolini*, Madrid, 1934.

[93] E. GENTILE, *Fascismo. Historia e interpretación*, op. cit., p. 27.

[94] E. W. ESCHMANN, *El Estado fascista en Itali*a, Rafael Luengo Tapia, Barcelona-Buenos Aires, 1931, pp.28 y 29. "Complemento de la fórmula que hace al Estado expresión jurídica de la Nación, es la idea de ser la soberanía un atributo del Estado, y no del pueblo. Éste y aquél no son una misma cosa en la idea fascista: la soberanía de un Estado es completamente independiente de los derechos del pueblo. El fascismo, al reemplazar la soberanía del pueblo por la soberanía del Estado…" (Ibidem, pp. 31y 32). En esa misma idea,

gase que según la doctrina fascista, el individuo representa el «medio» de que se vale el Estado para conseguir su fines, y solamente como medio viene tutelado y regulado con una norma de derecho en sus relaciones con los otros ciudadanos[95]. De este modo el individuo queda relegado a la condición de «medio» al servicio de un tipo de Estado que sirve a sus propios "fines" transpersonales. El fascismo había respetado las reglas fundamentales del capitalismo y las bases jurídicas fundamentales del sistema (propiedad privada, régimen salarial, etcétera)[96].

Por otra parte, el fascismo es un Estado de «partido único». Un rasgo tipológico de la forma de Estado fascistas es que la dictadura fascista sustituye al Estado de partidos por el «Stato partito», el Estado de partido único[97]. A diferencia del partido parlamentario, la función del partido de la

---

se afirma que "la soberanía pertenece al Estado, que domina y disciplina con su poder toda la fuerza existente en la sociedad. La masa popular es el intérprete menos autorizado del interés social, lo que no significa que la multitud deba ser excluida de toda influencia sobre la vida del Estado. Sin embargo, el problema esencial de la vida del Estado debe decidirse de manera que haya posibilidad de percibir lo permanente sobre la consideración de los intereses contingentes del individuo. Consecuencias de tal principio: la preeminencia del poder ejecutivo, con la facultad de dictar normas jurídicas y con la extensión de las atribuciones del primer ministro; la abolición de las elecciones administrativas y la transformación de sus órganos en entidades autárquicas, con nombramiento gubernativo y con representación corporativa; el reforzamiento del poder policíaco y de las leyes para la tutela del régimen fascista; la elevación de la autoridad de los representantes del Gobierno en provincias; la constitución del Gran Consejo del Fascismo; la intervención del Estado en la designación de los diputados; la institución del Ministerio de las Corporaciones y del Consejo Nacional de las Corporaciones". Cfr. P. GARÓFALO, *Principios de Derecho constitucional y organización política del Estado fascista italiano* (traducción de la segunda edición italiana e Introducción por Faustino Menéndez Pidal), Centro Editorial Góngora, Madrid, 1934, pp.35 y 36. Ello encuentra su proyección respecto al procedimiento electoral: "La base corporativa (la Ley de 27 de Mayo de 1928 estableció el Colegio único nacional con sistema totalitario) del nuevo sistema electoral consiste no tanto en conceder el derecho electoral a los ciudadanos que pertenezcan a una categoría productiva de la nación, como en confiar la propuesta de los candidatos preferentemente a las entidades sindicales, y la elección, sobre todo, al Gran Consejo del Fascismo" (Ibidem, pp. 167 y 168).

[95] Véase P. GARÓFALO, *Principios de Derecho constitucional y organización política del Estado fascista italiano*, op. cit., p. 29.

[96] Véase P. EINZIG, *Fundamentos económicos del fascismo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, p.13. El Estado corporativo es, sin embargo, un sistema económico dirigido (capítulo III). El Estado Corporativo reclama su derecho a intervenir con el propósito de regular la producción en concordancia con los intereses del público (Ibidem, p. 81). Para el autor "el fascismo puede ser considerado como un compromiso entre el capitalismo individualista puro y el socialismo, pero se halla decididamente más cerca del último que del primero. Su enemigo común es el laissez-faire, contra el cual tendrán que luchar ambos movimientos" (Ibidem, p. 137).

[97] H. HELLER, *Europa y el fascismo*, cit., p. 79 y ss. Particularmente clarificadora es la obra de M. MANOILESCO, *El partido único*, prólogo de Raimundo Fernández Cuesta y traduc-

dictadura es imponer su propia opinión, que no concede al adversario ni la más pequeña base de discusión. El partido de la dictadura no pretende ser «pars», pretende ser más que «pars pro todo». Tiene que sofocar por la violencia las opiniones ajenas. En esta forma de Estado se produce una equiparación de Estado y partido que influye en la organización y conduce jurídicamente a una confusión de sus recíprocos límites. Se actúa una incorporación dentro del Estado de las instituciones del partido fascista en virtud de leyes como la de 1 de mayo de 1925 y la de 3 de abril de 1926, que incorporaron, respectivamente, al Estado las instituciones culturales y las organizaciones de juventudes del partido. El partido es en realidad un instrumento del Estado, un órgano, si no estatal, por lo menos paraestatal. Observa Heller –adelantándose con esto a los análisis relativos a la posteriormente denominada "democracia totalitaria"–[98] que el fascismo pretende continuar la tradición jacobina de una aristocracia de la virtud, en el cual, el «hombre vertueux», limpio de todo egoísmo, acata como si fuera una divinidad a la «volonté genérale» personificada en el dictador, elevándose sobre la masa y adquiriendo el derecho a dominarla. Es lo que vislumbró Heller.

Preparándose para la conquista del poder, el Partido Nacional Fascista (PNF) se proponía no sólo la defensa del orden económico y social capitalista, sino también realizar una revolución política para conquistar el monopolio del poder. La noche antes de la "marcha sobre Roma"[99] Mussolini

---

ción de Luis Jordana de Pozas, Zaragoza, Editorial "Heraldo de Aragón", 1938, el cual, moviéndose en las coordenadas del discurso fascista, realiza una defensa del partido único en el marco de un "Estado de ideales (El Estado ético y militante)", y evidencia su función directiva y de contracto con el pueblo y la atribución del monopolio del poder político. Sobre la democracia como Estado de partidos, K. LENK, y F. NEUMANN, (eds.). *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos* (traducción de Ignacio de Otto), Editorial Anagrama, Madrid, 1980, con aportaciones de Kelsen, Leibholz y Abendroth. También G. SARTORI, *Partidos y sistemas de partidos*, Alianza editorial, Madrid, 2005.

[98] Véase el libro clásico de J. TALMON, *Los orígenes de la democracia totalitaria*, Aguilar, Madrid, 1956.

[99] Ahora bien: "La Marcha sobre Roma dio vida al Gobierno fascista, pero no abatió al Estado democrático-liberal, y el Gobierno Mussolini se tradujo durante algunos años, aun después de la creación del Gran Consejo y de la Milicia, en una dictadura fascista sobre un Estado democrático-liberal. Cfr. E. ERCORE, *La revolución fascista*, (traducción de L. Prieto Castro y prólogo de Salvatore Villari), Librería General, Zaragoza, 1940, p. 82. Ello refleja la complejidad de los procesos de transición y advierte del riesgo de simplificaciones y planteamientos lineales más o menos apresurados. Por el contrario, el Fascismo pretendía instaurar una nueva forma de Estado: "el Estado querido y creado por el Fascismo es un Estado fuerte y ético, fuerte en cuanto ético, pero también moderno, y por ello tiene que ser como son los Estados modernos, un Estado jurídico, es decir, un Estado en el que la esfera de libertad

declaró públicamente que el Estado fascista[100] no concedería ninguna libertad a sus adversarios. La misma idea de una "marcha sobre Roma" se maduró después del fracaso de la huelga legatario proclamada a principios de agosto por la «Alleanza del Lavoro» para protestar contra el fascismo. El PNF reaccionó con una violenta represalia, destruyendo lo que quedaba de las organizaciones obreras. Es en ese momento cuando se evidenció la

---

concedida a los individuos, aunque esté sujeta a restricciones impuestas por el interés nacional, no puede estar, ni está, abandonada a la discreción o al arbitrio de los individuos, ni siquiera de los gobernantes, sino que se halla delimitada de manera precisa y fija, bien sea por un mandato general, que es el de la ley, bien sea por normas que obligan en particular (pactos normativos) a todos los que pertenecen a determinada categoría de productores, emanadas de Asociaciones legalmente reconocidas por el Estado, y cuya competencia para dictarlas deriva de la ley del Estado. El Estado fascista sabe que mediante su ordenamiento sindical-corporativo puede realizar del modo más completo y perfecto el ideal del Estado jurídico moderno, que no era posible en el Estado democrático-liberal, el cual se obstinaba en ignorar el fenómeno sindical, tomando a los individuos aisladamente. El Estado liberal, aun proclamándose "Estado de derecho", Estado jurídico, no hallaba en sí mismo ni en su ordenamiento voluntad ni el medio para impedir aquellos dos atentados sistemáticos (no menos a la libertad individual que a la prosperidad del Estado) que eran la huelga y el cierre, y consideraba casi inevitable el que, en la lucha económica, las categorías y las clases se hiciesen justicia por sí mismas, con los medios más brutales de la intimidación y de la violencia ilegal. Por eso se lee en la exposición de motivos de la ley de 3 de abril de 1926, que establece el reconocimiento jurídico de los sindicatos y la reglamentación colectiva de las relaciones de trabajo…". El Estado fascista reivindica su soberanía plena sobre los individuos (Ibidem, p. 86 y 87). El Estado fascista reclama el principio de preferencia del interés del Estado sobre los intereses particulares: "El Fascismo sustenta un criterio político totalmente antitético. Sostiene que el interés del Estado es superior a todos los intereses particulares, y que por ello tiene el derecho pleno de pretender de los individuos el sometimiento a él… comprendió perfectamente la necesidad de dar al Estado la fuerza necesaria para imponer a los intereses de los particulares la unidad de su interés soberano, y de dar después al hombre la justificación de este sacrificio de su egoísmo que el Estado exige por el bien de todos" (Ibidem, p. 105). El fascismo se opone al materialismo histórico y la lucha de clases. Cfr. C. A. BIGGINI, *Significación político-jurídica de la Codificación Mussoliniana,* Conferencia pronunciada el día 20 de noviembre de 1941, en Madrid, en la inauguración del año académico del Instituto de Cultura Italiana, Madrid, Ediciones del Instituto de Cultura Italiana, 1942-XX, p. 34 y ss.

[100] Concebido como Estado corporativo: "No existe concepto del Estado que no sea fundamentalmente concepto de la vida: filosofía o intuición, sistema de ideas que se desarrolla en una construcción lógica o que se recoge en una visión o en una fe, pero que, por lo menos virtualmente, será siempre una concepción orgánica del mundo». Cfr. B. MUSSOLINI, *La doctrina del fascismo,* 4ª ed., (traducción de A. Dabini), Roma, Novísima, s/f., p.10. Para el fascismo el Estado es un organismo (concepción organicista del Estado); es un ser viviente, tiene una personalidad animada por una obligación moral y encuentra expresión cualificada en la ideología corporativa.

impotencia del Estado liberal[101] y la incapacidad de los partidos antifascistas, muy divididos, para alcanzar un acuerdo de gobierno que restableciera la autoridad del Estado. Se caminaba hacia la instauración del "régimen fascista". En este sentido, cabe realzar que la conversión del sistema político italiano en un régimen dictatorial de partido único se consumó mediante una forma singular de «revolución legal», esto es, inicialmente contando con la anuencia de una parte significativa del Parlamento, el cual ya estaba siendo controlado por las fuerzas fascistas. Esto explica la aprobación sistemática desde el "interior" del orden constituido de un conjunto orgánico de leyes autoritarias, diseñadas principalmente por el «jurista Alfredo Rocco, verdadero arquitecto del entramado jurídico del Estado fascista». En virtud de esas leyes se procedía a destruir el sistema parlamentario, pero se dejaba, aparentemente intacta, la fachada de la monarquía constitucional fundada en el Estatuto de 1848 y privada, en realidad de verdadera capacidad de decisión política fundamental[102].

---

[101] El Estado liberal se ofrecía al fascismo como un Estado débil, ante todo porque se objetaba que en él se producía una disociación entre Estado de derecho y Estado poder. La misma teorización de Carl Schmitt era significativa porque para él un Estado de derecho deja de ser un Estado-poder (soberano) cuando se transforma en una asociación destinada a tutelar los derechos de los individuos, y en el cual la constitución deja de ser la decisión sobre la existencia política de un pueblo. El Estado no puede ser la simple autoorganización de la sociedad civil. Ahora bien: esta forma político-jurídica, supone una abdicación del monopolio de lo político, mostrándose incapaz para sostener y gobernar el conflicto interno y externo. De este modo, el "Estado total" (equiparable, en gran medida, en Schmitt, al Estado social intervencionista) pierde su condición esencial de Estado-poder, al ser incapaz de llevar a cabo una política exterior. Cfr. C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (traducción de Francisco Ayala), Madrid, 1982.

[102] G. GENTILE, *Fascismo. Historia e interpretación*, op. cit. p. 37. Sobre el pensamiento político-jurídico de Alfredo Rocco, consúltese el estudio de P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideología giuridica del fascismo*, Brescia, Morcelliana, 1963. Ungari pone de manifiesto la lógica interna del pensamiento de Rocco, su idea de revolución nacional, su visión de la empresa (proponía una teoría jurídica unitaria de la empresa sobre el hecho constitutivo específico de la organización del trabajo de otros) y del "Estado popular", "Estado de productores", su concepción del sindicalismo corporativo y su integración en la dinámica política e institucional del Estado fascista, etcétera.

Pero conviene no olvidar que Rocco no fue el único jurista activo y constructor, pues existió toda una pléyade de juristas adictos al nuevo régimen y que desde la misma universidad colaboraron activamente con él. En este sentido es significativo el compromiso activo de juristas como Carlo Alberto Biggiani (Consejero Nacional y Rector de la Real Universidad de Pisa), para el cual (en una conferencia de propaganda impartida en Madrid, en 1941) "la finalidad del jurista es buscar la verdad entre las doctrinas en pugna, y a él es a quien corresponde seleccionar las ideas que pueden encontrar una realización y una aplicación práctica, de acuerdo con los intereses del Estado entendido como una comunidad social organizada y como soberanía política". Cfr. C A BIGGINI, *Significación político-jurídica de la*

Se produjo un proceso de demolición del sistema parlamentario, el cual venía siendo sustituido por la arquitectura político-institucional del nuevo régimen. Se procedió a una progresiva destrucción del Estado liberal, el cual se vería desplazado por los postulados del Estado totalitario en construcción[103]. Es significativo que el fascismo no tuvo una fuerte oposición de las instituciones tradicionales y de la élite política. Las fuerzas económicas,

---

Codificación Mussoliniana, op. cit. pp.3 y 4. Apunta, por otra parte, que "La Italia fascista es históricamente la primera Nación que, después de haber creado esa ordenación de civilización, que parte de la ley sindical de 1926 y de la Carta del Trabajo de 1927 y llega ala construcción del Estado Corporativo, emana un nuevo Código Civil que se separa claramente de las codificaciones liberales inspiradas en los principios de la Revolución francesa que, precisamente, había encontrado su expresión jurídica en el Código Napoleónico. Nueva codificación que traduce los principios corporativos del derecho público en instituciones y ordenaciones de derecho privado; nueva codificación que tiene por fundamento el trabajo, al que dedica todo un libro del Código, y que ve la luz durante esta guerra, que es una guerra contra la plutocracia y contra el bolchevismo" (Ibidem, p. 4).

[103] Es lo cierto que "El liberalismo negaba al Estado en interés del individuo particular; el fascismo reconfirma al Estado como verdadera realidad del individuo. … Se pronuncia por la única libertad que puede ser una cosa seria, a saber, la libertad del Estado y del individuo en el Estado. Ello, en razón de que, para el fascista, todo reside en el Estado, y nada que sea humano o espiritual existe, y tanto menos tiene valor, fuera del Estado. En este sentido, el fascismo es totalitario, y el Estado fascista, síntesis y unidad de todos los valores, interpreta, desarrolla e incrementa toda la vida del pueblo. Ni individuos, ni grupos (partidos políticos, asociaciones, sindicatos, clases) fuera del Estado". Cfr. C. A. BIGGINI, *Significación político-jurídica de la Codificación Mussoliniana*, p. op. 17. Mussolini reafirma el "carácter totalitario del Estado fascista: El Estado fascista, siendo la forma más elevada y poderosa de la personalidad, es fuerza, pero en sentido espiritual. "Para el fascismo, el Estado es un absoluto, ante el cual individuos y grupos son relativos. Individuos y grupos son "concebibles" en cuanto estén en el Estado. El Estado liberal no dirige el juego y el desarrollo material y espiritual de las colectividades, sino que se limita a registrar sus resultados; el Estado fascista tiene conciencia de sí, una voluntad propia, por esto es un Estado "ético"" . Cfr. B. MUSSOLINI, *Doctrina del fascismo*, Roma, Novísima, s/f., pp.47 y 20 y 21. Apunta que "el Estado, tal como el fascismo lo concibe y lo realiza, es un hecho espiritual y moral, pues concreta la organización política, jurídica, económica, de la nación, y tal organización es, en su iniciación y en su desenvolvimiento, una manifestación del espíritu. El Estado es garante de la seguridad interior y exterior, pero es también guardián y transmisor del espíritu del pueblo tal como ha sido elaborado a través de los siglos en el idioma, en las costumbres, en la fe. El Estado no es solamente presente, sino que es también pasado y, sobre todo, futuro. Es el Estado el que, trascendiendo de los breves límites de las vidas individuales, representa la conciencia inmanente de la nación" (Ibidem, p. 47).

Sobre el régimen totalitario italiano, véase E. GENTILE,: *La vía italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, Nuova Italia Scientifica, Roma, 1995; ID: "El fascismo y la vía italiana al totalitarismo», en M. PÉREZ LEDESMA, (Comp.), *Los riesgos para la democracia. Fascismo y neofascismo*, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1997, pp.17 a 35.

la Monarquía, buena parte de los intelectuales[104] y, de modo destacado, de la opinión pública (y no sólo la burguesía y la aristocracia) acabaron por aceptar la des-construcción del sistema liberal, e incluso pudieron ver al nuevo régimen como una garantía de orden en la economía y de disciplina en las conflictivas relaciones laborales.

---

[104] Sobre el compromiso de los intelectuales con el régimen fascista en Italia y su proyección en nuestro país, véase el análisis descriptivo de V. PEÑA SÁNCHEZ, *Intelectuales y fascismo. La cultura italiana del ventennio fascista y su repercusión en España*, Universidad de Granada, Granada, 1995. Hubo una cultura literaria del régimen fascista. Véase E. R. PAPA, *Fascismo e cultura*, Marsilio Editore, Venecia-Padua, 1974; E. GENTILE, *Origini della ideología fascista (1918-1925)*, Laterza, Bari, 1975; E. R. TANNENBAUM, *L' esperienza fascista. Cultura e società in Italia dal 1922 al 1945*, Mursia, Milán, 1974 (*La experiencia fascista. Sociedad y cultura en Italia (1922-1945*), Alianza editorial, Madrid, 1975); G. MANACORDA,: *Storia della letteratura italiana tra le due guerre (1919-1943)*, Editori Riuniti, Roma, 1980; G. TURI, *Il fascismo e il consenso degli intellettuali*, Il Mulino, Bolonia, 1980. Pero muchos intelectuales realizaron declaraciones públicas antifascistas, como es el caso de Benedetto Croce que redactó el "Manifiesto de los intelectuales antifascistas" o "Contramanifiesto" (1 de mayo de 1925), el cual sería suscrito por un número importante de prestigiosos intelectuales de la época. Una de las preocupaciones de Croce era precisamente el aumento creciente de la injerencia de la política totalitaria en la esfera de la cultura. El manifiesto de B. Croce lo suscribieron con su firma: Giovanni Amándola, Emili Cecchi, Cesare De Lollis, Guido de Ruggiero, Luigi Einaudi, Giustino Fortunato, Rodolfo Mondolfo, Gaetano Salvemini, Luigi Salvatorelli, Adriano Tilgher y algunas decenas más. Por su parte, el manifiesto de G. Gentile lo respaldaron entre otros F.T.Marinetti, Giuseppe Bottai, Enrico Corradini, Luigi Pirandello, Salvatore Di Giacomo, Franco Ercole, Ugo Ojetti, Alfredo Rocco, A.O.Olivetti, Sergio Panunzio, Arrigo Solmi, Curzio Malaparte, Giovanni Treccani, Margherita Sarfatti, etc. Benedetto Croce fue el intelectual más representativo de la cultura antifascista italiana, hecho que se refleja en el gran número de firmas con que contó su "Contramanifiesto", de hombres de cultura así como, sobre todo, de hombres de la escuela, convirtiéndolo en la más importante protesta contra la fascistización de la escuela y de la cultura italianas de la época. Es harto significativo el hecho histórico de que Croce había dado inicialmente su confianza al primer gabinete fascista convencido de que era la solución conservadora más seria a la crisis abierta tras la primera guerra mundial (ahí estaba su miedo a las masas en acción y al desorden), pero retira su apoyo al fascismo cuando vio claro la verdadera sustancia del movimiento mussoliniano. Croce había percibido el intento de instrumentación de la producción cultural del país en beneficio del proyecto totalitario de Estado. Aun así fueron muchos los intelectuales que se comprometieron (y no sólo por la ofensiva estatal por el control directo de la producción cultural) y colaboraron activamente, con grado de intensidad diversa, con el fascismo. Las posiciones críticas son también perceptibles respecto al desencuentro de autores como Mosca y Croce (liberales conservadores) respecto a la política de Mussolini. Puede consultarse al respecto E A, ALBERTONI, *Gaestano Mosca y la formación del elitismo político contemporáneo*, FCE; México, 1992, pp.182 y ss., especialmente.

Para la Alemania Nazi, es sumamente ilustrativa la aportación de datos recogida en B: RÜTHERS, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

2.2. Confrontación con otras teorías sobre el fenómeno fascista

Ideológicamente, debe resaltarse el hecho de que el corporativismo tenía un gran predicamento en la época, especialmente en los movimientos católicos, pero también entre la socialdemocracia[105]. El régimen corporativo (basado en la idea representación de los intereses) estaría preordenado a dirigir la economía y las relaciones sociales, buscando la armonía social y la neutralización de los conflictos de clase. El nuevo Estado fascista realizó una fuerte intervención en la económica (mediante un control público del sistema financiero y de los sectores industriales, a través de iniciativas como la constitución del «Istituto Mobiliare italiano» y del «Istituto per la Riconstruzione Industriale») y en política económica exterior adoptó típicas medidas proteccionistas, pero sin insertarlas en el ordenamiento corporativo del Estado[106]. El régimen fascista buscó el apoyo selectivo y el control de las instituciones y de los movimientos culturales[107], impulsando una reforma educativa que originariamente se pretendía integral y encaminada a forjar un nuevo tiempo antropológico de hombre. El Estado fascista llegaría a entrar en conflicto con la Iglesia entre los años 1931 y 1938 para asegurar

---

[105] Así, y desde postulados que dejaban a salvo siempre el sistema democrático, puede consultarse, entre nosotros, F: DE LOS RÍOS, *Escritos sobre Democracia y Socialismo* (edición y estudio preliminar de Virgilio Zapatero), Taurus, Madrid, 1975, especialmente pp.299 y ss., que contiene sus reflexiones sobre los llamados "consejos técnicos".

[106] E. GENTILE, *Fascismo. Historia e interpretación*, cit., pp. 39 a 40.

[107] Se observó que "el Estado fascista considera que la sociedad está constituida por una serie de generaciones que, precediendo y siguiendo a la viviente en un momento cierto, determinan para el Estado su finalidad propia, dirigida a confederar el pasado con el futuro. Cuando el fin social sobrepasa al individuo, es natural que éste se sacrifique por el interés de la sociedad". Por otra parte, "el fascismo considera que la sociedad no está sólo constituida por una suma de individuos, sino por una reunión de grupos sociales, los cuales se forman en el seno de la sociedad, para la tutela de los intereses particulares de cada grupo, que tienden a contender con los otros, y aun con la autoridad del Estado… El Estado fascista reconoce la existencia de los grupos sociales y de su personalidad jurídica, mas regula su actividad y la subordina a la autoridad del Estado. Surge así el Sindicato, como categoría social jurídicamente reconocida, y la Corporación, como órgano del Estado, mediante el cual se concilian los opuestos intereses de las clases y se encauza su actividad, en armonía con los superiores intereses de la nación. De esta manera está fundado el Estado corporativo italiano, quien en su Carta del Trabajo proclama que "la nación italiana es un organismo que tiene la finalidad y medios de acción superiores a los de los individuos, divisiones o agrupaciones de que se compone. Es una unidad moral, política y económica que se realiza íntegramente en el Estado fascista". Cfr. P. GARÓFALO, *Principios de Derecho constitucional y organización política del Estado fascista italiano* (traducción de la segunda edición italiana e introducción de Faustino Menéndez Pidal), Centro Editorial Góngora, Madrid, 1934, pp. 27 a 29.

su monopolio sobre la educación de la juventud conforme a su concepción del mundo. El nuevo régimen en el poder quería seleccionar a la nueva clase dirigente y consolidarse en una perspectiva de futuro, fundamentalmente, entre estos jóvenes a los cuales se les quería infundir un "espíritu fascista"[108]. En esa dirección de renovación cultural cabe señalar que se asignaría una función importante, en el ámbito de la organización y de la «movilización de las masas», a los «fasci» femeninos[109].

No es fácil encuadrar el análisis de Heller del fascismo dentro de los esteriotipos construidos sobre la naturaleza del régimen fascista. En todo caso su visión del fenómeno fascista es más compleja y rica de lo que fue advertido por los intelectuales y analistas de su época. Hay que tener en cuenta que su percepción del fenómeno está condicionada inevitablemente por su «inserción» en su tiempo histórico, dificultando una comprensión de más largo alcance que es más fácil de obtener desde la distancia de los acontecimientos históricos. Pero a pesar de ello su estudio del fenómeno atisba prácticamente todos los rasgos principales del régimen fascista, en sus dimensiones política, jurídica y cultural. No obstante, no cabe duda que ve en Heller su pertenencia a la tradición del socialismo democrático. Por tanto, su análisis estaría más próximo a algunos analistas de la socialdemocracia y estrictamente alejado de los lugares comunes y simplificadores de la Tercera Internacional. En efecto, para la Tercera Internacional el Estado fascista representaba sencillamente la dictadura terrorista del gran capital.

El análisis desde la perspectiva marxista –que ejerció un fuerte influjo en Heller, pese a que no se definía a sí mismo como marxista-[110], encon-

---

[108] Véase E. GENTILE, *Fascismo. Historia e interpretación*, op. cit., pp. 42 y 43. No obstante, respecto a la clase trabajadora industrial debe señalarse que el nazismo no logró "entra en las fábricas" como pretendía. El relativo fracaso de esta aproximación a la clase trabajadora había de vivirse en el régimen nazi como un estado de permanente desconfianza hacia unos trabajadores que durante la República de Weimar habían expresado su cultura política en términos antifascistas. Ello no implicaba el recurso exclusivo de la violencia y el terror, sino que exigía la permanente acción de los mecanismos de neutralización, división y, hasta donde se pudiera, integración de los trabajadores. Véase F. GALLEGO, *De Múnich a Auschwitz. Una historia del nazismo, 1919-1945*, Plaza y Janés editores, Barcelona, 2001, p. 317.

[109] En ello influye la idea de la "movilización total" de las masas en la "democracia totalitaria", como proceso que conjuga técnica y peligro. Véase, al respecto, E. JÜNGER, *El trabajador. Dominio y figura*, op. cit.

[110] Es la visión de D. GUÉRIN, *Fascismo y gran capital* (1945), Editorial Fundamentos, Madrid, 1973; y, en parte, también de Neumann, que es lo cierto que aporta una definición de dictadura un tanto simplificada: "Por dictadura entendemos el gobierno de una persona o de un grupo de personas que se arrogan el poder dentro del Estado y lo monopolizan, ejerciéndolo sin restricciones". Cfr. F. NEUMANN, "Notas sobre la teoría de la dictadura", en F.

traban en el fascismo una saturación de las contradicciones del capitalismo en una situación crítica. Por tanto se establecía una íntima conexión entre fascismo y capitalismo, sin que el sistema capitalista aboque necesariamente hacia el fascismo como expresión de la barbarie[111]. En una perspectiva declarativa el fascismo afirmaba la unidad del Estado y la resolución de las contradicciones del capitalismo: se decía que "de 1929 a hoy, la evolución económica y política universal ha fortalecido mayormente estas posiciones doctrinarias. El Estado se agiganta. Sólo el Estado puede resolver las dramáticas contradicciones del capitalismo. La crisis no puede resolverse sino el Estado, en el Estado"[112].

NEUMANN, *El Estado democrático y el Estado autoritario*, Buenos Aires, 1968, p. 219. Debe advertirse que Neumann falleció sin haber podido completar la versión definitiva de este artículo, presentan algunas lagunas.

[111] Se ha encontrado un vínculo intenso entre el ascenso del fascismo y el apoyo de las clases dominantes y, especialmente, del gran capital. En este sentido R. KÜHNL, *Liberalismo y fascismo: dos formas de dominio burgués*, Fontanella, Barcelona, 1978, Segunda Parte ("La crisis de la sociedad burguesa y el intento de una solución radical: El fascismo"). Existe una nítida relación entre fascismo y capitalismo. E incluso, utilizando los discursos de Hitler, se puede decir que éste establecía un nexo entre la empresa industrial capitalista con su principio de rendimiento laboral y su férrea jerarquía autoritaria y su correspondencia, en el plano político, con la dictadura (Ibidem, pp. 154 y 155). En su opinión "la instauración de regímenes fascistas en Italia y Alemania se apoyó en una alianza entre el movimiento fascista y sectores decisivos en la clase dominante. Para poder comprender la función social desempeñada por los regímenes fascistas es necesario, en primer término, determinar con toda precisión los intereses comunes que sirvieron de base a esta alianza" (Ibidem, p. 205). Ciertamente, el fascismo proporcionó al capitalismo la base popular que éste no hubiera podido obtener mediante la democracia burguesa. Y las clases superiores, por su parte, pusieron a disposición del partido fascista los aparatos estatales, económicos y militar que le permitirían implantar la dictadura de partido dentro de las fronteras nacionales y llevar a cabo, en el exterior, una política expansionista. Estos dos objetivos respondían tanto a las ideas del movimiento fascista como a los intereses de las clases superiores (Ibidem, p. 232)

[112] B. MUSSOLINI, *Doctrina del fascismo*, Novísima, Roma, s/f., p. 49. Señala que el Estado fascista es único, y en una creación original. No es reaccionario, sino revolucionario, pues anticipa las soluciones de determinados problemas universales y en el campo moral, las necesidades del orden, de la disciplina, de la obediencia a los dictámenes morales de la patria. El fascismo quiere el Estado fuerte, orgánico y a la vez apoyado en la más amplia base popular. El Estado fascista ha reivindicado para sí también el campo de la economía, y, por intermediario de las instituciones corporativas, sociales y educacionales que ha creado, el sentido del Estado llega hasta las últimas ramificaciones, y en el Estado circulan, encuadradas en las respectivas organizaciones, todas las fuerzas políticas, económicas, espirituales de la nación… El individuo en el Estado fascista no está anulado, sino que antes bien se siente multiplicado, así como en un regimiento un soldado no se siente disminuido, sino multiplicado, por el número de sus camaradas. El Estado fascista organiza a la nación, pero deja margen suficiente a los individuos; ha limitado las libertades inútiles y nocivas, pero ha conservado las libertades esenciales. El que juzga en este terreno no puede ser el individuo, sino solamente el Estado" (Ibidem, pp. 50 y 51). Imperio y disciplina: "El Estado fascista es voluntad de

El enfoque del marxismo crítico, se orienta hacia el factor de clase como elemento explicativo fundamental. Pero los análisis desde este enfoque no son homogéneos. No puede equipararse desde luego el enfoque más enriquecedor y matizado de Franz Neuman[113] con los realizados por los intelectuales proclives al ideario de la Tercera Internacional o con las versiones más ortodoxas que ve en el fascismo la caída de las tasas de beneficios capitalistas y la exigencia de su recuperación[114]. Autores como

---

potencia y de imperio… Podemos concebir un imperio, es decir, una nación que, directa o indirectamente, guía a las otras naciones, sin necesidad de conquistar un solo kilómetro cuadrado de territorio. Para el fascismo, la tendencia al imperio, o sea a la expansión de las naciones, es una manifestación de vitalidad; su contrario, el quedarse en casa, es un síntoma de decadencia: los pueblos que surgen o resurgen son imperialistas, los pueblos que se meren son denunciatorios…" (Ibidem, pp. 52 y 53). En esa dirección había afirmado que el espíritu es universal por su naturaleza misma. Por lo tanto, podemos prever una Europa fascista, una Europa cuyas instituciones se inspiren en las doctrinas y en las prácticas del fascismo. Es decir, una Europa que resuelva, en sentido fascista, el problema del Estado moderno, del Estado del siglo XX, que es muy diverso de los Estados que existían antes de 1789 o que se formaron después. El fascismo actualmente responde a exigencias de carácter universal. Efectivamente, resuelve el tríplice problema de las relaciones entre Estado e individuo, entre Estado y grupos, entre grupos y grupos organizados" (Ibidem, p. 59).

[113] A pesar de que Franz Neumann puede incurrir a menudo en simplificaciones difícilmente aceptables. Así afirmó, en alguna ocasión, que "el Nacionalsocialismo alemán no es otra cosa que la dictadura de una industria monopolista y de grandes propietarios agrícolas, cuya desnudez se cubre con la máscara del Estado corporativo". Cfr. F. NEUMANN, "The Decay of German Democracy", en *Political Quarterly*, 1953. Lo cual contrasta con la concepción más compleja y matizada que realiza en su extraordinario libro, *Behemoth. Estructuras y Prácticas del NacionalSocialismo, 1933-1944* (1944), op. cit.

[114] Es en parte el criterio de D. GUÉRIN, *Fascismo y gran capital* (1945), Editorial Fundamentos, Madrid, 1973, aunque es evidente que el análisis de Guérin no se reduce a esto y contiene aportaciones valiosas sobre la relación entre las fuerzas económico-financieras y el dominio del Estado fascista. Pero este enfoque, si se combina con otros factores explicativos, no es desdeñable porque existió una intensa vinculación entre fuerzas económicas y fascismo. Véase, por ejemplo, CH. BETTELHEIM, *La economía alemana bajo el nazismo*, Editorial Fundamentos, Madrid, 1977; G. M. LUEBBERT, *Liberalismo, fascismo o socialdemocracia*, Prensa Universitaria de Zaragoza, Zaragoza, 1991; J. ZIEGLER, *El oro nazi*, Planeta, Buenos Aires, 1993; M. STEINER, *Hitler*, Vegara, Buenos Aires, 1996. Se aportan datos precisos para Italia en R. SARTI, *Fascismo y burguesía industrial. Italia 1919-1940*, Editorial Fontanella, Barcelona, 1973. Aunque es un libro divulgativo, se contienen datos concretos del apoyo de sectores económicos en D. MUCHNIK, *Negocios son negocios. Los empresarios que financiaron el ascenso de Hitler al poder*, Belacqva de Ediciones y Publicaciones, Barcelona, 2004. Entre nosotros, A. A. CIERI, "Arbeit mach frei". *El trabajo y su organización en el fascismo (Alemania e Italia)*, Barcelona, El Viejo Topo, 2004, que realza la dependencia del régimen fascista respecto a las grandes empresas y a las corporaciones para sus planes armamentistas y de expansión militar, y como ello terminaba siempre restableciendo el equilibrio entre las elites económicas y políticas en su puja por parcelas de poder y contribuían también a preservar ese capitalismo "militarizado" o capitalismo de guerra que había acabado

Neuman (y todos los que se insertan en la esfera de influencia de la Escuela de Frankfurt) nunca consideraron al fascismo como una especie de etapa final en la evolución del capitalismo. Si apreciaron los factores económicos, políticos y culturales que condujeron al establecimiento de la dictadura fascista como Estado "fuerte" y "totalitario". También sucumbieron a la idea de que el fascismo respondía al deterioro del sistema capitalista, acentuado por las graves consecuencias de la guerra mundial. De este modo el fascismo constituiría una defensa del sistema del capitalismo, que contaría con un importante apoyo popular, integrando una amplia variedad de categorías sociales que se incorporaron a los movimientos fascistas. Igualmente, realzarían el papel central del carisma[115] y otros rasgos peculiares de los nuevos regímenes también fueron claramente reconocidos por varios autores (lo hace Neumann, en "Behemoth").

El análisis del fascismo es más matizado en autores de la tradición cultural del marxismo crítico como Poulantzas, para el cual el Estado fascista es una «forma de Estado de excepción, una forma de régimen de excepción». El Estado fascista es Estado capitalista. Entiende que el fascismo es una forma particular de régimen de la forma de Estado capitalista de excepción, pues existen otras, especialmente el bonapartismo y las distintas formas de dictadura militar". Desde esta perspectiva, el Estado fascista constituye una forma crítica de Estado y de régimen, que se corresponde

---

siendo la Alemania nazi (Ibidem, p. 457). En una perspectiva más amplia, cabe anotar que la recuperación económica fue la fuente necesaria de consenso y la base material indispensable para la expansión imperial del Reich. En este contexto, los empresarios alemanes y el nazismo no eran la misma cosa, pero compartieron zonas cruciales del proyecto, incluyendo el racismo laboral, cuando se recurrió a mano de obra esclava para solventar las carencias del mercado de trabajo. Igualmente, aunque a menudo se presenta al nazismo como el proyecto orgánico de la clase media, la influencia real de este sector en las decisiones económicas del régimen es más que discutible. El rearme necesario para la expansión imperialista fue la finalidad profunda de la recuperación económica alemana, aunque se realiza una campaña ideológica a favor de una salida de la depresión que contemplara el pleno empleo como objetivo prioritario. Véase F. GALLEGO, *De Múnich a Auschwitz. Una historia del nazismo*, *1919-1945,* Plaza y Janés editores, Barcelona, 2001, pp. 310 y 311.

[115] La función simbólica del carisma de Hitler tenía mayor eficacia y plena verificación al unirse con el otro gran mito de la sociedad nazi, el de la comunidad popular o *Volksgemeinschaft*. Así, el Führer es la personificación de la idea, pero también el símbolo de la comunidad, el cuerpo visible de la misma. En una cultura que rechaza la complejidad de las abstracciones propias de la sociedad liberal, esta encarnación es requerida como el fundamento de una comunicación entre el líder y la comunidad, pero también de ésta consigo misma. Esta ida entronca con la precedente tradición del nacional-populismo alemán. Cfr. F. GALLEGO, *De Múnich a Auschwitz. Una historia del nazismo, 1919-1945*, op. cit. p. 294.

a una crisis eminentemente política[116]. Se sitúa en un estadio de desarrollo histórico singularizado por la modificación del papel del Estado (intervencionista y conformador de la sociedad). En este sentido, el proceso de "fascistización" correspondía a una etapa y estrategia ofensivas por parte del bloque en el poder y, en particular, por parte del gran capital. Pero se observa igualmente que el proceso de "fascistización" enlaza con una crisis ideológica de la clase obrera y de sus organizaciones de defensa[117].

Por otra parte, desde el punto de vista de las estructuras político-jurídicas, se observa que el Estado fascista determinó modificaciones significativas del sistema jurídico imperante. El Estado de excepción del fascismo comporta una modificación singular del ordenamiento jurídico, el cual pierde los atributos propios del Estado de Derecho y se encuentra sustituido por un Estado arbitrario y policial[118]. Frente a la funcionalidad jurídica nor-

---

[116] N. POULANTZAS, *Fascismo y dictadura. La III Internacional frente al fascismo*, Siglo veintiuno editores, Madrid, 3ª ed., 1973, p.3.

[117] N. POULANTZAS, *Fascismo y dictadura*, op. cit., p. 160.

[118] En el caso del Estado nacional-socialista se construye en contraposición con el Estado liberal: "El Estado liberal comprende, como principios esenciales, los siguientes: 1. El Estado de derecho está identificado con el Estado legal. 2. La habilitación legislativa es necesaria para los actos del Estado que atenten contra las libertades y la propiedad. 3. Se establece la legalidad esencialmente en interés de los individuos. Estando los tres principios indicados, en contradicción con la doctrina nacional-socialista, ha sido preciso modificarlos en el sentido de llegar a una conveniente concepción del Estado de derecho". Por lo pronto se parte de la diferenciación del Estado de derecho y Estado legal: "La doctrina nacional-socialista excluye dicha identificación del Estado de derecho con el legal. La misma da a la frase Estado de derecho su verdadero sentido, o sea, el sometimiento al derecho y no a la ley. El principio de juridicidad ha sustituido al de la legalidad. Tal es el primer carácter que la doctrina nacionalsocialista atribuye al Estado de derecho. Efectivamente, el nacional-socialismo excluye en cierta medida al positivismo jurídico. Lo excluye en el sentido de que no admite que la materia jurídica sea obra propia y exclusiva del legislador y se contenga por completo en la ley. El derecho se establece con independencia del legislador y de la ley, por el solo hecho de la existencia de la comunidad del pueblo, toda vez que constituye el ordenamiento vital del pueblo, mediante el cual su permanencia y desarrollo quedan asegurados. Corresponden únicamente al legislador, que es el Führer, tomar en consideración dicho derecho emanado del pueblo y enunciarlo. De la meritada distinción entre el derecho y la ley, así como entre sus relaciones respectivas, resulta que los agentes del Estado se hallan realmente sometidos al derecho y no solamente a la ley… El Estado está directamente sometido al derecho popular, toda vez que éste es anterior y exterior a la ley... Así, pues, la ley no contiene todo el derecho, dejando parte de él fuera de sí misma… Finalmente, puede decirse que el Estado nacional-socialista es … un Estado de derecho en el sentido estricto de la palabra. No está únicamente ligado por las leyes establecidas por la Führung. Lo esta asimismo por el derecho, toda vez que la ley no ha previsto el caso particular planteado…" Cfr. R. BONNARD: *El Derecho y el Estado en la Doctrina Nacional-Socialista*, 2ª ed., corregida y aumentada, Bosch, Barcelona, 1950, pp. 208 a 210. En lo que se refiere a las relaciones entre el juez y la ley:

mal del Estado liberal de Derecho, "en la forma de Estado de excepción, y en grados diversos, las formas de funcionamiento político del derecho son diferentes. Por un lado, en el Estado fascista el Derecho ya no regula de modo garantista. Se instala la arbitrariedad en la decisión pública, otorgando libertad de acción a los órganos decisorios. La legitimidad de la decisión «eficiente» determina en lo jurídico la quiebra de la ley en su previsibilidad y calculabilidad, de manera que el paradigma garantista se ve desplazado por el modelo decisional basado casi siempre en conceptos jurídicos indeterminados[119]. Por otro lado, el Estado fascista, como Estado de excepción, tiene atribuido un poder prácticamente ilimitado e invasor de las esferas privadas del individuo (las cuales en sí mismas son en gran medida objeto de cuestionamiento). El Estado fascista se dota de un orden jurídico que da cobertura a sus formas típicas de intervención. Es también el Estado del capitalismo: un capitalismo de Estado autoritario[120] y no democrático, en el cual todas las actividades económicas fundamentales son realizadas desde la intervención consciente del gobierno de la economía. El derecho presenta, en el Estado fascista, las mismas características esenciales que el derecho en la forma de Estado intervencionista.

El Estado fascista, como Estado de excepción, deja sustancialmente intactos en lo principal los fundamentos institucionales del sistema del capitalismo desarrollado, y sólo establece aquellas modificaciones estimadas como necesarias para la dinámica de funcionamiento del nuevo orden que se pretende instaurar. El Estado fascista alteró los mecanismos de representación política y social: se instauró un régimen de partido único de masas, se suprimió el principio de sufragio universal (desplazado por el reclamo de

---

el juez queda encargado de asegurar el respeto, no ya solamente a la legalidad, sino también de la juridicidad, toda vez que de esta forma conserva el derecho, defiende el ordenamiento vital del pueblo destinado a asegurar la existencia y el desarrollo del mismo, y pone, por consiguiente, su actividad al servicio de aquella comunidad. Por consiguiente para el juez el principio de juridicidad debe sustituir o prevalecer sobre el de legalidad (Ibidem, pp.210 y 211). He aquí por qué la intervención del juez proviene no solamente de la legalidad, sino también de la juridicidad (Ibidem, p. 212). Es importante tener en cuenta el pensamiento de Radbruch, y su idea de arbitrariedad legal. Véase J. L. MONEREO PÉREZ, "La filosofía de Gustav Radbruch: Una lectura jurídica y política", estudio preliminar a la obra de G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, Comares, Granada, 1999.

[119] La utilización sistemática de conceptos jurídicos indeterminados supone que se desplazan la certidumbre y la calculabilidad hacia el exterior de la norma, siendo así que todos los conceptos jurídicos se hacen indeterminados. Cfr. G. AGAMBEN, *Homo sacer: El poder soberano y la nuda vida*, Pre-textos, Valencia, 1998, pp. 218 a 220.

[120] Véase J. J. LINZ, *La quiebra de las democracias*, Alianza editorial, Madrid, 1996.

formas plebiscitarias o de referéndum[121]) y el principio de libre sindicación, con el reconocimiento exclusivo de los sindicatos fascistas y de las corporaciones profesionales. La preponderancia del ejecutivo sobre el legislativo dentro del marco del Estado totalitario intervencionista. La conclusión, en este enfoque más matizado, es la explicación del fenómeno político específico que constituye el fascismo como una forma particular de régimen de la de la forma de Estado capitalista de excepción[122].

---

[121] Se advirtió que "la representación política tiende a tomar un nuevo aspecto. No se construye ya sobre la identidad, en cuanto al contenido, entre la voluntad popular y la del representante, sino que tiende a organizarse a base de una confianza otorgada por el pueblo a sus representantes con relación a las decisiones a tomar. El pueblo deposita su confianza en sus representantes, cediendo a favor de los mismos toda libertad de decisión. Encantados por las ideas simples y los fines generales que les han sido propuestos, halagados en sus intereses y sentimientos, los electores confiasen a los que ellos han designado, tomando a veces aquella confianza un carácter más o menos místico, para cesar, por consiguiente, de ser racional. En otros términos, una representación-confianza ha sustituido a la representación-mandato. Resulta de ello una muy notable ampliación de la libertad decisoria del representante". Cfr. R. BONNARD, *El Derecho y el Estado en la doctrina nacional-socialista*, cit., p. 237. Añade, además, «un ejemplo de dicha transformación de la democracia representativa puede verse en el hecho de que donde se produce la misma reina una alejamiento absoluto y hasta una marcada hostilidad para cuanto se refiere a los procedimientos de consulta popular o de disolución de las asambleas. Y es que, en efecto, dichos medios tienden a determinar el contenido de la voluntad de los representantes según la voluntad popular efectiva. La mencionada evolución de las democracias hacia la representación-confianza, constituye cierta descomposición del régimen representativo. Dicho régimen debe conservar, para poseer realmente aquel carácter, el principio democrático, en virtud del cual el pueblo se gobierna a sí mismo, no directamente, como en la democracia directa, sino en virtud de intermediarios autorizados a dicho efecto. Ahora bien, con la representación-confianza, el pueblo tiende a renunciar más o menos a gobernarse a sí mismo; propende a abandonarse a sus representantes para ser gobernado por ello. En este caso, si el meritado abandono se produce sin imponer previas condiciones, si procede de un misticismo más o menos ciego, insensiblemente el principio democrático desaparece, colocándose en lugar el poder personal. Éste es precisamente el camino que ha seguido el nacional-socialismo. Pero no se ha detenido aquí. Al principio ha constituido un movimiento netamente popular, con todas las apariencias de tendencias democráticas. El partido nacional-socialista se ha dirigido al pueblo y, por medio de una intensa propaganda, se ha esforzado en convertirle a su doctrina con el intento de hacerse atribuir por él el poder. Ha querido llegar al gobierno, no por medio de un golpe de Estado, sino llevado por las masas populares. Conseguida la meta, el partido nacional-socialista ha solicitado la confianza del pueblo. … Dicha confianza depositada en esta forma en el Führer por el pueblo, ha sido absoluta, hasta el punto de que el sistema ha evolucionado rápidamente hacia el poder personal y autoritario…. Consiguientemente, si el régimen nacional-socialista se halla en oposición con la idea tradicional de la democracia que implica la representación-mandato, no se halla, en cambio, por completo, fuera de la citada democracia, por cuanto aquél va ligado a la idea de representación-confianza (BONNARD, p. 238). Cabe anotar la importancia, a menudo desatendida en la literatura crítica sobre el fascismo y el nacionalsocialismo, de los componentes míticos y populares, que es lo que hizo del fascismo un verdadero "movimiento de masas".

[122] Véase N. POULANTZAS, *Fascismo y dictadura*, op. cit., p. 424.

En la tradición de la izquierda se ha insistido no sólo en el factor de clase sino también en la dimensión psicosocial del fascismo y en la conformación de la "personalidad autoritaria". Esa personalidad autoritaria se vincularía al sentimiento de inseguridad y a la quiebra de los valores esenciales por parte de las clases medias y bajas de la sociedad. El "miedo" cuando transcurrió la época de la inseguridad (es emblemática la reflexión de Stefan Zweig en su libro de memorias[123]) y el resentimiento ante las diferencias de clase. Hipótesis de clase. El fascismo se sitúa en un contexto de inseguridad, de desconcierto y decadencia del sistema de valores en el proceso de modernización. En cierto sentido se puede considerar como una respuesta a los dilemas planteados por la modernidad. El enfoque de las premisas sociopsicológicas del lenguaje fascista desde posiciones próximas a Erich Fromm y Adorno es realizado por L. Winckler, que se apoya en la noción de "personalidad autoritaria" de Th. W. Adorno, y señala que el éxito del fascismo se cimentaba en el hecho de que metamorfoseó la función de los institutos destructivos de las masas sometidas y logró emplearlos durante algún tiempo para servir a la estabilización de su propio dominio. Especialmente sensibles a la propaganda fascista son las capas sociales de la pequeña burguesía y de la clase media burguesa; éstas reaccionan frente a su vulnerabilidad estructural ante las crisis económicas propias del capitalismo tardío[124].

Vinculando el fenómeno político específico del fascismo con la sociedad de masas y con los conflictos inherentes a la misma, y marcando diferencias con el enfoque estrictamente clasista, se ha insistido en las noción de "movilización total"[125] y el surgimiento de nuevos modos de contacto vinculadas con lo que Mannheim llamó "democratización fundamental", es decir, un proceso a través del cual la sociedad industrial moderna impulsó hacia la acción a categorías y clases sociales que antes ocupaban

---

[123] S. ZWEIG, *El mundo de ayer*, en *Obras completas. Memorias y ensayos*, Editorial Juventud, Barcelona, 1953, observa que «si me propusiera encontrar una fórmula cómoda para la época anterior a la primera guerra mundial, a la época en que me eduqué, creería expresarme del modo más conciso diciendo que fue la edad dorada de la seguridad» (Ibidem, p. 1293).

[124] L. WINCKLER, *La función social del lenguaje fascista*, Ariel, Barcelona, 1979, especialmente, p.107 y ss. La obra más completa sobre el tema sigue siendo la de J-P FAYE, *Los lenguajes totalitarios*, Taurus, Madrid, 1974, y su ensayo «Crítica de los lenguajes y análisis de clase. Lenguajes totalitarios: fascismo y nazismo», en Mª A. MACCIOCCHI (Coord.), *Elementos para un análisis del fascismo (I)*, El Viejo Topo-Editorial Mandrágora, Barcelona, 1978, pp.127 y ss.

[125] Ya el mismo E. JUNGER*: El trabajador. Dominio y figura*, Tusquets, Barcelona, 1993.

tan sólo un rol pasivo en la vida política[126]. La noción de ciudadanía había tenido una fuerte expansión, mediante la atribución de derechos políticos y sociales a todas las capas de la población. Lo cual incrementó su influencia política potencial[127]. Este análisis de la sociedad de masas puede ser útil si se utiliza de manera no unilateral, sino en combinación con los enfoques más omnicomprensivos.

Pero las posiciones de Heller eran más complejas y alcanzó a entrever la dimensión moral y cultural del fenómeno, la cual se imbricaba con el factor clasista a modo de una malla. Es de realzar en él que evidenció el componente mítico[128] y deshumanizador del fascismo. La emergencia del hombre-masa y el indiferentismo moral del régimen fascista. Heller subrayaría también que, no obstante, no es sólo el "terror", sino también el miedo, es decir, atendiendo a los procesos psicológicos de la dictadura fascista, cuando fallaban los elementos de integración predispuestos. Ciertamente, las dos tendencias antagónicas del industrialismo son esenciales para la comprensión de la dictadura moderna. El elemento autoritario facilita el surgimiento de la dictadura moderna. Pero el aspecto cooperativo obliga a la dictadura a hallar alguna manera de reemplazar la solidaridad basada en un interés nacional (tal como el interés de clase) por alguna otra identificación que, en lugar de socavar la dictadura, la fortalezca. La circunstancia de que, a pesar de todo, "triunfaron" nos lleva a un último e inquietante problema, a saber: los procesos psicológicos vinculados con la dictadura. El problema básico es el de la angustia y el miedo y su función en la vida política. Ello permite comprender mejor la aparición y el mantenimiento de movimientos totalitarios y el funcionamiento del Estado totalitario[129]. Hay que tener en cuenta que "el verdadero objetivo del fascismo era sólo apoderarse del poder e instalar a la elite fascista como dominadora indiscutida del país". Es un fenómeno de mayor densidad, pues "el totalitarismo nunca se contenta con dominar por medios externos, es decir, a través del Estado y de una maquinaria de violencia; gracias a su ideología peculiar y al papel asignado a ésta en ese aparato de coacción, el totalitarismo ha descubierto

---

[126] Véase K. MANNHEIM, *El hombre y la sociedad en época de crisis*, trad. de Francisco Ayala, Edersa, 1936.

[127] Véase H. MARSHALL,T *Ciudadanía y clase social* (1950), en H. MARSHALL,T. y T. BOTTOMORE, *Ciudadanía y clase social*, Alianza editorial, Madrid, 1998; J. L. MONEREO PÉREZ, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordinamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.

[128] E. CASSIRER, *El mito del Estado*, FCE, México, 1947; y G. FERRERO, *El poder. Los genios invisibles de la ciudad,* Alianza editorial, Madrid, 1991.

[129] F. NEUMANN, *El Estado democrático y el Estado autoritario*, Buenos Aires, 1968, pp. 236 y 237, y reflexionando sobre "Angustia y política", Ibidem, pp. 250 y ss.

unos medios de dominar y de aterrorizar a los seres humanos desde dentro. En este sentido, elimina la distancia entre los dominadores y los dominados y logra una condición en la que el poder y la voluntad de poder no desempeñan papel alguno o, en el mejor de los caso, desempeña un papel secundario. En sustancia, el líder totalitario no es nada más ni nada menos que el funcionario de las masas a las que conduce; no es un individuo hambriento de poder y que impone una tiránica y arbitraria voluntad sobre sus súbditos"[130]. En esa dirección, aparece nítido que la actividad de propaganda totalitaria supone un perfeccionamiento de las técnicas de la propaganda de masas, pero no comporta su invención ni tampoco origina su temática. Todo ello se fue gestando a lo largo de las décadas previas de auge del imperialismo y del proceso de deterioro y desintegración de la forma del Nación-Estado, cuando la "masa" (muchedumbre) se incorporó activamente en el ámbito de la política europea[131]. Por otra parte, resulta esclarecedor el hecho de que el auténtico fin de las formas de propaganda totalitaria no ha sido sólo la persuasión, sino ante todo la organización: la "acumulación de poder sin la posesión de los medios de violencia"[132]. Desde ese punto de vista es más que dudoso el enfoque liberal del fascismo como simple "enfermedad moral" degenerativa, como una "patología" en una sociedad supuestamente "normal" basada en un tipo de hombre "normal". Las insuficiencias se aprecian, entre otras cosas, porque este enfoque no permite "explicar" los factores sociales de base objetiva que concurrieron también en el auge e instalación del fascismo en el poder. En ello insisten no sólo las direcciones del marxismo crítico, sino también ciertos análisis pioneros sobre la crisis del liberalismo y la democracia de masas y el surgimiento de las ideologías y movimientos totalitarios[133]. El hombre-masa

---

[130] H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, Vol 2, Planeta-Agostini, Barcelona, 1994, p.407.

[131] H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, Vol 2, op. cit., p. 436.

[132] H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, Vol 2, op. cit., p. 447. El fascismo tenía un dinamismo interno y en gran medida necesario para garantizar su propia supervivencia como régimen totalitario. Conviene anotar que "el poder significa un enfrentamiento directo con la realidad, y el totalitarismo en el poder está constantemente preocupado de hacer frente a este reto. La propaganda y la organización ya no bastan para afirmar que lo imposible es posible, que lo increíble es cierto, que una insana consistencia domina al mundo... La lucha por la dominación total de la población total de la Tierra, la eliminación de toda realidad no totalitaria en competencia, es inherente a los mismos regímenes totalitarios; si no persiguen como objetivo último una dominación global, lo más probable es que pierdan todo tipo de poder que hayan ya conquistado. Incluso un solo individuo no puede ser absoluta y fiablemente dominado más que bajo condiciones totalitarias globales" (Ibidem, p. 482).

[133] Es el caso de J. ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas* (1929), en *Obras Completas*, Vol IV, Madrid, 1984, un típico liberal desencantado.

podría conducir fácilmente hacia el totalitarismo como nueva forma de dominio político que aspira a un control total de la sociedad civil, borrando (o, al menos, intentándolo) todas las fronteras entre la esfera pública y privada[134]. En la línea de las últimas aportaciones más novedosas se percibe en el fascismo un "género" que encuentra "especies" muy diversas atendiendo a las diferentes tradiciones históricas de los países donde encontró su nacimiento e implantación[135]. Es también cierto que en no pocos casos las pretendidas visiones objetivistas, e incluso neutrales, a menudo no lo son tanto, pueden ocultar (más allá de que ello sea o no deseado) la relevancia de las ideologías y de los factores políticos de clase y de poder económicos[136]. Lo que no parece servir es un análisis unidimensional del tipo fascismo fase superior de las contradicciones del capitalismo, ni tampoco del fascismo como desajuste moral de una sociedad compleja como aproximación funcionalista al problema.

---

[134] Reflexiones sobre la compleja problemática entre la sociedad civil y la estructura político-institucional se puede hallar en A. ARATO. y J. L. COHEN, *Sociedad civil y teoría política*, FCE, México, 2000.

[135] El análisis de las distintas interpretaciones es particularmente lúcido y clarificador en E. GENTILE, *Fascismo. Historia e interpretación*, cit., p. 56 y ss., con referencia a las posiciones no unívocas de historiadores como Mosse, Nolte, Eugen Weber o Renzo de Felice.

[136] Ahora bien, algunos análisis renovadores sobre el pensamiento fascista, como es el caso de De Felice no dejan de ser en cierto modo criticables por su visión no siempre crítica. Se ha señalado al respecto que "cuando se hizo evidente que De Felice no era tan hostil al Duce como la cultura de la izquierda, el laboratorio biográfico pasó a convertirse en un imán para fascistas supervivientes que le otorgaron libre acceso a sus documentos y diarios...". Es más, se afirma, "a De Felice, como intérprete de Mussolini, hay que leerlo con mucha precaución. Sobre todo en los últimos volúmenes de su obra, en los que procura a menudo exculpar al Duce y se muestra ferozmente despectivo con lo que a él le gustaba calificar como la superficialidad periodística del "tópico antifascista"". Quien esto afirma es el autor de una de los más completos estudios biográficos y contextuales realizados sobre Mussolini. Se trata de R. J. BBOSWORTH, Mussolini, Ediciones Península, Barcelona, 2003, p.19. Resulta problemática, por ejemplo, "la idea de De Felice de un fascismo poseído por dos almas opuestas, el "movimiento fascista" radical y el "régimen fascista" conservador..., que Mussolini siguiese manteniendo una relación con ambos indica que su versión del fascismo, más que escindida entre moderación y revolución, estaba edificada a partir de ambos elementos y se basaba en ellos, pese a que eran claramente contradictorios. Mussolini, en su preferencia por la táctica sobre la estrategia y su tendencia a limitarse a la mera "política", había decidido no elegir entre esta o aquella definición "básica" del fascismo (o de su propio personaje). La cuestión fundamental de Mussolini y de su régimen es que fue, y tenía que ser, conservador y radical al mismo tiempo...". Se puede pensar que esa doble versión constituye una singularidad del fascismo italiano (Ibidem, pp. 25 y 26). El "fascismo no abrió en ningún sentido serio una tercera vía hacia el futuro entre el capitalismo liberal y el socialismo de Estado" (Ibidem, p. 27). Esa distinción entre "fascismo movimiento" y "fascismo régimen", que es el resultado de la acción política de Mussolini en el poder en un esfuerzo de identidad y cohesión interna

Al final el fascismo se mostró como una forma de poder que pretendía liberarse de toda sujeción tanto a los poderes democráticos como respecto a los poderes económicos, pese a que ambos (la masa popular y las fuerzas económicas) le ayudaron decisivamente en el acceso al poder político institucional). En parte ahí reside su especificidad. Se ha hablado del experimento de un fenómeno inédito de "cesarismo totalitario"[137] que se originó con la conquista "legal" del monopolio del poder por el Partido Fascista, un "partido de milicia" por su naturaleza dirigido a destruir el régimen parlamentario y a construir un Estado totalitario[138]. Se ha advertido que "el Estado fascista, a finales de los años treinta, era un sistema político que podríamos definir como "cesarismo totalitario", esto es, una dictadura carismática de tipo cesarista, integrada en una estructura institucional basada en el partido único y en la movilización de la masas, y en continua construcción para hacer conforme al mito del Estado totalitario, conscientemente adoptado como modelo de referencia para la organización del sistema político, y concretamente operante como código fundamental de creencias y comportamientos para el individuo y para las masas"[139].

---

del fascismo, había sido formulada por A. LYTTELTON, *La conquista del potere. Il fascismo dal 1919 al 1929*, Bari, 1974, p. 610.

[137] Gramsci ya se había aproximado al fascismo desde un punto de vista similar, véase A. CRAMSCI, *Sobre el fascismo*, (prólogo y selección de Enzo Santarelli), Ediciones Era, México, 1979.

[138] E. GENTILE, *Fascismo. Historia e interpretación*, op. cit., p. 63.

[139] E. GENTILE, "El fascismo italiano", en J. A. MELLÓN (Coord.), *Orden, Jerarquía y comunidad. Fascismos, dictaduras y postfascismo en la Europa contemporánea*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 95. Gentile parte de una noción previa de totalitarismo, que define como "un experimento de dominio político, organizado en un partido rígidamente disciplinado, con una concepción integralista de la política, que aspira al monopolio del poder y que, después de haberlo conquistado, por vías legales o extralegales, destruye o transforma el régimen preexistente y construye un Estado nuevo, fundado sobre el régimen de partido único, con el objetivo principal de conseguir la conquista de la sociedad, es decir, la subordinación, la integración y la homogeneización de los gobernados, sobre la base del principio de la política integral de la existencia, tanto individual como colectiva, interpretada según las categorías, los mitos y los valores de una ideología sacralizada en la forma de una religión política, con el propósito de plasmar el individuo y las masas a través de una revolución antropológica, para regenerar al ser humano y crear un hombre nuevo, dedicado en cuerpo y alma a la realización de los proyectos revolucionarios e imperialistas del partido totalitario, con el fin de crear una nueva civilización de carácter supranacional" (Ibidem, p. 81). Por otra parte, "el presupuesto fundamental del régimen totalitario es un movimiento revolucionario de masas, con una ideología integralista y la volición de la conquista del monopolio del poder político. Con el término "revolucionario" ahora utilizado se quiere definir: un fenómeno de movilización de una masa social extraña a la vida política, guiada por una élite emergente, que no acepta los valores y la autoridad de la clase política que detenta el poder, que impugna el sistema político y/social, y que conquista el poder para destruirlo o para transformarlo a fin de crear un nuevo

Sin embargo, cabría precisar que más que de dictadura cesarista (donde el poder dictadura se asienta en el apoyo de las masas y el uso de fuertes instrumentos de coerción y violencia organizada), cabe hablar en el fascismo contemporáneo de «dictadura totalitaria», en la cual no sólo se refuerza el monopolio de la violencia y las técnicas de coerción y se ostenta un amplio apoyo de masas, sino que adicionalmente el poder penetra en todo el entramado social, mediante el control de los medios de comunicación y del sistema educativo. Con lo cual se obtiene un control total de la sociedad, incluso alcanzando a hacer desaparecer toda frontera entre lo público y lo privado[140]. Rasgos totalizadores que fueron evidenciados por el mismo Heller en la obra "Europa y fascismo".

Esa complejidad del fascismo ha sido tomada en consideración, aunque con distintas expresiones, en las nuevas corrientes interpretativas del fenómeno. Así George Mosse acentúa la dimensión cultural del fascismo, viendo en él una actitud ante la vida fundada en una mística nacional que podía variar de una nación a otra. Fue también una revolución que se esforzó por descubrir una "tercera vía" entre marxismo y capitalismo, pero que, sin embargo, intentaba huir de un cambio económico y social concreto replegándose sobre su ideología[141]. En dirección análoga define el "fascismo genérico" el politólogo Roger Eatwell, entendiendo que el fascismo es una ideología que trató de determinar un renacer social sobre la base de una tercera vía radical de tipo nacional-holista, a pesar de que en la práctica tendió a subrayar el estilo, especialmente la acción y el líder carismático, más que programas detallados, y se consagró a la "demonización" maniquea de sus enemigos. Por su parte está la conceptualización tipológica de Payne: Una forma de ultranacionalismo revolucionario para el renacimiento nacional, basado en una filosofía fundamentalmente vitalista, y estructurado sobre un utilitarismo extremo, sobre la movilización de masas y en el principio de primacía del líder; tiene una actitud positiva en relación a la violencia como fin y como medio y tiende a dar carácter normativo a la guerra y/o a las virtudes militares[142]. La definición del "fascismo genérico" que propone Gentile

---

régimen. Por otra parte, el régimen creado por el partido revolucionario totalitario es un sistema político fundado sobre la simbiosis entre Estado y partido…" (Ibidem, p. 82).

[140] El aspecto de formación de personas autoritarias, fue destacado por T. W. ADORNO y otros: *La personalidad autoritaria*, Gráficas Yunque, Buenos Aires, 1965.

[141] G. L. MOSSE, *La nacionalización de las masas*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

[142] Ortega y Gasset lo había percibido perfectamente cuando ya en 1925 hacía notar que Mussolini "siempre ha hecho constar que conservaría el Parlamento mientras fuese dócil… No pretende el fascismo gobernar con derecho; no aspira siquiera a ser legítimo. Ésta es, a mi juicio, su gran originalidad, por lo menos su peculiaridad; y yo añadiría: su profundidad y su

se basa en la correlación entre la "dimensión organizativa", que concierne la composición social, la estructura asociativa, el estilo de vida y los métodos de lucha de partido; la "dimensión cultural", que se refiere al modo de concebir al hombre, las masas y la política, es decir, a la ideología y su sistema de principios, valores y fines; la "dimensión institucional", que atañe al conjunto de las estructuras y de las relaciones que constituyen el régimen fascista en sus aspectos peculiares[143]. En definitiva, ello confirma la utilidad de la orientación tipológica de las definiciones multidimensionales y no artificialmente simplificadoras. Al final toda definición del fascismo aparece limitada, ante la misma complejidad del fenómeno y los matizados componentes ideológicos que, en no poco, se encontraban en el pensamiento político desde los años ochenta del siglo XIX en adelante.

Esa naturaleza compleja ha permitido afirmar que el fascismo en el poder es reflejo de un compuesto, resultante de una poderosa amalgama de ingredientes conservadores, nacionalsocialistas y de la derecha radical diferentes pero casables, unidos por enemigos comunes y por la pasión común por una nación regenerada, dinamizada y purificada, aunque para ello sea preciso prescindir de las instituciones libres y del Estado de Derecho. Las cosas son complejas: considerar el fascismo simplemente como instrumento capitalista nos deja a la deriva en dos aspectos. Pero no hay duda alguna de que hubo cierto beneficio mutuo. Capitalismo y fascismo se hicieron compañeros de cama factibles (aunque no inevitables, ni siempre cómodos). La historia evidencia la multiplicidad de apoyos sociales del fascismo y su relativo éxito en la formación de un movimiento compuesto que incluía elementos de todas las clases. El fascismo aparece como una nueva religión política, y, en tal sentido, toma prestados elementos de la cultura religiosa de la sociedad en que pretenden penetrar. En cierto modo, «el fascismo consiguió llenar un vacío abierto por la secularización de la sociedad y de la moralidad». De ahí que puede verse en el fascismo como una forma de conducta política caracterizada por una preocupación obsesiva por la decadencia de la comunidad, su humillación o victimización y por cultos compensatorios de unidad, energía y pureza, en que un partido con

---

virtud. Ahora se comprende el papel singularísimo que representa la violencia fascista y que la diferencia de las demás. En el fascismo, la violencia no se usa para afirmar e imponer un derecho, sino que llena el hueco, sustituye la ausencia de toda ilegitimidad. Es el sucedáneo de una legalidad inexistente… El fascismo y sus similares administran certeramente una fuerza negativa, una fuerza que no es suya –la debilidad de los demás-. Por esta razón son movimientos transitorios, lo cual no quiere decir que duren poco". Cfr. J. ORTEGA Y GASSET, "Sobre el fascismo. II- Ilegitimidad" (1925), en *Obras Completas*, vol. 2, El Espectador, Alianza Editorial, Madrid, 1983, pp. 501 a 504.

[143] E. GENTILE, *Fascismo. Historia e interpretación*, op. cit., pp. 88 y 89.

una base de masas de militantes nacionalistas comprometidos, trabajando en una colaboración incómoda pero eficaz con elites tradicionales, abandona las libertades democráticas y persigue con violencia redentora y sin limitaciones éticas o legales objetivos de limpieza interna y expansión exterior. Por otra parte, la ideología fascista no fue estática, pues estuvo cambiando constantemente (Franz Neumann) y su sistema de creencias se moduló cuando convino a las exigencias de adaptación a las circunstancias cambiantes[144].

(Apartados 3, 4 y 5 en el siguiente número)

RESUMEN

El presente trabajo recoge la primera parte del estudio realizado sobre Hermann Heller y su crítica al régimen fascista italiano. En su libro «Europa y el Fascismo» (1931) el autor elabora una investigación del modelo fascista, cuyo análisis político y jurídico arroja un resultado de condena del régimen. La primera parte del trabajo recogida en este número analiza la teoría crítica del fascismo elaborada por Heller en un contexto histórico concreto de crisis de la democracia y de «crisis política en Europa» según constataría el autor. Por otro lado, se analiza la caracterización del modelo fascista según la interpretación de Heller para, a continuación, establecer su confrontación con otras teorías sobre el fenómeno fascista.

PALABRAS CLAVE: Fascismo, dictadura, democracia, Estado de Derecho.

ABSTRACT

The present work gathers the first part of the study developed about Hermann Heller and his criticism to the Italian fascist regime. In his book «Europe and the Fascism»(1931) the author develops an investigation of fascist model and the legal and political analysis shows a condemnation to the regime. The first part of the paper which is included in this number analyzes the critical theory of fascism developed by Heller in a particular historic context of crisis of democracy and political crisis in Europe as the author would discover during his work. On the other hand the fascist model description is analysed according to Heller´s interpretation in order to afterwards establishing its confrontation with other theories about fascist phenomenon.

KEY WORDS: Fascism, dictatorship, democracy, Right State.

---

[144] Véase R. O. PAXTON, *Anatomía del fascismo,* cit., pp. 242 y ss. Sobre el surgimiento y los presupuestos fundamentales de la ideología fascista, véase Z. STERNHELL, *El nacimiento de la ideología fascista*, Siglo XXI, Madrid, 1994.

TEXTOS CLÁSICOS

EL ESTADO FEDERAL UNITARIO*

Konrad Hesse
Traducido del alemán por Miguel Azpitarte

SUMARIO

1.- Sobre la teoría actual del Estado federal.
2.- Cambios en la estructura del Estado federal.
3.- Función y esencia de la estructura del Estado federal en relación con el conjunto del ordenamiento constitucional.

1. SOBRE LA TEORÍA ACTUAL DEL ESTADO FEDERAL

La reflexión fundamental sobre el sentido y la esencia de la actual federalización es ocasión para especular teóricamente, incluso si de esta especulación no depende la realidad de la vida del Estado. Pero también es ocasión para hacer presente el sentido actual de la decisión a favor de un Estado Federal, pues de lo contrario el ordenamiento federal de la Ley Fundamental carecerá de una legitimidad sólida y sin ella no ganará fuerza normativa alguna. La falta de una perspectiva sobre la problemática de la formación del federalismo crea el riesgo de obstinarse en imaginaciones ilusorias, con todas las consecuencias que siempre ha tenido el ilusionismo en las preguntas capitales de la vida del Estado. Sólo con el trasfondo de una adecuada teoría del Estado federal y su incardinación plena en una teoría general del Derecho constitucional finalmente será posible alcanzar una comprensión libre de ataduras del instituto "ordenamiento federal" y una interpretación adecuada de los principios constitucionales que lo confi-

---

* El presente trabajo ha sido extraído de K. HESSE, *Ausgewählte Schriften*, editado por P. Häberle y A. Hollerbach, C.F. Müller, Heidelberg, 1984. La fecha de su primera publicación fue 1962.

guran. En la actualidad se presenta con toda urgencia la tarea de clarificar los principios del Estado federal contemporáneo.

1.1. La nueva bibliografía

Quién busque en la bibliografía contemporánea respuestas a la pregunta sobre la esencia, tarea y significado del principio federal en el orden constitucional de la Ley Fundamental, se verá pronto defraudado: chocará con un montón de agudas y cuidadosas discusiones sobre cuestiones concretas del Estado federal. Pero en ningún lado hallará una teoría del Estado federal. Si se encuentra algo, se agota generalmente en frases de contenido general, como aquellas que afirman que la República Federal "es un Estado federal con un sentido específico dentro de la teoría general del Estado"[1] –hecho que, en atención a la ausencia contemporánea de una teoría general del Estado, es necesariamente una referencia en el vacío-. Surgen recepciones acríticas de conceptos e ideas tradicionales[2], que no pueden reclamar sin más su valor, pues tal valor depende de la situación histórica, y ésta se ha transformado de modo esencial. Aparecen nuevos intentos de construir conceptos formales, que pese a la importancia de la clarificación conceptual, no dan el sentido y la justificación del Estado federal, y además reactivan el formalismo de la teoría del Estado del Imperio, cuyos esfuerzos por elaborar una construcción jurídica del concepto Estado federal pudieron tener justificación sólo en aquel entonces[3]. Se hallan –a menudo superficialmente, otras veces yendo a la esencia- aspectos parciales de naturaleza histórica, sociológica o política[4]. Finalmente, también se

---

[1] Cfr. MANGOLDT-KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz*, art. 20, p. 588. El comentario de MAUNZ-DÜRIG se conforma con el intento de describir en términos generales la construcción organizativa del Estado federal (comentario al art. 20, epígrafe 5), para afirmar luego: "En conexión con el sistema del Estado federal se encuentra el principio federal. Bajo este principio se señala... un mandato al legislador, el Gobierno, la Administración y el Poder Judicial para respetar la autonomía del Land y sus peculiaridades desde el punto de vista territorial, cultural, económico o de cualquier otro tipo; al menos en determinado sentido ha de preverse la formulación autónoma de la voluntad política de los miembros (epígrafe 20 del artículo 20). En el mismo sentido, TH. MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, 10 ed., 1961, p. 61, 158 y ss., partidario firme del pensamiento federalista, pero que no ha desarrollado ninguna teoría del Estado federal.

[2] Cfr. MANGOLDT-KLEIN, op. cit., p. 588.

[3] Y esto también es válido para el más amplio y cuidadoso estudio del objeto de referencia, M. USTERIS, *Theorie des Bundesstaates*, 1954, que trata el verdadero problema insinuándolo de manera tangencial bajo la cuestión de "el significado social y técnico del Estado federal". El nuevo intento en este sentido es el de R. HERZOG, "Bundes- und Landesstaatsgewalt im demokratischen Bundesstaat, *DÖV*, 1962, p. 81 y ss.

[4] En esto es significativo el trabajo de F. MEYERS, "Die föderalistische Struktur der Bundesrepublik Deutschland", en *Föderalistische Ordnung*, ed. A. Süsterbenn, o.J., 1962, p. 43 y ss.

encuentran expresiones de duda o crítica en torno al principio Estado federal.

Una teoría del Estado federal debe hacer comprensible el conjunto[5]. Por eso, en el círculo de todas las voces, sólo tienen un significado fundamental aquellas que emprenden una fundamentación y un desarrollo unitario del ordenamiento del Estado federal. Éstas se limitan hoy a los intentos ligados a la teoría social y estatal del federalismo, y a los principios de subsidiariedad y solidaridad a ella íntimamente ligados. Al margen de las diferentes determinaciones del concepto "federalismo" –que según W. Jerusalem conduce a una oposición entre la construcción federal del Estado y el Estado federal[6]-, la extensión y generalidad de estas doctrinas no fundan una teoría específica del Estado federal. En esa concepción de la doctrina social católica, el pensamiento federal, invocado en casi todos los sitios, puede realizarse en otras formas; ni exige ni reclama al Estado federal[7]. Más allá, sin embargo, queda la pregunta sobre en qué medida debe la doctrina social sustituir de este modo a la Constitución. En el ordenamiento del Estado federal suizo se ha subrayado con fuerza que sólo existe la «posibilidad», que no la existencia, de una legitimación de los cantones suizos a través del principio de subsidiariedad y del derecho natural[8].

1.2. ¿Regreso a la antigua doctrina del Estado federal?

En la medida que la nueva bibliografía nos debe una respuesta sobre la cuestión de la esencia contemporánea del Estado federal, podría apelarse a la conexión con la teoría tradicional alemana del Estado federal, cuyo precipitado halló su lugar en la amplia y poco corriente bibliografía del Imperio y de la República de Weimar. Sin embargo, una conexión de este tipo es inadmisible[9].

En primer lugar, no es posible un regreso a la doctrina del Estado federal formada por Paul Laband, dominante durante mucho tiempo. Su "método jurídico estricto"[10] no puede hoy reclamar validez alguna, pues

---

[5] R. SMEND, "Verfassung und Verfassungsrecht", en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 1955 (publicado por primera vez en 1928), p. 244.

[6] *Die Staatsidee des Föderalismus*, 1949.

[7] Como por ejemplo, W. LAFORET, *Föderalismus und Gesellschaftsordnung*, 1947, p. 92 y ss. H. STADLER, *Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus,* 1951, en especial p. 65 y ss, 148; A. SÜSTERHENN, "Föderalismus und Freiheit, en *Föderalistische Ordnung*, p. 39; A. KÖTTGEN, "Innerstaatliche Gliederung un moderne Gesellschaftsordnung", en *Göttinger Festschrift für das OLG Celle*, 1961, p. 80

[8] STADLER, op. cit., p. 167.

[9] La siguiente crítica se limita a las posiciones más importantes y relevantes.

[10] Sobre esto, P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches,* 5ª ed., 1914.

prescinde de todo lo material[11]. En correspondencia, se limita a la cuestión de la construcción conceptual del Estado federal. Su existencia política y su justificación no plantean problemas. Lo problemático es la elaboración jurídica del resultado político alcanzado hasta 1871, en la que la teoría alemana del Estado no tomó parte, llegando rezagada a la unidad nacional construida por Bismarck. Esta construcción, en la que el poder público es la única categoría del Estado y en la que el Derecho se agota en sus elementos lógicos, continúa siendo puramente formal[12]; deja las preguntas fundamentales sin respuesta.

Tampoco es posible la adopción no contrastada de las doctrinas del Estado federal, que en el tiempo de la República de Weimar intentaron superar las viejas teorías; me refiero especialmente a los esfuerzos de Carl Schmitt y Rudolf Smend. Ciertamente la aceptación de estas doctrinas queda cerca, pues el Estado federal se siente como un interrogante y por tanto se reconoce claramente que la tarea no consiste en un construcción formal del Estado federal, sino en aclarar su esencia material[13] –C. Schmitt ha mostrado que la cuestión de la soberanía está abierta[14] y R. Smend que el Estado federal sirve a la integración estatal[15]. Pero ambas doctrinas –las dos son todavía relevantes- están orientadas a un modelo histórico, que no se corresponde ni con el Estado federal de Weimar, ni con el actual, de manera que la consecuencia inevitable es una incongruencia entre la esencia y la realidad del Estado federal.

En la "teoría constitucional de la Federación"[16] de Carl Schmitt, el modelo es la Federación alemana de 1815. Los conceptos elaborados en esa teoría apenas pudieron tener ya algún sentido para el carácter federal del Estado en la época de Weimar, de modo que el núcleo residía en otros elementos distintos a la sustancia federal: en la decisión positiva de la Constitución,

---

[11] Lo que naturalmente no evita, que –en contra incluso de su propia exigencia- sea expresión de una determinada situación histórica y por tanto penetrada por condicionamientos y perfiles políticos determinados.

[12] Una crítica de aquel tiempo sobre las "muchas expectativas y el poco éxito de la discusión", en H. TRIEPEL, "Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern", en *Festgabe für Wilhelm Kahl*, 1923, p. 51. R. THOMA, "Das Reich als Bundesstaat", *HdBDStR* I, 1930, p. 171 y ss.; R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 2333, cfr. también G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2ª ed., 1959, p. 13 y ss.

[13] R. SMEND ha formulado que la función de la teoría del Estado federal consiste en aclarar cómo puede el "Estado federal ser un sistema político pleno de sentido no una concreta situación", *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 225.

[14] *Verfassungslehre,* 1928, nueva edición de 1954, p. 372, y 378 y ss.

[15] *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 225, 270.

[16] *Verfassungslehre*, p. 361 y ss.

que sirve a la descentralización y al complemento jurídico del principio político de la forma Democracia[17].

R. Smend, al determinar la forma de la "esencia del Estado federal"[18], toma el modelo del Imperio federal en 1871. Aquí encuentra el sentido integrador del principio del Estado federal desarrollado con plenitud, pero, en la misma medida que los fundamentos de la Constitución imperial han sido sustituidos por otros en la Constitución de Weimar, su verdadero sentido se ha perdido y el sistema de la integración del Estado federal "sólo se ha conservado en sus restos"[19]; el peso del ordenamiento del Estado federal se ha desplazado al carácter formal de Estado de los Länder y al momento formal de su participación en el poder del Imperio[20].

Esta incongruencia entre el verdadero principio de la Federación, esto es, el Estado federal y sus formas contemporáneas, hace imposible una transposición actual de la doctrina de C. Schmitt o R. Smend. Y es que el principio del Estado federal, que no puede separarse de su realidad, es algo histórico. Una doctrina del Estado federal que da cuenta de la historicidad del principio Estado federal, que se desarrolla a partir de su situación histórica, pero que deja fuera su cambio histórico, termina necesariamente en la presentación antinómica del principio y la realidad del Estado federal. Y así no puede hacerse comprensible la actual naturaleza federal del Estado.

1.3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal: la doctrina de los tres elementos y el principio de confianza federal

Estamos conformes en que nos falta una teoría del Estado federal. Pero quizá la práctica ha llenado esta laguna, atendiendo, aunque sea de modo irreflexivo a las necesidades de la experiencia contemporánea en el Estado federal, y desarrollando ideas capaces de sustituir el fundamento teórico. El intento de abrir un camino que conduzca a un resultado, obliga a observar dos tendencias que han encontrado expresión clara en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.

La primera está en conexión con la idea de "los tres elementos del Estado federal" desarrollada por Hans Kelsen[21] y Hans Nawiasky[22]. Para Kelsen, e igualmente para Nawiasky, de la identificación entre el Estado y el Ordenamiento resulta la articulación en Estado total, Estado superior y

---

[17] *Verfassungslehre*, p. 389.
[18] *Staatliche Abhandlungen*, p. 223 y ss.
[19] *Staatliche Abhandlungen*, p. 270 y ss.
[20] *Staatliche Abhandlungen*, p. 219 y ss.
[21] *Allgemeine Staatslehre* 1925, p. 199 y ss.
[22] *Allgemeine Staatslehre*, 3ª parte, 1956, 151 y ss.

Estados miembros, que se manifiestan en la Constitución del conjunto a través de su delegación en los ordenamientos parciales de los Estados miembros y el ordenamiento parcial del Estado superior. En virtud de los esfuerzos realizados para reforzar a los Länder hasta situarlos en un plano igual a la Federación, esta teoría ha recibido claramente una amplia aceptación. El Tribunal Constitucional Federal la ha hecho suya de manera inequívoca, incluso si ha sido con breves referencias en la decisión Konkordat[23]. Uno de sus defensores es Th. Maunz[24]. W. Geiger, en conexión con la decisión Konkordat, la ha defendido con el fundamento de que los intereses de la Federación de ninguna manera coinciden con los intereses del conjunto[25].

Joseph H. Kaiser ha traído a la luz con toda claridad las objeciones frente al fundamento y las consecuencias de esta teoría[26]. En realidad el texto de la Ley Fundamental no permite aceptar la teoría de los tres elementos; la terminología de la Ley Fundamental tiene sólo sentido, en atención al art. 79.3, cuando se toman como sinónimos los conceptos "Federación" y "República federal". Sin tener en cuenta que no es sostenible la identificación entre Estado y Ordenamiento, condición fundamental de la teoría de los tres elementos[27]. Además está en profunda oposición a cualquier significado imparcial así como a las comprensiones tradicionales de la ciencia jurídica alemana del Estado[28]. En definitiva, es de imposible armonización con la realidad de la Ley fundamental, pues la Federación, de acuerdo con la Constitución, puede tener tareas y perseguir fines distintos a los del "Estado total"[29]. Por todo eso hemos de saludar que el Tribunal Constitucional Federal haya rechazado sin ambigüedades esta doctrina en la reciente decisión «Neugliederung» de 1 de julio de 1961[30].

---

[23] BVerfGE 6, 309 (340, 364).

[24] MAUNZ-DÜRIG, marginales 5 y 6 del art. 20, con la recomendación de "atender a dos partes en la interpretación de la Constitución". El Estado federal con tres miembros también es defendido por R. HERZOG, nota 3, *DÖV*, 1962, p. 81 y ss., cuyas reflexiones contienen la sorprendente variación por la que se niega la cualidad estatal al Estado total.

[25] "Die wechselseitige Treueplflicth von Bund und Ländern", en *Föderalistische Ordnung*, nota 4, p. 116 y ss.

[26] "Die Erfüllung völkerrechtlicher Verträge des Bundes durch die Länder", *ZauslöffRu VR* 18, 1958, p. 530 y ss. Una oposición con argumentos formales se puede hallar en USTERI, nota 3, p. 219 y ss. Para más detalles H. SCHÄFER, "Wie steht es um unsere bundesstaatliche Ordnung?", *NJW*, 1961, p. 1281 y ss.

[27] KAISER, nota 26, p. 534 y ss.

[28] KAISER, p. 531 y ss.

[29] Cfr. también KAISER, p. 535.

[30] DVBl. 1961, 587 (590).

De mayor significado es la segunda circunstancia que vamos a observar: la inesperada actualización y extensión del principio de confianza federal[31] a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que ha elevado el concepto hasta convertirlo en una de las piezas centrales del ordenamiento del Estado federal. Estas tendencias han sido caracterizadas por la tesis de W. Geiger, cuando afirma que tal principio, mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal "ha ganado un significado profundo y conformador del conjunto de los elementos de la Constitución, "que hoy tiene más significado que antes"[32], y que tiene "un significado práctico y teórico más intenso que el principio federal"[33].

Es cierto que este principio ha sido invocado en muchas ocasiones por el Tribunal Constitucional Federal y que en casos concretos ha sido utilizado como el fundamento de la decisión judicial, y que de acuerdo con el Tribunal "de este principio se pueden derivar a partir de las obligaciones expresamente reguladas en la Constitución, tanto concretas obligaciones adicionales de los Länder con la Federación como de la Federación con los Länder, así como límites concretos en el ejercicio de las competencias atribuidas por la Constitución a la Federación y los Länder"[34]. Pero una observación más atenta, muestra que no es necesario añadir este principio constitucional no escrito a la Constitución escrita. Aquí radica la objeción decisiva, pues las disposiciones constitucionales deberían ser la verdadera esencia de este ordenamiento.

El repaso de la praxis del Tribunal Constitucional Federal es ocasión obligada para señalar que el recurso al principio de confianza federal en el sentido "de un principio estructural central y omnicomprensivo en la República Federal alemana"[35] es casi siempre inútil. Cuando se trata del respeto de la Constitución escrita, sea por la Federación o por los Länder, tal obligación nace directamente del orden constitucional en conjunto[36] -no sólo externamente, sino también en su sentido-, de manera que la remisión al principio de confianza federal enturbia la verdadera situación jurídica. Cuando

---

[31] Este es hoy el concepto generalmente utilizado; podemos encontrar otros conceptos similares, como el de "lealtad federal", "lealtad contractual", "obligación de lealtad", "inclinación federal", que pese a algunos acentos específicos describen la misma cosa. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal se aplican con un significado idéntico los conceptos de "lealtad federal" y "confianza federal". Cfr. en este sentido W. BAYER, *Die Bundestreue,* 1961, p. 26.

[32] Nota 25, p. 114.

[33] Op. cit, p. 123.

[34] BVerfGE 12, 2005, 225.

[35] GEIGER, nota 25, p. 114.

[36] Así mismo lo ha dispuesto con claridad el TCF, BVerfGE 8, 122. No queda claro por qué es necesario el recurso al principio de confianza federal.

se discute la licitud y el modo del ejercicio de las competencias por la Federación y los Länder, nos alcanzan los principios tradicionales sobre abuso de derecho[37] o –en concreto para el ejercicio del control federal- el principio de proporcionalidad[38], siendo así innecesario el principio de confianza federal. Finalmente, es totalmente superficial la extensión de la validez del principio sobre "el estilo y el proceder" de la actuación de las instancias políticas[39]. Pues si el estilo y el proceder conducen a un resultado no querido por la Constitución, sobra un juicio jurídico sobre el estilo político. O si el resultado es conforme a la Constitución, entonces no hay lugar a una crítica sobre el estilo político. O, finalmente, si el estilo y el proceder provocan que un resultado aceptado por la Constitución aparezca como inconstitucional, en este caso nos encontramos nuevamente ante un problema de abuso de las formas[40].

La aplicación de este principio por el Tribunal Constitucional Federal apenas se muestra como necesaria en la vida del Estado federal, lo que constata que tal principio no es un fundamento de la actual actuación federal y que su introducción es difícilmente adecuada para iluminar el ordenamiento. Esto se ve claramente con una ojeada a los pilares del contenido y la eficacia de este principio constitucional no escrito en el marco de la Ley Fundamental.

Rudolf Smend, cuyo famoso trabajo sobre el citado principio es bien conocido[41], lo desarrolló a partir de la Constitución imperial donde todavía tenían vigor viejos principios como "confederación" o "diplomacia", que

---

[37] Más aún cuando el Tribunal Constitucional Federal acertadamente considera inadmisible sólo el exceso arbitrario de los límites externos. El Tribunal ha expresado claramente una idea capital, por la cual una ley de un Land sólo puede ser impugnada en virtud de esta razón (lesión de la lealtad federal) cuando "el legislador del Land ha abusado claramente de su libertad", BVerfGE 4, 115, 140. Sobre la decisión BVerfGE 1, 299, 315, H. SPANNER ("Zur Rechtskontrolle des bundesfreundlichen Verhaltens", *DÖV*, 1961, 485) ya ha señalado que bastaría con la ponderación del abuso. Y lo mismo vale para la decisión BVerfGE 3, 52, 57; 12, 205, 239 y ss.

[38] Expresamente BAYER, nota 31, p. 91, nota 53: "aquí la lealtad federal queda realizada con el principio de proporcionalidad".

[39] BVerfGE 12, 205, 254 y ss, 259. Sobre la crítica véase K. ZEIDLER, "Gedanken zum Fernsehurteil des Bundesverfassungsgerichts", *AÖR*, 86, 1961, p. 401; SPANNER, nota 37, p. 483 y ss.

[40] En la decisión *Fernsehen* el Tribunal determina la inconstitucionalidad de la fundación de la *Deutschland-Fernsehen-G.m.b.H* directamente de principios derivados de la Constitución. La remisión al principio de confianza federal en atención al "estilo y proceder" de la actuación el Gobierno fue doblemente superficial.

[41] "Ungeschriebenes Verfassungsrecth im monarchischen Bundesstaat", 1916, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 39 y ss. "Verfassung und Verfassungsrecht", 1928, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 271 y ss.

expresaban el sentido funcional de ciertas disposiciones organizativas de la Constitución imperial, que eran consideradas principios jurídicos, pero no en el sentido de normas justiciables, sino en el sentido de acuerdos y colaboraciones jurídicas. Smend distinguió la ratio del principio en el deber de los Estados singulares de actuar y formar la vida del Imperio pese a "la irracional singularidad histórico-política de cada uno de esos Estados"[42]. Aquí el desarrollo de un principio constitucional no escrito se muestra como la compleción plena de sentido de un orden constitucional escrito necesariamente incompleto. Más tarde, Smend trasladó totalmente este razonamiento a las relaciones en la República de Weimar, pero bajo la premisa de que las ideas centrales del orden federal en la República de Weimar eran idénticas a las del Imperio. En la inclusión de un nuevo Tribunal estatal de conflictos, no vio una oposición al principio, sino un límite a las competencias constitucionales de control[43]. ¿Cómo se puede desde aquí trazar un puente a la actualidad y conducir a la extensión del principio en la jurisdicción constitucional? Cualquier fundamento federal de aquel entonces, por ejemplo, "la irracionalidad de la singularidad histórico-política" de los Estados alemanes no puede rescatarse. La Ley Fundamental regula un ordenamiento del Estado federal totalmente renovado y lo garantiza en un sentido absoluto a través de una jurisdicción constitucional con plenas competencias. Así las cosas, en ningún lado está expuesta la justificación para la compleción del ordenamiento de la Ley fundamental a través de principios constitucionales no escritos[44], y tampoco de dónde nace su contenido[45]. En tanto no haya claridad en estos asuntos y en tanto no exista una distinción definitiva entre la elástica función reguladora del principio de lealtad federal en un sistema constitucional sin Tribunal estatal de conflictos y su función como parámetro de constitucionalidad en la elucidación de conflictos competenciales, sólo cabe moverse con suma precaución[46]. De otro modo, corremos el riesgo de desplazar el equilibrio existente entre el control jurídico y el poder político, pero también la división de poderes entre la Federación y los Länder.

---

[42] *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 59.

[43] *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 272 y ss.

[44] La deducción acrítica a partir de la "esencia del Estado federal" (cfr. BAYER, nota 31, p. 35 y ss.) no ofrece ningún fundamento pues no dice en qué consiste la esencia del Estado federal actual. Si la esencia del Estado federal es inmanente entonces el principio también debería ser válido para el derecho federal extranjero. Sin embargo, esto no es el caso de Suiza o los Estados Unidos, véase H.G. RUPPS, "Zur Problem der Bundestreue", en *Festgabe für Carlo Schmid zum 65. Geburtstag,* 1962, p. 146 y ss.

[45] Con acierto W. BAYER, nota 31, ha señalado que el contenido de la lealtad federal no se concreta desde el propio concepto y se disuelve en un sistema de principios directamente aplicables.

[46] Sobre este resultado BAYER, nota 31, p. 125 y SPANNER, nota 37, p. 483 y ss.

Los conflictos entre la Federación y los Länder, hoy, por regla general, no son verdaderos conflictos federales, sino conflictos entre distintas direcciones políticas dentro del Estado, pese a que hagan suyo el ropaje de una disputa constitucional federal. Al tomar como parámetro de la resolución un principio como el de confianza legítima, que no es claro ni en sus fundamentos ni en su contenido, entonces damos con una solución de medios inadecuados. Ocurre igual que si a la oposición frente al Gobierno, o a éste frente a la oposición, se le reclamase "lealtad" o "relaciones amicales", precisamente donde la disputa entre distintas posiciones jurídicas dentro del marco constitucional es admitida e incluso reclamada por la propia Constitución; la obligación de lealtad se vestiría con el disfraz de una obligación jurídica; obligación jurídica que se basa en un principio jurídico nebuloso e indeterminado. En definitiva, este principio transforma las cuestiones de hecho en cuestiones jurídicas, pese a que en el texto no aparecen como cuestiones jurídicas[47]. La unidad o la decisión política, elementos esenciales del proceso político contemporáneo ideado por la Constitución, serán sustituidos por decisiones del Tribunal Constitucional –perjudicando la política, el Derecho y los Tribunales, que tienen mucho que perder: la política porque se ve recortada en su elemento esencial, el Derecho porque es sobre-exigido, y el Tribunal Constitucional porque ha de responder a cuestiones que le son extrañas. Sin duda, un resultado de este tipo, que de ninguna manera es una tendencia exclusiva del ordenamiento del Estado federal, invierte las riendas del Derecho constitucional de manera que cuestiones políticas, en el disfraz del Derecho constitucional, serán decididas judicialmente para perjuicio de la libertad de decisión y responsabilidad de las instancias políticas. Con todo, y lo que es más importante, no se debe seguir el camino del desarrollo y extensión de un principio constitucional no escrito, simplemente porque es contrario a la Constitución. Así, con acierto, el Tribunal Constitucional Federal recientemente ha interpretado de manera restrictiva el principio de confianza federal y ha remitido al Land de Hesse en el reciente asunto «Neugliederung» a la participación en los órganos federales, sobre todo a través del Bundesrat, como órgano que hace valer los intereses políticos de los Länder en la Federación[48].

El citado principio no tiene siquiera función útil en el marco del ordenamiento federal, limitado a ser parámetro de control constitucional de las obligaciones adicionales y dependientes relativas al intercambio de información, cooperación, atención mutua y en todo caso a la aplicación de los

[47] Cfr. También SPANNER, nota 37, p. 483 y ss.
[48] DVBl, 1961, P. 587, 590.

Tratados suscritos por la Federación[49]. No brota su significado como principio "profundamente conformador, omniabarcable y fundamental", y, por tanto, tampoco goza de una función sustitutiva o de conexión la doctrina moderna del Estado federal.

En definitiva se trata en esencia de un invento negativo. ¿Cómo se explica su surgimiento?

La ausencia de una doctrina contemporánea del Estado federal quizá subraye realmente las propias debilidades del Estado federal; así, la teoría no ha podido encontrar un principio material definitivo del Estado federal porque no existe tal principio, dicho de otro modo, porque el Estado federal es una forma vacía. Entonces, tendrían razón los críticos y escépticos que tienen por superada la consideración del Estado federal como instrumento del orden interno.

Pero también podría ser que la ausencia de una comprensión de las condiciones y singularidades del Estado federal, se deba a que la mirada sobre su verdadera esencia esté perturbada por una imagen inadecuada que no ha abandonado las formas de comprensión ya superadas pero todavía influyentes, incluso de manera inconsciente. El escepticismo y las dudas seguirán frescas en tanto no se aclare que pese al cambio de circunstancias históricas el sistema del Estado federal también desempeña una función plena de sentido en el conjunto del orden constitucional. Ante nosotros, tenemos la tarea de investigar esas condiciones que crean la singularidad del Estado federal y dan eficacia a la estructura federal en el marco del conjunto del ordenamiento.

2. CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA DEL ESTADO FEDERAL

En la comprensión clásica, centrada en las antiguas manifestaciones del Estado federal, éste se caracteriza por la simultaneidad de la diversidad y la unidad, por el presupuesto de la diversidad de los Estados miembros, que mantienen su individualidad a través de la construcción federal, individualidad que queda además asegurada y ligada al trabajo común dentro del Estado total. Sin embargo, esta idea de totalidad, todavía hoy un axioma, no se halla en el Estado federal de la Ley fundamental. Quedan pocos restos de la individualidad de los Länder alemanes, de "la irracionalidad de su peculiaridad histórico-política" y de su diferencia material respecto del cuerpo total. Hoy no se pueden reconstruir tales circunstancias y ahí radica el cambio fundamental del problema.

---

[49] KAISER, nota 26, p. 542 y ss., con la anotación acertada, de que tal principio, en contraposición a Estados federales extranjeros, no contiene ninguna regla.

2.1. Condiciones del actual Estado federal

Las causas de este cambio residen en distintas líneas de desarrollo estrechamente ligadas, que han sido a menudo descritas, de manera que aquí sólo señalaremos las más importantes.

En 1871 los Estados singulares eran verdaderas existencias estatales, con su propia individualidad formada a través de la historia, de la conciencia colectiva y en el ejercicio continuado de dominio público. Se entiende así que en aquel entonces la unidad alemana ni negó ni niveló esa individualidad, sino que la garantizó e incorporó al Estado total. Por el contrario, los actuales Länder alemanes, con la estricta excepción de Baviera y los dos Estados hanseáticos, tienen poco que ver con los clásicos Estados alemanes. En su gran mayoría fueron constituidos por las fuerzas de ocupación, algunos con apoyo en los anteriores Estados alemanes, y otros, totalmente nuevos, sobre las antiguas provincias prusianas y partes de otros Estados alemanes. Les falta la fuerza conformadora de la tradición, y las diferencias de origen quedan hoy ocultas y desdibujadas por los movimientos de refugiados a partir de 1945 y la alta movilidad de la población. Han caído los principales fundamentos de las singularidades histórico-concretas.

A esta línea de desarrollo se le une una segunda: el reparto de las tareas estatales en el Estado federal exige que a los Estados miembros se le puedan atribuir competencias que por su naturaleza se puedan llevar a cabo en el ámbito del Land. En tiempos del Imperio este círculo era todavía relativamente grande. Sin embargo, ha ido disminuyendo constantemente desde la fundación del Imperio. Ya su historia muestra un crecimiento de las competencias del Imperio[50], proceso que se reforzó en la República de Weimar. Hoy, el círculo de las competencias que por su naturaleza podrían realizarse mejor en el ámbito del Land se ha diluido. El peso ascendente de la técnica, la economía y la comunicación, la creciente interconexión e interdependencia de la vida social y económica, así como el incremento de las tareas de planificación y dirección, en síntesis: el desarrollo del Estado social de Derecho requiere unidad e igualdad, necesidad que se reforzó tras la catástrofe de 1945[51]. La superación de las consecuencias de la guerra, el reparto de cargas o el tema de los refugiados son cuestiones que sólo pueden ser reguladas de manera unitaria. Incluso, las tareas originarias de los Länder, como la promoción de la investigación científica, sólo se pueden llevar a cabo en el ámbito de los Länder de manera limitada. Es

[50] H. TRIEPEL, *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche*, 1907, p. 53 y ss.
[51] Cfr. también W. GREWE, *Antinomien des Föderalismus*, 1948, p. 21 y ss.

verdad que el Estado social ha de ser inevitablemente "el marcapasos de la unidad del Estado"[52], pues el Estado requiere imperiosamente una amplia unidad material.

Una simple muestra de esta inevitabilidad, siempre que tomemos a los partidos como factores determinantes del orden político, es que, al margen de la excepción característica del bávaro CSU, los partidos se han constituido a nivel federal –sin duda, como consecuencia de la construcción federal y dado el peso relativo de las asociaciones regionales-, y orientan sus objetivos[53] y su acción a la política federal, y los Länder le son de interés mayoritariamente desde el aspecto de su significado para la política federal. Y esto también es válido allí donde se trata de cuestiones de los Länder, como ejemplifican la valoración de los resultados de las elecciones regionales y el intento de las centrales de los partidos de influir en la formación de los gobiernos en los Länder. Las iniciativas políticas y las energías se apartan del ámbito de los Länder donde no se toman ya decisiones políticas fundamentales; hoy, al margen quizá de la política cultural, los Länder no adoptan verdaderas decisiones políticas y apenas se han desarrollado una verdadera vida política.

Finalmente, en correlación con estos cambios está una transformación fundamental en la conciencia colectiva. En ella concurren varias circunstancias: la vivencia del destinto nacional común y de las responsabilidades comunes, los esfuerzos por la unidad europea, la presión de conexiones y oposición políticas y económicas de dimensión mundial, y un sentimiento que teje y desata fuerzas –pero también la actitud, de que todas las diferencias y singularidades especiales son un fastidio, que la antigua solera se muestra como un lío, así que sin pensarlo se da preferencia a la igualdad y el tono único, con la intención de garantizar procesos claros y sin dificultades: circunstancias que hacen difícil un suelo en el que vuelva a crecer el regionalismo de las singularidades.

Ciertamente, todavía perviven hoy partes de las viejas perspectivas, que pertenecen en sentido tradicional a las condiciones del orden federal. La mayoría residen en el desarrollo histórico, que nunca realizan la transición de manera directa. Sin embargo, en su núcleo cada condición se ha transformado, y las consecuencias de este cambio en nuestro Estado federal son hoy claras: el Estado federal alemán contemporáneo es en principio, salvo ciertas limitaciones, «un Estado federal unitario».

---

[52] A. KÖTTGEN, "Der soziale Bundesstaat", en *Neue Wege der Fürsorge, Festgabe für H. Muthesius zum 75 Geburtstag*, 1960, p. 23.

[53] En el mismo sentido A. KÖTTGEN, *Festschrift für das OLG Celle* (nota 7), p. 86 y ss.

2.2. Tendencias unificadoras en el Estado federal contemporáneo

No es casualidad, ni siquiera un mero efecto de las tendencias antifederales, sino más bien señal de un cambio innegable, que el peso de las tareas estatales se haya concentrado crecientemente en la Federación[54]; que en el ámbito de tareas de los Länder se desarrolle de modo permanente una creciente coordinación voluntaria; o que la específica eficacia política de los Länder se haya desplazado a su participación en los asuntos de la Federación a través de un órgano federal.

a) El primer elemento, la creciente concentración en la Federación de las tareas estatales[55], nos es en gran medida familiar y sólo requiere la caracterización singular de los perfiles que lo aclaren, que iluminen su dimensión y profundidad.

En el ámbito legislativo, es verdad que la Ley Fundamental no toma como punto de partida la legislación de los Länder, cuestión que ya se presume de una lectura superficial del art. 70.1. Pero aunque el Título VII ofrezca la posibilidad de una legislación federal completa[56], también da cuenta de la legislación concurrente, la legislación marco, y en especial de los límites del art. 72, lo que significa un cierto trabajo conjunto de la legislación del Land y de la Federación. Pues bien, esta premisa ha sido durante mucho tiempo una ilusión. En el ámbito de la legislación concurrente la regla ha convertido a la legislación de la Federación y no a la del Land en la legislación activa, a la vez que los límites del art. 72.2 han sido ineficaces, desarrollo que el propio Tribunal Constitucional Federal ha sancionado, sin evaluar con intensidad la necesidad de la legislación federal[57]. La misma tendencia muestra el uso que el legislador federal ha hecho de las competencias concurrentes del art. 75; por ejemplo, regulaciones como las de la Ley marco del Funcionario Público de 1 de julio de 1957 dejan un estrecho margen para una regulación de los Länder que pueda tener "un peso sustancial"[58].

---

[54] Todavía aparecen aquí los efectos difícilmente valorables de la construcción de la República Federal en una Federación supranacional a partir de la división interna.

[55] Cfr. v. LEX, "Die Entwicklung des Verhältnisses von Bund und Ländern in der Bundesrepublik", en *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Wilhelm Laforet*, 1952, p. 55 y ss.; D. KATZENSTEIN, "Rechtliche Erscheinungsformen der Machtverschiebung zwischen Bund und Ländern seit 1949", *DÖV*, 1958, 593 y ss.

[56] El reciente conflicto sobre las televisiones nos ha mostrado que las competencias de la legislación federal no son tan ilimitadas como pudiese parecer.

[57] BVerfGE 2, 213, 224.

[58] BVerfGE 4, 115, 129.

La imagen es todavía más clara si dirigimos la mirada a la legislación del Land, que se ha reducido a una expresión mínima en contraposición a la legislación de la Federación. Esto se ve en el escaso número de leyes de los Länder y sobre todo en su objeto. Al margen de las leyes que regulan la conformación estatal del Land, la mayoría de sus leyes agotan su contenido en la regulación de detalles dejados por el legislador federal, o en las regulaciones de desarrollo impulsadas por la ley federal. Para encontrar una verdadera regulación autónoma quedan tan sólo las conocidas reservas de los Länder, principalmente el ámbito cultural, el derecho municipal[59] y de seguridad, y, con respeto a la regulación federal que cada vez abarca más ámbitos, el derecho de su propia administración.

Todo esto se halla en el Título VII de la Ley Fundamental, de manera que difícilmente se le podría reprochar al legislador federal que no luche por optimizar las competencias que le da el texto de la Ley Fundamental[60]. Y la consecuencia de todo esto consiste en la pérdida de sustancia política de los Länder. Si en el Estado moderno la ley es un elemento decisivo de la conformación política, esto significa que la vida política se desplaza allí donde es posible la conformación. Circunstancia que además plantea la cuestión sobre si el sistema parlamentario de gobierno sirve a las necesidades de los Länder[61].

En oposición a la función legislativa, el art. 92 parece que hace de la función jurisdiccional cosa de los Länder; el poder judicial se ejerce "por los tribunales de los Länder", con la excepción de los tribunales federales enumerados en la Ley Fundamental. Pero aquí también se ha realizado un cambio profundo, que a menudo pasa desapercibido. Tanto el Derecho material que los tribunales aplican, como el procedimiento judicial o la reglas que fijan el estatus del juez son mayoritariamente Derecho federal. A la luz de la independencia del juez y de su sometimiento exclusivo a la ley, así como el hecho de que los principios determinantes del poder judicial se

---

[59] Al apoyarse en modelos comunes existe a menudo un cierto acuerdo e identidad, lo que es especialmente claro en la numerosas leyes de seguridad, que toman como modelo la ley administrativa de seguridad prusiana de 1931, así como la ley municipal, que toman disposiciones del orden municipal alemán de 1935 o reviven el orden municipal de las zonas británicas de ocupación.

[60] Dejaremos aquí a un lado la posibilidad de una extensión de las competencias federales a través de la interpretación o la asunción de competencias federales no escritas. Por ejemplo, las posibilidades de la Federación en su competencia exclusiva del art. 73.1 residen en la propia tensión del concepto "defensa":

[61] W. HENNIS, *Parlamentarische Opposition und Industriegesellschaft, Geellschaft, Staat, Erziehung I*, 1956, p. 217. Aquí podemos prescindir de los otros factores determinantes, cfr. HENNIS, op. cit., 213.

han desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, queda poco margen de conformación a los Länder: su competencia sobre la justicia es esencialmente competencia de administración sobre la justicia, que incluye la no despreciable competencia sobre personal[62].

De acuerdo con el sistema federal de la Ley Fundamental, el núcleo de las competencias de los Länder radica en el ámbito de la competencia ejecutiva. Pero también aquí, desde la entrada en vigor de la Constitución, la penetración ejecutiva de la Federación perfila una tendencia de unificación. En los primeros años de la República Federal, Arnold Köttgen analizó con una mirada aguda los múltiples caminos entrelazados[63]. Aquí sólo recordaremos los momentos más importantes.

El primero es la construcción de la Administración federal. La Federación, con su propia organización administrativa y las funciones que ha asumido, tiene una dimensión mucho mayor que la que aparentemente le parece atribuir el Título VIII de la Ley Fundamental. El pretexto para ello ha sido el art. 87.3 con cuya ayuda se han instituido un número considerable de autoridades administrativas autónomas. La dificultad de que la Administración central pueda dotarse de su propia infraestructura administrativa, a veces ha encontrado ayudas cuestionables[64]; un ejemplo modélico lo ofrece el caso especial del Banco Central, instituido a través de la Ley federal de 26.7.1957 (BGBl. I. p. 745)[65] y con fundamento en el art. 88 de la Ley Fundamental. De otro lado, la Federación despliega una amplia actividad en ámbitos no previstos por la ley. Se extiende en sus competencias en atención a la conexión con el objeto o a la naturaleza del objeto. De especial importancia es la utilización de medios presupuestarios para fines fuera del Título VIII de la Ley Fundamental. O la concesión de dinero bajo el requisito de cumplir directrices vinculantes y cuyo empleo está sometido al control del Tribunal de Cuentas federal. Aquí vemos un amplio campo para "la dirección administrativa indirecta de la Federación"[66], que con razón ha suscitado la pregunta sobre los límites constitucionales a tales prácticas[67].

El segundo momento importante en este desarrollo radica en la creciente influencia de la Federación sobre la administración del Land. Esta influencia resulta al margen de la regulación del Título VIII de la Ley Funda-

---

[62] W. WEBER, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 1951, p. 79.

[63] "Der Einfluss des Bundes auf die deutsche Verwaltung", *JÖR NF* 3, 1954, p. 67 y ss.

[64] KÖTTGEN, *JÖR NF* 3, p. 75.

[65] Cfr. principalmente párrafos 5 y 6 de la ley.

[66] KÖTTGEN, *JÖR NF* 3, p. 79.

[67] KÖTTGEN, *JÖR NF* 3, p. 80.

mental, pues a las autoridades del Land les corresponde predominantemente la ejecución de derecho federal, derecho que, sin embargo, persigue restringir la discrecionalidad de las autoridades administrativas del Land, de manera que les quede poco espacio de decisión[68]. No menos clara es la creciente influencia de la Federación en el marco de la regla de principio fijada por la Ley Fundamental sobre la ejecución del Land de la ley federal (art. 83). Mientras que de acuerdo con el texto del art. 84.1 la regla es que los Länder regulan los órganos y el procedimiento administrativo, esta relación ha virado por la creciente invocación del art. 84.1.2 con el resultado de que a los Länder se les ha escurrido el derecho material, y también parte de derecho de la organización y el procedimiento. Además, la Federación tiene la posibilidad de dictar reglamentos generales (art. 84.2), así como autorizar al Gobierno para dictar directrices singulares (art. 84.5), potestad que ha sido utilizado en amplia medida y con la que se ha abierto un campo para la ingerencia en la potestad de ejecución de los Länder. Junto al oportuno agotamiento de las competencias escritas de la Federación aparecen distintas formas de "influencia federal paraconstitucional"[69], sin duda en la conformación de la coordinación de la ejecución administrativa mediante circulares en la que se expone una determinada interpretación de las disposiciones federales o se recomiendan directrices para la ejecución[70], o con el especialmente influyente medio de dirección que son las subvenciones finalistas[71], sobre todo cuando la ayuda se hace depender del cumplimiento de ciertas directrices federales y del control del Tribunal de Cuentas; a la vista queda la ostensible dependencia de los Länder.

Esta imagen se completa cuando se trae a consideración el especial desplazamiento de las relaciones entre la legislación y ejecución, que ha dado lugar a una amplia transferencia a favor del legislativo de iniciativas que hasta entonces estaban en manos de la Administración, lo que desde el punto de vista del Estado federal supone un reforzamiento de la Federación en detrimento del Land. Finalmente, hemos de referirnos al incremento de las materias bajo responsabilidad de la Administración federal, que han sido objeto de muchas leyes de reforma constitucional (art. 120ª, 87 b.2, 87.c Ley Fundamental)[72].

---

[68] KÖTTGEN, *JÖR NF* 3, p. 83.

[69] KÖTTGEN, *JÖR NF* 3, p. 89 y ss.

[70] Cfr. W. BOUSKA, "Zur Verfassungsmässigkeit von bundeseinheitlichen Richtlinien", *NJW*, 1962, p. 620 y ss.

[71] Una ilustrativa descripción de esta práctica en W. HENLE, "Die Förderung von Landesaufgaben aus Bundesmitteln", en *Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund, Ländern und Gemeinden, Schriftenreihe der Hochschule Séller Band*, 11, 1961, p. 63 y ss.

[72] Sobre esta práctica véase KÖTTGEN, *JÖR NF* 3, nota 63, p. 92 y ss.

No he mostrado aquí todas las posibilidades de la Federación para agotar sus potestades constitucionales de acción administrativa[73]. Pero en el conjunto que se ha expuesto, lo decisivo es el hecho de que también en el ámbito de la Administración se da una irrefrenable tendencia de unificación. La imagen que resulta del logo "pérdida del monopolio administrativo de los Länder"[74] muestra –al margen de la no despreciable competencia sobre personal de los Länder- en qué medida dentro de este ámbito nuclear, su estatalidad está despegada de su autonomía.

b) Con esto no es suficiente: también ahí donde los Länder conservan la posibilidad de una conformación autónoma se muestra con claridad la tendencia a favor de "garantizar la igualdad de las condiciones de vida". Tal corriente encuentra su expresión en una mayoritaria coordinación voluntaria entre la Federación y los Länder, y sobre todo entre los Länder, con el efecto de una igualación material de las situaciones jurídicas y una práctica administrativa de formas similares.

Este hecho es notorio desde el informe de Hans Schneider en la Reunión de Profesores de Derecho del Estado en Colonia[75]: los Länder se han encaminado en un proceso compartido a través de los acuerdos entre ellos y los convenios administrativos[76], las instrucción comunes de las conferencias ministeriales, así como con la creación de instituciones comunes[77]. Además, el objeto de la coordinación voluntaria de ninguna manera se ha limitado a ámbitos singulares, sino que se extiende a todas sus competencias. La dimensión de esta práctica se ilustra con las referencias de Hans Schneider para la época entre 1949 y 1960 de 339 acuerdos y convenios administrativos[78] así como el número conocido de 500 instrucciones de la conferencia ministerial sobre cultura y la conferencia permanente de minis-

---

[73] Al respecto MAUNZ-DÜRIG, párrafo 40 y 63 del art. 83; J. KÖLBE, "Gemeinschaftsaufgaben zwischen bund und Ländern", *Schriftenreihe der Hochschule Speyer*, p. 38 y ss, 43, 45 y ss; F. KLEIN, "Verfassungsrechtliche Grenzen der Gemeinschaftsaufgaben", p. 132 y ss., 160 y ss.

[74] KÖTTGEN, *JÖR NF* 3, p. 82.

[75] "Verträge zwischen Gliedstaaten in Bundesstaat", *VVDStRL*, 19, 1961, p. 1 y ss.

[76] Para la (discutida) distinción entre acuerdos entre Länder y convenios administrativos se remite aquí a H. SCHNEIDER, VVDStRL, 19, p. 9 y ss. y la correspondiente discusión en p. 134 y ss.

[77] K.H. NEUNREITHER numera 82 organizaciones de los Länder a través de las cuales éstos coordinan el desarrollo de sus funciones, cfr. *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, 1959, p. 105 –este y otros puntos en este trabajo se trata de manera profunda que sirve además de complemento en "Politics and Bureaucracy in the West German Bundesrat", *The American Political Science Review* LIII, 1959, p. 713 y ss.

[78] V*VDStRL* 19, p. 36 y ss. Se incluyen acuerdos entre los Länder y de estos con la Federación.

tros de cultura de la República federal alemana[79]. El valor destacado de este desarrollo es que se ejecuta en un ámbito que no admite la dirección o la ingerencia directa de la Federación a través de ayudas financieras. Por tanto, no se puede explicar como un esfuerzo de los Länder por adelantarse frente a la sincronización desde arriba. Es llamativo el número relativamente grande de convenios cuyo objeto son "asuntos internos de los Länder", principalmente el ámbito cultural que afecta al dominio de su propia estatalidad[80]. No se trata de un mero correctivo de las tensiones que despierta el reparto competencial.

Las consecuencias que se han de derivar de este desarrollo son de distinto tipo.

Afecta a la instauración de entramados, ajenos al Derecho constitucional de los Länder y la Constitución, y en los que los Länder participan a través de la legislación por medio del Bundesrat; por ejemplo, esta problemática se muestra últimamente con toda claridad en la creación del Segundo Canal de Televisión Alemana[81]. Afecta también a los límites constitucionales de esa coordinación voluntaria[82]. Y afecta a la propia singularidad actual de la federalización en un doble sentido.

Primero en un sentido negativo. Uno puede no darse por convencido con los ejemplos antes expuestos a favor de una tendencia unificadora, al considerarlos prueba de la regla interna que impone la supremacía de la Federación sobre los Länder. Pero esta objeción no es posible allí donde los Länder se coordinan libremente. La observación de las especialidades regionales muestra con claridad que nos encontramos ante la unificación e igualación. Cuando el Derecho de los Länder, incluso en sus competencias exclusivas[83], se asemeja cada vez más, queda poco espacio para las pe-

---

[79] H. SCHNEIDER, *VVDStRL* 19, p. 34.

[80] H. SCHNEIDER, VVDStRL, 19, p. 6; TH. MAUNZ, "Die Kulturhoheit der deutschen Länder", en *Föderalistische Ordnung,* nota 4 ; la conferencia permanente de ministros de cultura ha producido 80 acuerdos sobre instituciones científicas y 225 acuerdos singulares sobre cuestiones educativas, p. 92.

[81] KÖTTGEN, *JÖR NF* 3, nota 63, p. 145 y ss. La perspectiva sobre "la responsabilidad política de la dirección administrativa" ha de separarse de las especificidades de la televisión. Confrontar la siguiente nota.

[82] Sobre esto H. SCHNEIDER, *VVDStRL* 19, p. 20 y ss.; MAUNZ-DÜRIG, párrafo 51 y ss., sobre el art. 83; J. KÖLBLE, *Schriftenreihe der Hochschule Speyer*, nota 73, p. 56 y ss.; del mismo autor "Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern", *DÖV*, 1960, p. 650 y ss.; F. KLEIN, *Schriftenreihe der Hochschule Speyer*, nota 73, p. 155 y ss.; W. HAEGERT, "Organe der Länder auf Bundesebene?", *NJW*, 1961, 1137 y ss.; G. PFEIFFER, "Selbstkoordinierung und Gemeinschaftseinrichtungen der Länder", *NJW*, 1961, p. 565 y ss.

[83] También, al margen de toda coordinación, instituciones que toman un patrón común tienen un efecto similar, cfr. nota 59.

culiaridades. Este desarrollo contribuye esencialmente a vaciar la sustancia política de los Länder. Tal convergencia apenas deja espacio para una decisión autónoma de los Parlamentos de los Länder y sus leyes, y a menudo el proyecto del Parlamento se ofrece con el fundamento de ser un texto de coordinación, cuya discusión se convierte en un tabú[84]. Al mismo tiempo se observa un reforzamiento del peso de las burocracias de los Länder, cuestión que trataremos en detalle más adelante. Si la sustancia del Estado federal radica en las singularidades y las diferencias, y es tarea del conjunto preservarlas y asegurarlas, entonces, de acuerdo con tal fundamento, es posible concluir certificando la muerte del Estado federal.

Con todo, las formas de la coordinación voluntaria entre los Länder constatan elementos significativos para una consideración positiva de la naturaleza del actual Estado federal. En este sentido, las anotaciones de Herber Krüger reflejan que la «ratio essendi» del Estado federal no radica en las diferencias materiales, sino en otra cosa, quizá de naturaleza federal, principalmente en la autonomía y pluralidad de las iniciativas de los Länder, que en atención a los elementos sociales y económicos que fomentan el desarrollo igualitario, prefieren coordinarse a ser coordinados[85]. En realidad nos encontramos ante un momento decisivo: la unidad material es una manifestación que resulta de la necesidad de los tiempos; intentar detenerlo sería una empresa vana que pondría en extremo riesgo a la normatividad de la Constitución. Pero esta unificación no es sinónimo de centralización para la estructura del Estado federal. Se conserva el efecto divisorio del ordenamiento federal e incluso se refuerza con la colaboración entre los Länder. La vida del Estado se determina por el acuerdo de factores de igual estatus y no por órdenes centrales y estrictas formas de jerarquía, siendo las primeras mucho más acordes al ordenamiento general[86]. Sería precipitado buscar aquí un defecto de construcción de la Ley Fundamental[87], que sólo podría repararse mediante una reforma de los artículos 74 y 75. Quizá la Constitución aquí también sea más inteligente que el propio constituyente.

---

[84] W. WEBER, *VVDStRL* 19, p. 159.

[85] V*VDStRL* 19, p. 158.

[86] No es posible explicar esta diferencia mediante la oposición “domino/cooperación”, H. KRÜGER, *VVDStRL* 19, p. 146 simplemente porque los participantes en tal cooperación son los funcionarios ministeriales de los Länder, H. SCHNEIDER, *VVDStRL* 9, p. 163) y porque los acuerdos se presentan ante los ciudadanos como manifestación del poder público. El concepto “burocracia” no se usa aquí en términos peyorativos.

[87] H.P. IPSEN, *VVDStRL* 19, p. 257; W. WEBER, p. 158.

c) Finalmente, el significado del Bundesrat en la actual vida constitucional responde también a la idea del Estado federal unitario[88]. Este elemento, como las formas de coordinación voluntaria de los Länder, configuran de manera determinante la singularidad contemporánea del orden federal. En una particular transformación de los anteriores desarrollos, la progresiva unificación material de la República federal no se vincula con una reducción del peso del Bundesrat, sino con un crecimiento, algo que no era nada previsible al entrar en vigor la Constitución[89]; y esto no ha supuesto un desmonte del orden federal, sino su reforzamiento –en oposición al desarrollo del Bundesrat del Imperio que nunca logró la importancia que se le atribuía en la Constitución, o el Reichsrat de Weimar que en ningún momento logró desempeñar un papel adecuado en la vida constitucional.

Junto a la amplia colaboración del Bundesrat en la administración de la Federación, cuestión que no está regulada de modo acabado en la Ley Fundamental[90], la importancia intelectual reside en que el Bundesrat, a través de una amplia interpretación de la necesidad de conformación de las leyes federales[91], se ha convertido en un factor destacado de la legislación de la Federación[92]. El Bundesrat ha mantenido la interpretación de que allí donde una ley necesita la conformidad parcial todo el contenido de la ley necesita la conformidad, e incluso también la modificación de esa ley.

La clave constitucional de este desarrollo es el art. 84.1, que origina el gran número de casos necesitados de conformidad. Entretanto, podemos preguntarnos si la posición ventajosa en la que se apoya el Bundesrat –y

---

[88] Una buena orientación sobre el trabajo del Bundesrat en los primeros diez años de su existencia lo da el informe de A. HAAS, "Aufgaben und Wirken des Bundesrates bei der Auslegung und Fortentwicklung des Grundgesetzes" y A. PFIZER, "Organisation und Arbeit des Bundesrates", en *Zehn Jahre Bundesrat*, 1961, p. 119 y ss., 137 y ss., 187 y ss.

[89] Cfr. v. LEX, *Festschrift für Willhelm Laforet*, nota 55, p. 57.

[90] En el marco de las intervenciones no reguladas es fundamental la influencia derivada de la política de personal, que se manifiesta en las numerosas nominaciones que corresponden al Bundesrat, cfr. KÖTTENGE, *JÖR NF* 3, nota 63, p. 105.

[91] La Ley Fundamental considera como regla las leyes en las que el Bundesrat, tras el fracaso de los instrumentos de mediación, puede introducir el veto (art. 77.3). Este veto puede ser levantado con mayoría cualificada del Bundestag (art. 77.4). En los casos enumerados por la Ley Fundamental en los que es necesaria la conformidad: la ley federal no puede entrar en vigor en contra del voto del Bundesrat.

[92] De las 152 leyes publicadas en el Boletín oficial, 70 fueron leyes ordinarias y 82 leyes de conformidad. Los números correspondientes a los años anteriores reflejan ese desarrollo de manera más clara (los primeros números designan a las leyes ordinarias, los siguientes a las leyes con conformidad): 1950. 69/19; 1951: 110/41; 1952: 65/66; 1953: 76/94; 1954: 58/42; 1955: 59/55; 1956: 77/64; 1957: 65/95; 1958: 21/32; 1959: 41/65; 1960: 57/55 – las leyes de conformidad son mayoritariamente las leyes más importantes-.

así la ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal[93]- se debe a una interpretación extensiva de la necesidad de conformidad desde el punto de vista de la coordinación o desde el punto de vista técnico, para evitar dificultades insuperables dentro del proceso legislativo[94]. Pero en verdad, la lógica radica en el propio Bundesrat. Ésta no es otra que la lógica del Estado federal unitario.

Según la interpretación del Bundesrat, el art. 84.1 tiene una propiedad automática: en el Estado federal unitario, el legislador federal, como se ha mostrado, no puede satisfacerse con una normativa material uniforme; se debe luchar por asegurar la uniformidad de la ejecución a través de normas de organización y procedimiento, pese a que de acuerdo con el art. 84.1 estás son competencia de los Länder. En la misma medida que la Federación quiere ganar influencia en el ámbito de los Länder, en virtud del art. 84.1 crece la influencia del Bundesrat (art. 84). Si tomamos en conjunto la autonomía conformadora de los Länder y la posición del Bundesrat, éste se convierte en el órgano a través del cual los Länder participan en la formación de la voluntad del conjunto del Estado, articulando así el Estado federal unitario. Más aún: esta necesidad abre una influencia decisiva del Bundesrat, que de otro modo no tendría.

Se confirma aquí el juicio que Rudolf Smend ya había expuesto para el ordenamiento federal de la República de Weimar, por el que consideraba que a la luz de la fuerte unificación del Estado federal moderno el lugar perdido por los poderes del Land sería ocupado a través de su participación en el poder del Imperio, de modo que los Länder por medio de esta participación lograrían un espacio más en la vida política y así realizarían su naturaleza estatal[95].

Este desplazamiento significaría un acercamiento al Estado centralizado, si en el Bundesrat se corporeizaran las mismas fuerzas que en el Bundestag o en el Gobierno Federal. Para una amplia corriente se da este caso, pues considera que el Bundesrat en todos los supuestos es exponente de las mismas fuerzas que están presentes en los otros órganos de la Federación, los partidos políticos[96]. Pero esto es cierto sólo de manera

---

[93] BVerfGE 8, 274, p. 294 y ss.

[94] La amplia bibliografía puede verse aquí en MAUNZ-DÜRIG, art. 77, párrafos del 8 al 10, cfr. también HAAS, nota 88, p. 127 y ss.

[95] "Verfassung und Verfassungsrecht", *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 270.

[96] Esta tesis la defiende ARNOLD J. HEIDENHEIMER, que considera como una ilusión presentar al Bundesrat al modo de equilibrio frente a las tendencias centralizadotas del líder

parcial. Al margen de la exigua posibilidad práctica de una mayoría de la oposición en el Bundesrat, las mayorías de los Länder podrían dirigirse hacia la construcción de una coalición que no coincidiese con la coalición dominante en la Federación, de modo que el voto deseado por la mayoría de gobierno en la Federación, de ninguna manera esté asegurado. De otro lado podría ocurrir, como nos ha enseñado la praxis del Bundesrat que incluso entre la posición del Gobierno Federal y la mayoría del Bundestag, y la del Gobierno del Land del mismo partido, existiesen diferencias, que se hagan ver en el Bundesrat[97]. Pero sobre todo no se puede dejar a un lado el hecho de que las fuerzas reales que se hacen valer en la institución del Bundesrat no se han de buscar en la cuerda de los políticos sino en los altos funcionarios de los Länder. Estos funcionarios gozan del factor de continuidad al tener de su lado el conocimiento material y técnico, empujando así a la burocracia frente al liderazgo político, lo que permite que en el Bundesrat, a diferencia del Bundestag, la burocracia del Land ocupe un lugar equivalente al de la clase política. Como ha demostrado K.H. Neunreither[98], la burocracia del Land predetermina en gran medida la decisión del pleno a través de las comisiones del Bundesrat donde se prepara la mayor parte del trabajo (art. 52.4 Ley Fundamental). Mediante una coordinación informal produce las condiciones para la decisión del Bundesrat, condiciones que luego casi nunca se cambian. Se dan muchas y ocultas formas de influencia en la actividad decisoria del Bundesrat[99]. Tomado todo esto en conjunto es difícil negarle al Bundesrat la función de un factor autónomo frente a los otros órganos federales y no porque haga realidad el elemento federal[100] de la individualidad de los Länder, sino porque ofrece

---

del partido, "Federalism and Party System. The Case of Western Germany"*, American Political Science Review LII*, 1958, p. 809 y ss. Esta imagen se basa en una incomprensión insuficiente de la situación, pues la falta de uso del veto del Bundesrat no se debe al hecho de un acuerdo general entre el Bundestag y el Bundesrat, sino a que el Bundesrat la mayoría de las veces logra imponer su posición. Cfr. K.H. NEUNREITHER, *Politics and Bureaucracy,* nota 77, p. 720 y 722.

[97] K.H. NUENREITHER ha subrayado con acierto que los miembros del Bundesrat se muestran mucho menos sensibles a las influencias del líder del partido que sus colegas en el Bundestag, *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, nota 77, p. 93, 96, p. 107 y ss.

[98] *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, nota 77, p. 27 y ss.

[99] NEUNREITHER, *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, nota 77, p. 27 y ss.

[100] Significativamente, sobre el voto en el Bundesrat no deciden los Parlamentos de los Länder, quienes constitucionalmente han de estar en el centro de la vida política, sino los Gobiernos de los Länder. Cfr. NEUNREITHER, *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, nota 77, p. 102.

un substrato distinto al resto de órganos federales: el específico elemento administrativo de los Länder[101] [102].

Todo esto es de considerable importancia, como ha señalado K.H. Neunreither. La división del poder ejecutivo realizada en la Constitución entre el Bund y los Länder ha conducido a que el Ejecutivo federal no sólo sea controlado por el Parlamento sino también por los Ejecutivos de los Länder103. Por otro lado, el Parlamento, junto al control del poder judicial, encuentra en amplios espacios no limitados al control jurídico, el control de los ejecutivos de los Länder[104]. Este hecho se funda exclusivamente en la estructura federal de la Ley Fundamental; de otra manera no podría realizarse. Por tanto, aquí también se demuestra que el Estado federal unitario de ninguna manera es idéntico al Estado centralizado, sino que es una nueva y peculiar forma de federalización.

3. FUNCIÓN Y ESENCIA DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO FEDERAL EN RELACIÓN CON EL CONJUNTO EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

Cuando la realidad del Estado federal se ha transformado con la desaparición de las formas tradicionales de estatalidad federal y la erección de nuevas formas, entonces se presenta la cuestión de cómo se ha de comprender y ordenar este cambio desde el punto de vista teórico. ¿Demuestra tal cambio simplemente que el Estado federal, el Derecho constitucional y la realidad constitucional están en una contradicción insuperable?[105] En otras palabras, ¿se confirma que la estructura del Estado federal es una

---

[101] El papel fundamental de la burocracia del Land no radica sólo en el hecho de ser más antigua que la burocracia de la Federación y por tanto cuenta con miembros cualificados de la administración de los Länder en el Imperio. Otro factor decisivo consiste en que la Administración del Land en virtud de la amplia infraestructura tiene mejores posibilidades para la selección del personal que las autoridades de la Federación, que en general no pudieron apoyarse en el personal cualificado de la Administración del Land. Véase en este sentido, K. ELSHOLZ, "Kritische Gedanken zur Personalpolitik des Bundes", *DÖV*, 1962.

[102] K.H. NEUNREITHER ha indicado con acierto la importancia de una institución como el Bundesrat para la integración europea. Un Bundesrat europeo sería un medio interesante para la fusión de los distintos Estados nacionales, pues sería un efectivo vínculo entre las distintas burocracias nacionales y la presentación de una nueva administración supranacional, *Politics and Bureaucracy*, nota 77, p. 731.

[103] *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, nota 77, p. 132 y ss.

[104] *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, nota 77, p. 132.

[105] K. LOWENSTEIN, *Verfassungsrecht und Verfassungsrealität, AÖR*, 1951/52, p. 41 y ss.

forma de ordenación inadecuada en el Estado moderno? ¿O se comprueba que la estructura federal es en su actual modo de funcionamiento una forma plena de sentido?

Esta cuestión, en definitiva, versa sobre la función de la estructura del Estado federal en conexión con el conjunto del ordenamiento constitucional. Si los efectos del Estado federal se incardinan con pleno sentido en el sistema constitucional de la Ley Fundamental entonces significa que tienen algo más que un mero significado fáctico: cobra el contenido del principio del Estado federal conformado de acuerdo con la Constitución. Por tanto es necesario atender detenidamente al modo de funcionamiento del Estado federal.

3.1. El modo de funcionamiento del Estado federal unitario

El Estado federal se caracteriza por el cambio de acento producto de la transformación en sus formas de manifestación. Mientras que en el ordenamiento federal de viejo cuño dominaba la tarea de producir y contener la unidad del conjunto y con ella declinaba el significado de la estructura del Estado federal para la formación de la voluntad del Estado y el juego de las fuerzas políticas en el conjunto –en última instancia por la hegemonía de Prusia-, hoy tal relación se ha transformado. El Estado federal unitario realiza la vieja función de integración sólo en un sentido reducido, pues tal forma de integración es innecesaria en la actualidad. Hoy, el significado de la estructura del Estado federal toma cuerpo en dos direcciones.

a) Primero, se muestra en la estrecha conexión entre la estructura del Estado federal y la división de poderes.

La división de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en poderes del conjunto del Estado y poderes de los Estados miembros es una comprensión ampliamente extendida, que se subraya habitualmente como una función específica del principio Estado federal[106]. Los efectos de esta "división vertical del poder" se debilitan esencialmente en el Estado federal unitario. Allí donde los Estados miembros todavía conservan la limitada posibilidad de una conformación autónoma, las competencias del conjunto y de las

[106] Cfr. BVerfGE 12, 205, 229. H. PETERS, *Gewaltentrennung in moderner Sicht*, 1954, p. 24 y ss.; KÖTTGEN, *Festschrift für das OLG Celle*, nota 7, p. 83; v. LEX, "Die Grundlagen unserer föderativen Ordnung", en *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75 Geburstag von Hans Nawiasky*, 1956, p. 240; SÜSTERHENN, nota 7, p. 30; MEYERS, nota 7, p. 52; C.J. FRIEDRICH, *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*, 1953, p. 215; W. KÄGI, "Von der klassischen Gewaltenteilung zur umfassenden Gewaltenteilung", en *Verfassungsrecht und Verfassungsirklichkeit*, *Festschrift für Hans Huber zum 60 Geburstag,* 1961, p. 169.

partes se confunden unas con otras y ganan así paulatinamente el carácter de tareas comunes de la Federación y los Länder, por tanto difícilmente se puede hablar de magnitudes de igual grado; y, sin embargo, tal es la condición de cualquier división y equilibrio de poderes. Allí donde los Länder trabajan conjuntamente mediante la libre coordinación y la realización de instituciones y formas jurídicas comunes que no desmerecen a las reglas unitarias de la Federación. Aquí no sólo se conserva el efecto divisorio del principio Estado federal, sino que se refuerza. Se produce un mayoritario acercamiento a la división horizontal de poderes.

En realidad, el efecto divisorio en la actual vida constitucional de la estructura del Estado federal, reside menos en la división vertical que en la ampliación y refuerzo de la división de poderes horizontal, en el elemento del equilibrio de poderes. Los factores de este equilibrio en la democracia moderna no son "legislativo" y "ejecutivo" en el sentido de la clásica doctrina de la división de poderes, sino las fuerzas políticas reales, que, dejando a un margen del poder judicial, mantienen unas con otras la balanza y se controlan entre ellas: de un lado la mayoría parlamentaria y el Gobierno, de otro la oposición. Junto a esta forma de equilibrio, en el Estado federal contemporáneo surgen otras entre el Bundestag y el Gobierno federal de un lado, y el Bundesrat de otro, siendo el factor que se hace realidad el Bundesrat no tanto el elemento federal de la individualidad del Land como el elemento de la burocracia ministerial. Con el control político y jurídico dentro de los más altos órganos constitucionales se muestra al mismo tiempo un control de estos órganos a través de los ejecutivos federales.

Una situación de este tipo, cobra un importante significado en tanto en cuanto el equilibrio entre la mayoría de gobierno y la oposición disminuye por causa de la inexistencia de verdaderas confrontaciones políticas: ocupa el lugar del equilibrio democrático de poderes, ahí donde la oposición política efectiva languidecía bajo el techo de los partidos de masas. Y aún será más importante cuanto menores sean las decisiones políticas que se adopten[107]. Si la sustancia política desaparece, la Administración ocupa su lugar; y con ella crece el peso de las fuerzas cuyo poder reside en la Administración.

La conexión entre la estructura del Estado federal y la división de poderes no se agota en esos limitados efectos. En el ordenamiento federal de la Ley Fundamental aparece un elemento de no menor importancia para la división de poderes, que hoy, en la mayoría de los casos, se pasa por alto: la ordenación de las funciones materiales del Estado, de un lado la función

[107] El Bundesrat se demuestra incapaz de actuar con eficacia allí donde se adoptan verdaderas decisiones políticas.

política en sentido estricto, propia del Gobierno y el Poder legislativo, de otro la función administrativa. Si bajo el concepto de "Administración" no entendemos una técnica libre de valores, o la mera ejecución de una voluntad externa, principalmente la del pueblo, sino la realización de una tarea material y pública de regulación vinculada jurídicamente a través de principios, entonces este poder ejecutivo fundamenta la naturaleza del cargo de los llamados a ejecutarla. No son meros especialistas, ni meros funcionarios, sino titulares "de una función pública de confianza"[108] en el sentido específico y valorativo de este concepto. La función administrativa está determinada por la consciente garantía de funciones especializadas, el dominio del problema organizativo, al margen de los partidos, frente a la función política en sentido estricto como desarrollo espontáneo de fuerzas dinámicas, la creación de nuevas formas, la dirección y coordinación de la acción. Ambos elementos se ordenan en el Bundesrat. El Estado federal unitario trae a la formación de la voluntad estatal tanto el elemento político como el administrativo, sin el cual la voluntad política ya no puede conformarse en un Estado planificador. En el interior de la función ejecutiva logra una ordenación de la función de dirección del Gobierno federal con la función más atenta a la conformación material y concreta de los Gobiernos de los Länder. Esta conexión, que hace fructífera la experiencia administrativa de los Länder para la ley federal, encuentra su expresión en el Bundesrat.

Cuando las fuerzas de los Länder ejercen influencia determinante en el conjunto del Estado, aportando el específico elemento de la administración, reside ahí también la legitimidad de su autonomía y de sus competencias en el marco del conjunto del ordenamiento. La mera normatividad jurídico-positiva no permite justificar este tipo de legitimidad. No se puede hablar de una legitimidad democrática directa –al margen de que esta legitimidad requiere un pueblo del Land-. Es la especial función del cargo, que encuentra su raíz en el Estado de derecho, la que legitima la autonomía y la cooperación.

b) Junto a estos efectos de la organización del Estado federal relativos al conjunto del orden constitucional, aparecen otros que apenas encuentran fundamento en ese orden. A ellos pertenece en primer lugar la conexión entre la estructura del Estado federal y la organización interna de los partidos.

La organización del Estado federal da origen a particulares posiciones de los Länder que no podrían ser abarcables por la Federación, y desde las que los gremios regionales del partido pueden desarrollar una mayor auto-

[108] A. KÖTTGEN, "Das anvertraute öffentliche Amt", en *Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend zum 80 Geburstag*, 1962, p. 119 y ss., en especial 126 y ss.

nomía e independencia frente a las profundas tendencias de centralización y subordinación de la dirección general del partido. En conexión con la institución del Bundesrat hacen valer posiciones divergentes. De este modo, el orden federal despliega una influencia directa sobre los partidos, donde se relajan las rígidas líneas de la organización[109]. Funciona como garantía de la democracia interna, que seguramente es más efectiva que la disposición del art. 21.1.3 y su concreción a través de la ley federal, y sin duda mucho más efectiva que la garantía del art. 38.1.2. Con los medios organizativos del Estado central este efecto no se alcanzaría[110].

Pero no sólo esto. El ordenamiento del Estado federal es, como ha señalado K.H. Neunreither[111], de importancia para la actuación de las asociaciones. La considerable función del Bundesrat invoca los esfuerzos de los grupos de interés para hacer valer sus pretensiones. Esto se hace difícil en el procedimiento a través del cual el Bundesrat adopta su decisión. El representante en el Bundesrat no pasa demasiado tiempo en su escaño de Bonn, de manera que las decisiones se toman en las comisiones, cuyo trabajo es preparado mediante la coordinación informal entre los ministerios de los Länder. Conseguir influir en las administraciones de los Länder no es tarea fácil, y normalmente se deja en manos de las organizaciones y grupos de interés local. Se dificultan así las organizaciones centralizadas, de manera que la organización federal, al igual que en el caso de los partidos relaja su estructura interna.

Finalmente, en conexión con el ordenamiento democrático de la Ley Fundamental la estructura del Estado federal realiza otra importante función: la estatalidad de los Länder, junto al conjunto del Estado, habilita que partidos minoritarios en la Federación puedan ser partidos de gobierno en los Länder, donde son partidos mayoritarios. Este efecto de la organización federal es de gran importancia. Aminora la contraposición entre partidos de gobierno y partidos de oposición en la medida en que los equilibrios políticos de los Länder puedan ser distintos. A los partidos de la oposición en la Federación, los Länder les abren el camino de la responsabilidad de

---

[109] NUENREITHER, *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, nota 77, p. 122 y ss., señala con acierto el significado de la política de partidos en la definición de los votos en el Bundesrat y con ella una considerable influencia de las centrales de los partidos en la conformación del Gobierno de los Länder y que de este modo el Bundesrat contribuye al entierro de la vida política de los Länder. Aquí reside según la doctrina tradicional del Estado federal una de las desventajas del Bundesrat. En el caso del Estado federal unitario se trata de una consecuencia necesaria, resultante de sus propias condiciones.

[110] Cfr. K. HESSE, "Die Verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat", *VVDStRL* 17, 1959, p. 31 y ss.

[111] *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, nota 77, p. 112 y ss.

gobierno y la posibilidad de una línea propia, de modo que no se limite a la crítica del partido de gobierno –lo que no deja de tener un gran significado para la psicología de los partidos. Sobre todo, permite que los líderes de la oposición aprendan a valorar los asuntos de Estado y se habitúen a la responsabilidad de Estado, de manera que cuando sean el partido de gobierno en la Federación, dispongan de un amplio personal político a su disposición.

En el Estado federal unitario se conservan otros efectos, que ya se daban en el Estado federal tradicional. Me refiero a la división y organización de los ámbitos de la actuación estatal. A través de los Estados miembros, aunque sea en pequeña medida, se traslada la cercanía del Estado a los distintos ámbitos en los que ha de ejercer sus funciones; se acercan las personas y las circunstancias. Y al contrario, el particular se acerca al Estado. Los problemas estatales, en el reducido ámbito de un Land, son todavía comprensibles, abarcables, asumibles[112]. La división en pequeñas unidades estatales ofrece la posibilidad de una consciente comprensión y participación en el problema, que a su vez es condición para una participación adecuada en los problemas de conjunto. Entre los municipios y el Estado, los Länder constituyen una construcción estatal que abarca lo pequeño en una unidad más grande, y a través de ella participa en la conformación general[113]. Así, la construcción del Estado federal da forma a una importante condición de la democracia.

No se debe dejar a un lado que se trata sólo de posibilidades, cuya consolidación a la luz de la actual realidad estatal son aproximadas, en especial una vez señalado el claro cambio de conciencia. Y tampoco se debe prescindir del envés de toda descentralización. Cuanto menor es la unidad estatal, más grande es el riesgo de que se reduzca el horizonte de los que viven en esa unidad. Cuanto más cercano es el ámbito material en el que se han de tomar las decisiones, mayores son los vínculos personales, las obligaciones personales, en fin, las diferencias personales, por tanto mayores son las influencias extrañas al cargo. Estos efectos colaterales han de ser tenidos en cuenta cuando se opta por la descentralización.

3.2. Consecuencias

Todo esto, las particularidades de la actual vida del conjunto del Estado y sus efectos esenciales resultan del modo y forma en que el Estado federal se constituye y desarrolla dentro de la Ley fundamental. Esas particularida-

---

[112] M. IMBODEN, *Die Staatsformen*, 1959, p. 82 y ss.
[113] Cfr. KÖTTGEN, *Festschrift für das OLG Celle*, nota 7, p. 96.

des reflejan el funcionamiento del Estado federal unitario, porque no afectan la vida constitucional interna de los Länder, sino los efectos del Estado federal en el conjunto del Estado. De ello resultan dos consecuencias fundamentales:

El ordenamiento del Estado federal, dentro del Estado constitucional contemporáneo, no es una mera reliquia. Un principio fundamental de efectos tan significativos para el conjunto de la vida constitucional no puede verse como algo mortecino, que emerge trabajosamente en virtud de la decisión constitucional contenida en el derecho constitucional positivo.

Lo que hoy compone la esencia del ordenamiento del Estado federal no reside ya en el ámbito del pensamiento federal; el federalismo como principio de integración ha perdido en los ámbitos nacionales el significado de su fuerza histórica[114]. Por eso ha cambiado fundamentalmente el carácter del ordenamiento del Estado federal. La organización de una pluralidad de Estados miembros y de su plural individualidad es cada vez más la organización de fuerzas de conjunto, de fuerzas que en sentido estricto se han convertido en fuerzas administrativas y políticas. La división de poderes vertical se ha transformado en una nueva forma de división horizontal. Y al mismo tiempo se convierte en un nuevo elemento con significado para la organización interna de los partidos y las asociaciones, así como para los partidos en el gobierno y la oposición. En esta serie de efectos, la construcción del Estado federal se muestra insustituible para el ordenamiento democrático de la Ley Fundamental. Y además produce efectos para el conjunto del Estado que están hermanados estrictamente con el Estado de Derecho[115]. Lo que las antiguas teorías del Estado federal presentaban como una alteración de la verdadera esencia del Estado federal, se ha convertido hoy en su principio verdadero: en el sistema de la Ley Fundamental es la construcción del Estado federal un complemento esencial del ordenamiento democrático[116] y del Estado de Derecho.

Desde este fundamento carecen de objeto las supuestas antinomias del actual Estado federal. Esto es válido especialmente para la antinomia entre el Estado federal y la democracia[117], porque ambas formas no se presentan en el ordenamiento de la Ley Fundamental como algo distinto, sino como

---

[114] R. NÜRNBERGER, "Wesen und Wandel des Föderalismus im modernen Staatsleben", en *Festschrift für Gerhard Ritter*, 1950, p. 429 y ss. Esto no significa que el pensamiento federal este muerto; pero su campo radica sólo en el ámbito supranacional. Cfr. también GREWE, nota 51, p. 17.

[115] K. HESSE, "Der Rechtstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes", *Festgabe für Rudolf Smend*, nota 108, p. 90 y ss.

[116] v. LEX, *Festschrift für Hans Nawiasky*, nota 106, p. 240.

[117] C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, nota 14, p. 388 y ss., GREWE, nota 51, p. 14 y ss.

elementos complementarios que se condicionan y sostienen. El Estado federal unitario no se basa en principió de "unión", por lo que puede reconocerse como una decisión del conjunto del poder constituyente.

Y tampoco existen fundamentos antionómicos entre el Estado federal y el Estado social[118], porque las formas de unidad e igualdad necesarias en el Estado social no han de entrar en contradicción con las formas del Estado federal unitario. El concepto de "Estado federal social" (art. 20.1) de ninguna manera contiene una «contraditio in adjecto», sino que el texto de la Ley Fundamental permite reconocer que el Estado federal se sostiene sobre fundamentos distintos a los del Estado federal clásico; se trata más de dar un significado adecuado al futuro, que de intentar acercar lo opuesto.

Tampoco tiene validez la antinomia entre federalismo político y unitarismo social[119], porque los fundamentos del actual Estado federal sólo se pueden hallar limitadamente en el pensamiento federal. El Estado federal unitario muestra que en el Estado social ya no se da una divergencia entre lo estatal y lo social[120].

Y también carece de valor el argumento habitual que señala como incompatible con el Estado federal la capacidad de la Federación para disponer sobre el estatus del Estado miembro (art. 18 WRV, art. 19 Ley Fundamental). Allí donde los Estados miembros ya no son individualidades histórico-concretas, no se puede hablar de la conservación de la existencia del Land particular sino de los efectos de la construcción del Estado federal para el conjunto.

Tampoco tiene valor el reproche que manifiesta el anacronismo de señalar la construcción del Estado federal como uno de los límites al poder de reforma del art. 79.3. Esta disposición no dice que los fundamentos y las formas del ordenamiento federal tradicional deban permanecer inalteradas. Se refiere en verdad a la división de la Federación en Länder y a la participación de los Länder en la legislación del Estado. Estos son elementos irrenunciables en el Estado federal unitario.

Cuando el principio Estado federal se comprende desde el punto de vista histórico, entonces sus formas actuales se esclarecen como señal de lo que ha acontecido. Puede ser que en esta nueva conformación haya

---

[118] KÖTTGEN, *Festgabe für Hans Muthesius*, nota 52, p. 21 y ss.

[119] KÖTTGEN, *Festschrift für das OLG Celle*, nota 7, p. 82 y ss., con una referencia a la posibilidad de la adaptación.

[120] Lleva razón KÖTTGEN cuando señala que la constante degradación del Estado como mera asociación finalista no disfraza el problema. Simplemente lo sitúa en otro plano.

perdido significado frente a la función anterior[121]. Pero esto no ocurre por las consecuencias del desarrollo histórico del Estado federal, sino por la propia esencia de una Constitución que –en oposición a la Constitución imperial de 1871- quiere estar en la primera línea de las Constituciones de los Estados democráticos de Derecho. En definitiva, tal esclarecimiento no se sostiene sobre una concepción intelectual, sino sobre una comprensión de los hechos, que al observarlos de cerca, ofrecen una parte de la conformación efectiva y plena de sentido de la vida del Estado incluso bajo las circunstancias cambiantes de la actualidad. De este modo se ofrece una mirada sobre el desarrollo del ordenamiento del Estado federal de la Ley Fundamental que permite el entendimiento de sus fundamentos y esencia no como abstracción e ilusión, sino como un elemento nuclear del verdadero ordenamiento del ser estatal contemporáneo. El Estado federal unitario y su función fundamental para la democracia y el Estado de Derecho: este debe ser el punto de partida de la moderna teoría del Estado federal que haga justicia a la actual teoría del Estado y de la Constitución.

RESUMEN

El presente trabajo analiza en la primera parte los déficit teóricos en la doctrina alemana del 1962 relativos a la conformación del Estado Federal. Se fija en la ausencia de teorías generales y discute las dos elaboraciones más completas, la teoría de los tres elementos y el principio de confianza federal. En la segunda parte repasa las tendencias unitarias del Estado federal, a través de la coordinación voluntaria entre los Länder y la intervención de éstos por medio del Bundesrat. En la tercera parte, el autor intenta conceptuar su idea del Estado federal unitario y reflejar las consecuencias para el conjunto.

PALABRAS CLAVE: Estado federal, Estado federal unitario.

ABSTRACT

The present work analyzes in its first part the theoretical deficits in the German doctrine of the 1962 regarding the conformation of the Federal State. It pays attention to the absence of general theories regarding this subject and discusses the two more complete elaborations, the theory of the three elements and the federal confidence principle. In the second part it reviews the unitary tendencies of the federal state, through the voluntary coordination between the Länder, and their intervention by means of the Bundesrat. In the third part, the author tries to develop his idea of the unitary federal State and to reflect the consequences for the whole system.

KEY WORDS: Federal State, Unitary Federal State.

[121] KÖTTGEN, *Festschrift für das OLG Celle*, nota 7, p. 96.

JURISPRUDENCIA

LIBERTAD DE CONCIENCIA FRENTE AL DEBER DE OBEDIENCIA A LAS ÓRDENES RECIBIDAS EN EL EJÉRCITO, O LA GUERRA DE IRAK BAJO EL CONTROL DE LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS*

Markus Kotzur**

Traducido del alemán por Ignacio Gutiérrez Gutiérrez

SUMARIO

1.- Introducción

2.- El caso

3.- Las cuestiones jurídicas fundamentales

4.- Consideración final sobre el estilo de la sentencia.

1. INTRODUCCIÓN

En el verano de 2005 pronunció el Tribunal Constitucional alemán algunas sentencias relevantes, que suscitaron no sólo la atención de los políticos y de los prácticos del Derecho, sino también comentarios por parte de

---

* El texto fue publicado originalmente en *Juristen Zeitung* 1/2006, pp. 25-30, como comentario a la Sentencia de la Segunda Sala de lo Militar del Tribunal Contencioso-Administrativo federal alemán de 21 de Junio de 2005 (BVerwG 2 WD 12.04), bajo el título "Gewissenfreiheit contra Gehorsampflicht oder: der Irak-Krieg auf verwaltungsgerichtlichem Prüfstand". En el mismo número (*JZ* 2006, pp. 41-42) se recogen las formulaciones generales que orientan la resolución (Leitsätze), que la propia Sala antepone a su sentencia; ésta se puede consultar íntegra en la página web del Tribunal (http://www.bverwg.de/media/archive/3059.pdf, que ofrece, tras los Leitsätze, un resumen más extenso de los fundamentos de la sentencia).

** Catedrático de Derecho público, europeo e internacional. Universidad de Leipzig

la literatura científica[1]. Con tanta competencia desde Karlsruhe, corre el riesgo de caer en el olvido, pese al abundante espacio que inicialmente le dedicó la prensa, una interesante resolución de la Segunda Sala de lo Militar del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal (2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts). Y sería una pena, especialmente porque la sentencia vincula la disputa sobre los límites de la libertad de conciencia de los militares con cuestiones de Derecho internacional y constitucional acerca de la conformidad a Derecho de la guerra de Irak; o, hablando con más cautela, «contextualiza» estos problemas. Una vez más se muestra aquí la interdependencia entre Derecho constitucional y Derecho internacional público. Cuando el Estado constitucional abierto y cooperativo[2] no puede evitar el salto hacia la dimensión internacional, y al mismo tiempo incorpora «standards» internacionales en el Derecho nacional y los impone mediante sus tribunales nacionales, el Derecho internacional y el Derecho constitucional aparecen como los dos lados de una única moneda. Entre los responsables de ello, y no en último lugar, está el tercer poder de los Estados nacionales[3], que tutela las garantías ofrecidas por el Derecho internacional, colabora en el proceso de constitucionalización de este Derecho[4] y, de este modo, está en condiciones de trazar los necesarios límites

---

[1] Por ejemplo BVerfGE 113, 273; sobre ella J. VOGEL, "Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht", *JZ* 2005, pp. 801 ss.; K. M. BÖHM, "Das Europäische Haftbefehlsgesetz und seine rechtsstaatlichen Mängel", *NJW* 2005, pp. 2588 ss.

[2] P. HÄBERLE, "Der kooperative Verfassungsstaat" (1978), en P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 3.ª ed. 1998, pp. 407 ss.; del mismo autor *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.ª ed. 1998, pp. 177 ss.; más tarde S. HOBE, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, 1998, y "Der kooperationsoffene Verfassungsstaat" en *Der Staat* 37 (1998), pp. 521 ss.; aún más amplio alcance tiene la obra hoy ya clásica de K. VOGEL, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, 1964; más recientemente, y atendiendo a la globalización, U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, 1998.

[3] La "relación de cooperación" entre instancias nacionales e internacionales resulta hoy intensamente debatida en el plano europeo por lo que se refiere a la "protección cooperativa de los derechos humanos": J. LIMBACH, "Die Kooperation der Gerichte in der künftigen europäischen Grundrechtsarchitektur – Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von BVerfG, EuGH und EGMR", *EuGRZ* 2000, pp. 417 ss.; H. C. KRÜGER/J. POLAKIEWICZ "Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa. Europäische Menschenrechtskonvention und EU-Grundrechte-Charta", *EuGRZ* 2001, pp. 92 ss.; W. HOFFMANN-RIEM, "Kohärenz der Anwendung nationaler und europäischer Grundrechte", *EuGRZ* 2002, pp. 473 ss.; R. JAEGER, "Menschenrechtsschutz im Herzen Europas. Zur Kooperation des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften", *EuGRZ* 2005, pp. 193 ss.

[4] Abriendo camino A. VERDROSS, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926; también C. W. JENKS, *The Common Law of Mankind*, 1958, p. 169 y *passim*; desde una

a una línea de pensamiento que, tomando como punto de partida la teoría del estado de excepción[5], vuelve a resultar popular en tiempos de amenaza terrorista global. De aquí, en cualquier caso, surgen tanto posibilidades como riesgos: las posibilidades de una consecuente imposición efectiva del Derecho internacional sobre la base de unas Constituciones nacionales que le ofrecen colaboración; los peligros de un "judicial activism" con plena conciencia misionera en ámbitos en los que procedería un discreto "judicial self-restraint". La Segunda Sala de lo Militar del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal, en una espectacular sentencia que comprende nada menos que 126 folios, con un despliegue argumentativo digno de una tesina, hizo uso decidido de las posibilidades de actuar como "tribunal nacional de Derecho internacional". Con no menor decisión se puso la Sala a merced de (algunos de) los riesgos que ello conlleva.

2. EL CASO

Reduzcamos el muy complejo caso a su problema central, aunque hayamos de asumir los riesgos asociados a tales podas. Deliberadamente prescindimos de todas las cuestiones procesales. Al recurrente, un Comandante (Major) del Ejército, militar profesional por tanto, en activo como "Oficial de Estado Mayor de planificación, organización y procesamiento de datos", le correspondía el nivel salarial A13. En marzo de 2003 rechazó la orden, impartida primero verbalmente y luego por escrito, de proseguir su tarea en el proyecto "SASPF" de software de uso militar***. Como motivo adujo que

---

perspectiva actual W. HERTEL, *Supranationalität als Verfassungsprinzip*, 1998, pp. 87 ss. y también en otros pasajes; P. M. DUPUY, "The Constitutional Dimensions of the Charter of the United Nations Revisited", *Max Planck Yearbook of International Law* 1 (1997), pp. 1 ss.; B. FASSBENDER, *UN Security Council Reform and the Right to Veto. A Constitutional Perspective*, 1998, pp. 19 ss. (entre otras); del mismo autor "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", *Columbia Journal of Transnational Law* 36 (1998), pp. 529 ss.; D. THÜRER, "Modernes Völkerrecht: Ein System von Wandel und Wachstum – Gerechtigkeitsgedanke als Kraft der Veränderung", *ZaöRV* 60 (2000), pp. 557 ss.

[5] SARCEVIC, "Notstand und völkerrechtliches Verfassungsexperiment – Völkervertragsrechtliche Verfassungsgebung auf dem Prüfstand", en *Gedächtnisschrift für J. Burmeister*, 2005, pp. 359 ss.; M. KOTZUR, "Die Weltgemeinschaft im Ausnahmezustand", *AVR* 42 (2004), pp. 353 ss.

*** N. del T.: Standard-Anwendungs-Software-Produkt-Familien: La traducción podría ser "familias de productos de software de utilización estandarizada". Se trata de sustituir la multiplicidad de programas informáticos utilizados por los diferentes servicios del ejército federal por una única plataforma que facilite el intercambio de datos y permita un funcionamiento en red más eficiente y rápido. Alguna información sobre este proyecto puede obtenerse en la página web del Ministerio de Defensa alemán (http://www.bmvg.de/portal/a/bmvg).

no cabía excluir que los resultados de los desarrollos de software dirigidos por él pudieran servir como apoyo para una "participación ilegal de la República Federal en el ataque ilegal contra Irak". En febrero de 2004, el Tribunal Militar competente le consideró culpable de una falta en el servicio y le rebajó al grado de capitán con nivel salarial A11. El tribunal valoró la conducta del militar como infracción dolosa de los deberes de cumplimiento leal del servicio conforme al art. 7 de la Ley sobre el estatuto jurídico de los militares (SG, Soldatengesetz), de vigilancia en el servicio conforme al art.10.2 de la SG, de obediencia conforme a la primera frase del art. 11.1 de la SG y de preservación de la consideración y de la confianza que corresponde a un militar conforme a la primera frase del art. 17.2 de la SG. En una consideración de conjunto, se trata de una falta en el servicio conforme al art. 23.1 de la SG y al art. 18.2 del Reglamento de disciplina militar (WDO, Wehrdisziplinarordnung).

En los fundamentos de la sentencia se lee, entre otras cosas, que la orden impartida estaba justificada, al margen de que el uso de la fuerza armada por parte de los Estados Unidos de América en Irak merezca o no la calificación de guerra de agresión y de que la República Federal de Alemania haya prestado colaboración o no. Su trabajo en el desarrollo de software en ningún momento habría facilitado apoyo directo o indirecto a la intervención armada de los Estados Unidos en Irak. El recurrente, un militar con años de profesión a sus espaldas y experiencia como oficial de Estado Mayor, habría podido apreciarlo sin dificultad, y habría debido hacerlo. Frente a la Sentencia del Tribunal Militar apeló el recurrente en marzo de 2004 ante el Tribunal Contencioso-Administrativo Federal. Alega que el Tribunal Militar había omitido considerar los motivos de su decisión: a su juicio, la intervención militar de los Estados Unidos contra Irak era una guerra de agresión, y consideraba como participación en tal guerra de agresión el apoyo dado por ejemplo mediante el uso de aviones dotados de dispositivos AWACS (Airborne Warning and Control System) y la vigilancia por el ejército alemán de los cuarteles americanos, supliendo a los soldados americanos desplazados a la guerra. Por eso había considerado que obedecer sin rechistar la orden recibida era incompatible tanto con su conciencia como con la situación jurídica. Su conducta estaría amparada por el art. 26 de la Ley Fundamental, el art. 80 del Código Penal, el art. 5 del Código Penal Militar y el art. 11.2 de la SG. La apelación del militar ante el Tribunal Contencioso-Administrativo Federal resultó acogida en todos sus extremos.

3. LAS CUESTIONES JURÍDICAS FUNDAMENTALES

La sala que conoció del caso buscaba con su decisión, intensamente sustentada en citas doctrinales, ante todo dos objetivos: en primer lugar quiere proteger la libertad de conciencia (Art. 4.1 de la Ley Fundamental) de los soldados del ejército alemán en la mayor medida posible, sin sacrificarla a precipitadas consideraciones de funcionalidad del servicio. Así dice literalmente (pág. 112)[6], con evidente referencia crítica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[7]: "La Ley Fundamental regula (...) una vinculación de las fuerzas armadas a los derechos fundamentales, y no por cierto una vinculación de los derechos fundamentales a las decisiones y a las necesidades de las fuerzas armadas". La segunda finalidad conduce mucho más allá de los derechos fundamentales. El Tribunal utiliza las normas correspondientes de la Ley Fundamental, del Derecho militar y del Derecho penal militar para el control incidental, conscientemente planteado en términos fundamentales, de una doble cuestión altamente explosiva: ¿fue la guerra de Irak conforme al Derecho internacional? En caso contrario, ¿infringieron el Derecho internacional y el Derecho constitucional (en especial los arts. 25 y 26 de la Ley Fundamental) los apoyos que prestó Alemania a los Estados Unidos de América y al Reino Unido (garantía del derecho a sobrevolar territorio alemán, utilización de las instalaciones situadas en Alemania, protección de dichas instalaciones, vigilancia del espacio aéreo turco por soldados alemanes a bordo de aviones AWACS)? Veámoslo en detalle.

3.1. El poder de mando militar y sus límites (jurídico-constitucionales)

De manera convincente constata la sala que la obligación de obediencia que se deriva de la segunda frase del art. 11.1 de la SG es ciertamente un deber central del servicio de todo soldado, pero no impone una obediencia ciega e incondicionada. Hace tiempo que el ciudadano que viste de uniforme ha dejado de estar sujeto a vinculaciones como las derivadas del art. 64.1 de la Constitución del Reich de 1871 o del juramento al servicio de la Wehrmacht de 20 de agosto de 1934 (RGBl. I, pág. 785)[8]. En diametral

---

[6] La sentencia se cita siguiendo su publicación oficiosa en la página web del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal.

[7] BVerfGE 59, 1 ss. Existe una remisión expresa a los votos particulares de los Magistrados Mahrenholz y Böckenförde (pp. 57 ss.).

[8] H. HERBELL, *Staatsbürger in Uniform*, 1969; U. SIMON, *Die Integration der Bundeswehr in die Gesellschaft*, 1980; K. KISTER/U. A. HUNDT (ed.), *Staatsbürger in Uniform – Wunschbild*

oposición con ello estarían, en particular, los arts. 1.1, 1.3 y 20.3 de la Ley Fundamental. Los límites jurídicos de la competencia militar de mando pueden ser clasificados, para mayor claridad, en siete grupos. Hay que partir del art. 11 de la SG, en concreto de la primera parte de la frase tercera del apartado 1 y de la frase primera del apartado 2, pero no son las únicas normas relevantes. No necesitan o incluso no «deben» ser obedecidas (1) las órdenes que atentan contra la dignidad humana. Lo mismo sirve para (2) las órdenes que no se orientan a los fines del servicio. Cuáles sean estos resulta de un lado de los fines y tareas que la Constitución atribuye al ejército federal (art. 87a.1, art. 115a de la Ley Fundamental)[9], de otro de los criterios que formula el Derecho internacional vigente – ante todo atendiendo a los fundamentos que justifican la autodefensa individual y colectiva conforme al art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas como quiebra estrechamente delimitada de la prohibición general del uso de la fuerza[10]. El Tribunal deja deliberadamente abierta la cuestión de si la orden impartida era o no conforme a los fines del servicio a la vista de la guerra de Irak. Del deber de obediencia quedan también excluidas las órdenes con cuyo seguimiento se cometería un delito, comprendiendo no sólo los delitos definidos por el Derecho penal nacional, sino también los delitos configurados por el Derecho penal internacional[11]. La falta de mecanismos en el plano internacional que aseguren la imposición efectiva del Derecho internacional puede ser así compensada a través de los tres poderes de un Estado constitucional comprometido con él.

Un nuevo grupo de órdenes no vinculantes son las que resultan objetivamente imposibles de cumplir o las que han perdido su sentido (4). Evidentemente no pueden ser vinculantes tampoco las órdenes que conducen a vulnerar la primera frase del art. 26.1 de la Ley Fundamental (5). Esta norma enlaza con el concepto de "guerra de agresión" determinado por el

---

oder gelebte Realität, 1989; U. ULRICH, *Beteiligung in der Bundeswehr*, 2002; E. WIESENDAHL (ed.), *Neue Bundeswehr – neue Innere Führung*, 2005; más en general W. MARTENS, *Grundgesetz und Wehrverfassung*, 1961; D. RAUSCHNIG, en I. v. MÜNCH (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 8.ª ed., 1988, pp. 919 ss.

[9] C. ARNDT, "Bundeswehreinsatz für die UNO", *DÖV* 1992, pp. 618 ss., 619; W. GRAF VITZTHUM, "Der Spannungs- und der Verteidigungsfall", en ISENSEE/KIRCHLOF, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, 1992, parágrafo 170.

[10] ALEXANDROV, *Self-Defense against the Use of Force in International Law*, 1996; *Gardam*, *Proportionality, Necessity and the Use of Force by States*, 2004; más referencias en M. BOTHE, "Friedenssicherung und Kriegsrecht", en W. GRAF VITZTHUM (ed.), *Völkerrecht*, 3.ª ed. 2004, 8.ª Sección, número marginal 19, nota a pie de página 63.

[11] Véase entre otros D. KHAN, en K. AMBOS et alii (ed.), *Der Irak-Krieg und das Völkerrecht*, 2004; G. Werle, *Völkerstrafrecht*, 2003.

Derecho internacional[12]. Conforme a su tenor literal, se trata ciertamente sólo de las acciones preparatorias; utilizando el argumento «a minore ad maius» quedan sin embargo igualmente prohibidas cualesquiera medidas de apoyo. El Tribunal deja de nuevo aquí deliberadamente abierta la cuestión de la participación de la República Federal en una guerra de agresión contra Irak, que infringiría tanto el Derecho internacional como el Derecho constitucional. Como argumentación señala que en cualquier caso quedaría afectada la libertad de conciencia del militar. Por el mismo motivo tampoco precisa de aclaración terminante la cuestión de si el cumplimiento de la orden impartida contradiría las normas generales del Derecho internacional[13] en el sentido del art. 25 de la Ley Fundamental (6). Finalmente, carecen igualmente de vinculatoriedad las órdenes "inadmisibles". Tal inadmisibilidad se produce cuando se inmiscuyen de modo particularmente profundo y amplio en la esfera de la personalidad[14]. Con ello queda tendido el puente que conduce al art. 4.1 de la Ley Fundamental, porque la libertad de conciencia y de la decisión en conciencia están vinculadas de modo inescindible a la imagen de la personalidad moral autónoma en la que se apoya la propia Constitución[15].

---

[12] R. STREINZ, en M. SACHS (ed.), *GG-Kommentar*, 3.ª ed. 2003, Art. 26, número marginal 18, con más referencias.

[13] Del que forma parte en cualquier caso (pero de ningún modo puede entenderse que sólo él) el "ius cogens", que por su parte es reconocido en el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; véanse por ejemplo S. KADELBACH, *Zwingendes Völkerrecht*, 1992; A. VERDROSS/B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3.ª ed. 1984, parágrafo 1263; W. GRAF VITZTHUM, "Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrechts", en la obra editada por él mismo *Völkerrecht*, 3.ª ed. 2004, 1.ª Sección, número marginal 13. Sobre la prohibición del uso de la fuerza detalladamente M. BOTHE, "Friedenssicherung und Kriegsrecht", en la misma obra, 8.ª Sección, números marginales 3 ss. Entre tales normas generales se incluye también el Derecho internacional consuetudinario en virtud del art. 38.1 letra b del Estatuto del Tribunal de Justicia Internacional y los principios generales del Derecho conforme a la letra c del mismo precepto. El art. 59.2 de la Ley Fundamental es lex specialis para la vigencia interna del Derecho internacional convencional, cfr. R. STREINZ en M. SACHS, *GG-Kommentar*, Art. 25, números marginales 29 y ss.

[14] Sobre este extremo se extiende la sentencia en pp. 38 y ss.

[15] BVerwGE 12, 45 (54); R. BÄUMLIN y E.-W. BÖCKENFÖRDE, "Das Grundrecht der Gewissensfreiheit", VVDStRL 28 (1970), pp. 3 ss. y 33 ss. respectivamente; H. BETHGE, "Gewissensfreiheit", en ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 2.ª ed. 2001, parágrafo 137; M. MORLOK en H. DREIER (ed.), *GG-Kommentar*, Bd. I, 2.ª ed. 2004, Art. 4, números marginales y 81 ss.; sobre la imagen de la personalidad moral autónoma P. HÄBERLE, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 3.ª ed. 2005; U. BECKER, *Das "Menschenbild des Grundgesetzes" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 1996.

3.2. La vigencia de la libertad de conciencia del art. 4.1 de la Ley Fundamental para los soldados del ejército federal

Que los derechos fundamentales extienen su vigencia también a las llamadas relaciones especiales de sujeción recibe hoy un reconocimiento consolidado[16], y resulta especialmente adecuado para la libertad de conciencia. Tal "derecho fundamental originario" no sólo afecta al núcleo de la formación de la personalidad y la identidad de las personas, sino que, como derecho fundamental, resulta además una piedra de toque para la situación del Estado y de la sociedad[17] – también para la autoidentificación del ejército, radicado en la sociedad y que actúa desde su interior[18]. Como parte del poder ejecutivo, el ejército federal está vinculado a los derechos fundamentales, a la ley y al Derecho, de conformidad con los arts. 1.3 y 20.3 de la Ley Fundamental. Además, sus fundamentos éticos[19] y la libertad de conciencia de sus miembros, que actúan y deciden bajo su propia responsabilidad ética, resultan inseparables. Con convicente naturalidad, la Sala refiere la libertad de conciencia al ámbito de máxima sensibilidad ética del servicio a las armas[20]. No queda impedido de apelar a su libertad de conciencia, por ejemplo, quien no haya objetado al servicio militar conforme al art. 4.3 de la Ley Fundamental[21]. Justamente quien se ha obligado al servicio al ejército, sea como soldado de reemplazo, sea como militar profesional, debe someter su acción cotidiana al juicio constante de su conciencia y, conforme a la segunda frase del art. 11.1 de la SG. está expresamente constreñido a actuar "en conciencia". La imagen de la obediencia "reflexiva"

---

[16] H. BETHGE, "Gewissensfreiheit", op. cit. en n. 15, número marginal 17, con referencias adicionales; de la literatura anterior véase A. PODLECH, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse*, 1969.

[17] U. STEINER, "Das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 I, II GG)", *JuS* 1982, p. 156.

[18] U. SIMON, *Die Integration der Bundeswehr in die Gesellschaft*, 1980.

[19] K. EBELING/A. SEIFFERT/R. SENGER, *Ethische Fundamente der inneren Führung*, 2002.

[20] Véanse también BVerwG 1 WDB 1/70; BVerwGE 83, 358 (360); BVerwGE 93, 323 (329); BVerwGE 103, 361 (371 s.).

[21] Cfr. la exposición de las pp. 61 ss. de la sentencia. El proceder metódico de la Sala resulta modélico. Concretiza las expresiones de la Ley Fundamental atendiendo a las reglas de las Constituciones de los Länder, reflexiona sobre la historia de su desarrollo y genera consecuentemente un comparatismo jurídico en el interior de la Federación. Sobre el art. 4.3 de la Ley Fundamental cfr. A. ARNDT, "Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung", en E.-W. BÖCKENFÖRDE/W. LEWALD (ed.), *Gesammelte juristische Schriften von A. Arndt*, 1976, pp. 171 ss.; W. BERG, "Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *AöR* 107 (1982), pp. 585 ss.

o "pensante" resulta muy ilustrativa. Pero de tal obligación de "pensar" y enjuiciar crítica y autocríticamente se sigue aún otra consecuencia. Quien libremente ha asumido una relación obligatoria debe prever las consecuencias ligadas a ella y también los conflictos éticos potenciales[22]. Su concreta decisión en conciencia ha de encontrar su parámetro en las decisiones fundamentales que se tomaron inicialmente. El militar ciertamente no tiene que contar con su participación, ni siquiera indirecta, en medidas contrarias a la Constitución o al Derecho internacional. Pero por supuesto que sí ha de contar con verse implicado en decisiones fundamentales de amplio calado ético sobre cuestiones muy discutidas en Derecho internacional, como por ejemplo la participación en una intervención humanitaria.

3.3. Los criterios determinantes de la decisión en conciencia en el caso concreto

3.3. a) Los fundamentos de la formación de la decisión

La conciencia resulta ser un fenómeno espiritual, en último extremo metajurídico[23], y por ello las decisiones en conciencia son realmente difíciles de medir con criterios objetivos o al menos susceptibles de ser compartidos intersubjetivamente. La concepción que de sí mismo tiene el titular del derecho fundamental desempeña un importante papel, porque lo que realmente pretende el derecho fundamental también se decide en lo esencial en la acción de ese mismo sujeto[24]. A la vista de la "multiplicidad de formaciones personalísimas de criterio ético"[25] el Tribunal Constitucional ha optado por un principio formal de definición. Decisión en conciencia es "aquella decisión seriamente moral (esto es, orientada conforme a las categorías de lo bueno y lo malo) que el individuo en una situación determinada experimenta como vinculante para sí e incondicionalmente obligatoria en su interior, de modo que no podría actuar en contra de ella sin forzar seriamente su conciencia"[26]. Del mismo modo, el Tribunal contencioso-administrativo coloca en este caso la seriedad, profundidad e imperatividad de la decisión en conciencia del militar en el centro de su argumentación y se remite a su cuidadoso proceso de decisión, al asesoramiento jurídico que buscó en

---

[22] H. BETHGE, cit. en n. 15, número marginal 17.

[23] Ibidem, número marginal 3.

[24] P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3.ª ed. 1983, p. 362.

[25] M. MORLOK, cit. en n. 15, número marginal 82.

[26] BVerfGE 12, 45 (55) y jurisprudencia constante.

vano, al consejo que pidió al capellán militar. Igualmente subraya el Tribunal que nada depende de la "verdad" y "justicia" de la decisión.

3.3. b) La relevancia de la conformidad a Derecho internacional de la guerra de Irak para la decisión en conciencia

En sorprendente contradicción con las premisas desarrolladas hasta ahora aparece a continuación un monumental «obiter dictum» que analiza con toda amplitud la conformidad de la guerra de Irak con el Derecho internacional. No habría hecho falta para comprobar la seriedad de la decisión en conciencia. Más bien, hubiera sido suficiente con hacer referencia a las severas reservas que el proceder de los Estados Unidos y de sus aliados planteaba desde el punto de vista del Derecho internacional, que se debatían incluso en los medios de comunicación. Tales reservas habrían causado inseguridad en el recurrente y le habrían conducido a una situación extrema de conciencia. Las exhaustivas apreciaciones de la sala, de naturaleza muy específicamente jurídica, no tuvieron influencia alguna en el proceso por el que formó su decisión el recurrente, un lego en Derecho que, como explícitamente señala la sentencia, no tuvo un asesoramiento jurídico satisfactorio. Que la guerra de Irak fuera o no realmente contraria al Derecho internacional carece además de relevancia para la decisión en conciencia. Lo decisivo es sólo que el sujeto que obra en conciencia pudiera considerarla con suficiente verosimilitud como cuestionable desde los puntos de vista ético y jurídico.

¿Por qué, pues, todo el dispendio argumentativo? La sala utiliza el caso concreto como foro público para una toma de posición en términos de principio en el tema de la guerra de Irak. No repetiremos aquí las consideraciones particulares de Derecho internacional que se formulan especialmente contra la doctrina del ataque preventivo[27]. Reflejan el estado de la discusión actual en la doctrina del Derecho internacional y merecen apoyo en muchos aspectos, además de resultar completamente convincentes desde

[27] Véase al respecto, entre la abundante bibliografía, D. BLUMENWITZ, "Die völkerrechtlichen Aspekte des Irak-Konflikts", *ZfP* 50 (2003), pp. 301 ss.; M. BOTHE, "Der Irak-Krieg und das Völkerrechtliche Gewaltverbot", *AVR* 41 (2003), pp. 255 ss.; R. FALK, "What Future for the UN Charter System of War Prevention", *AJIL* 97 (2003), pp. 590 ss.; T. FRANCK, "What Happens Now", *AJIL* 97 (2003), pp. 607 ss.; D. MURSWIEK, "Die amerikanische Präventivkriegsstrategie und das Völkerrecht", *NJW* 2003, pp. 1014 ss.; G. SEIDEL, "Quo vadis Völkerrecht?", *AVR* 41 (2003), pp. 449 ss.; R. STREINZ, "Wo steht das Gewaltverbot heute?", *JöR* 52 (2004), pp. 291 ss.; M. KOTZUR, "Die Weltgemeinschaft im Ausnahmezustand?", *AVR* 42 (2004), pp. 353 ss., 374 ss.; Th. BREITWIESER, "Vorweggenommene Selbstverteidigung und das Völkerrecht", *NZWehrr* (47) 2005, pp. 45 ss.

el punto de vista del resultado alcanzado. Sin embargo, el Tribunal habría tenido buenos motivos para eludir la pregunta sobre la obligatoriedad de la orden en función de su calificación como infracción de las normas del Derecho internacional (por ejemplo del cuarto principio recogido en el art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas), del art. 25 de la Ley Fundamental o incluso del 26. Sin una completa recopilación de pruebas y una valoración del material obtenido la sala nunca habría podido llegar a una sentencia de tal alcance. Además, pese a la exhaustividad de las consideraciones contenidas en la sentencia, no son tenidas suficientemente en cuenta algunas justificaciones que al menos han sido propuestas por prestigiosos internacionalistas (por ejemplo sobre la "intervención democrática" o sobre una concepción completamente nueva de la prohibición del uso de la fuerza y del concepto de soberanía)[28]. En especial la literatura extranjera, por ejemplo la norteamericana, habría debido ser valorada con detalle en una cuestión de Derecho internacional tan discutida como ésta[29]. Aunque este superfluo juicio incidental no puede ser considerado, ni lo pretende, como una expresión vinculante del aforismo "Leipzig locuta", los déficits constatados, tanto metodológicos como de contenido, arrojan algunas sombras sobre la decisión.

3.3. c) La disconformidad a Derecho (internacional o constitucional) de la participación de la República Federal en la guerra de Irak en el contexto de la concreta decisión en conciencia

Después de haber asumido incidentalmente que la guerra de Irak infringe el Derecho internacional, la sala deriva del Derecho internacional y del Derecho constitucional graves reparos contra las medidas de apoyo prestadas por la República Federal (garantía del derecho a sobrevolar territorio alemán, utilización de las instalaciones situadas en Alemania, protección de dichas instalaciones, vigilancia del espacio aéreo turco por soldados alemanes a bordo de aviones AWACS). La valoración jurídica a partir en especial de los arts. 25 y 26 de la Ley Fundamental es de nuevo incidental, resulta por los motivos ya antes indicados tan poco necesaria como las explicaciones anteriores sobre cuestiones jurídico-internacionales, y su orientación no está exenta de objeciones. Qué obligaciones resultan para Alemania del

---

[28] Cfr. por ejemplo R. STREINZ, cit. en n. 27; J. KOKOTT, "Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht", *ZaöRV* 64 (2004), pp. 517 ss.; sobre la prohibición del uso de la fuerza también M. HERDEGEN, *Völkerrecht*, 4.ª ed. 2005.

[29] Una primera referencia a ella por ejemplo en M. BOTHE, "Friedenssicherung und Kriegsrecht", en W. GRAF VITZTHUM (ed.), *Völkerrecht*, 3.ª ed. 2004, 8.ª Sección, número marginal 19, notas a pie de página 63 y ss.

Tratado de la OTAN, del Estatuto de las tropas de la OTAN, etc., exigiría un análisis más diferenciado. Ciertamente no pueden derivarse de tratados internacionales obligaciones de apoyar acciones contrarias al Derecho internacional. Pero, aún asumiendo que la guerra de Irak infringe el Derecho internacional, deberían comprobarse con mayor precisión de un lado la relación de causalidad de las medidas de apoyo, de otro las singulares obligaciones jurídicas de apoyo. Cadenas de causalidad trazadas de modo completamente irreflexivo sin haberse ocupado intensamente de las muy específicas obligaciones jurídico-internacionales y jurídicos-constitucionales que concurren en el caso concreto puede conducir a resultados irracionales. Sirva como ilustración un ejemplo extremo: aceptemos que una base militar de los Estados Unidos en Alemania se usa para volar hacia el territorio de la guerra o para fines parecidos. Si esa base está amenazada por una manifestación violenta, ¿qué medidas estaría autorizada a tomar Alemania para garantizar la seguridad de la instalación sin que le fuera imputada la participación en la guerra de agresión? ¿No estaría igualmente obligada (atendiendo a la dimensión de deber de protección de los derechos fundamentales y de los derechos humanos protegidos por el derecho internacional) a proteger efectivamente a los soldados amercianos estacionados en Alemania?

Aún más reparos suscita que la Sala sobreentienda que podríamos estar ante una guerra de agresión contraria al Derecho internacional. Un veredicto de tanto alcance, único hasta ahora en la historia de la República Federal, no debe emitirse sin un completo análisis de todos los argumentos aportados por la doctrina del Derecho internacional – ni siquera como "simple" «obiter dictum». Acertadamente se remite el Tribunal a la definición de agresión dada por la Asamblea General de la ONU el 14 de Diciembre de 1974 (Res. 3314 IX), entiende que el término "guerra de agresión" está acuñado por el Derecho internacional y reconoce en la prohibición universal del uso de la fuerza enunciado en el principio n.º 4 del art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas el punto de apoyo adecuado para el análisis[30]. Pero resulta muy discutido, justamente a la vista de los últimos desarrollos, que toda agresión contraria al Derecho internacional, que infrinja el art. 2 n.º 4 de la Carta de las Naciones Unidas, deba calificarse como guerra de agresión. Cabe aludir por ejemplo a la intervención humanitaria sin acuerdo del

[30] Sobre este ámbito de problemas F. MÜLLER, *Die Pönalisierung des Angriffskrieges im Grundgesetz und dem Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland*, Dissertation en Heidelberg 1970; K. DOEHRING, "Das Friedensgebot des Grundgesetzes", en ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, 1992, parágrafo 178; para una definición de la guerra de agresión cfr. I. PERNICE en H. DREIER (ed.), *GG-Kommentar*, Bd. II, 1998, Art. 26 número marginal 17; K.-A. HERNEKAMP en I. v. MÜNCJ/Ph. KUNIG (ed.), *Grundgesetz*, Bd. II, 5.ª ed. 2001, Art. 26 número marginal 23.

Consejo de Seguridad, que algunos valoran como inequívoca infracción de la prohibición del uso de la fuerza, otros como impuesta por los derechos humanos[31]. Merecen aquí consideración argumentos que, en conexión con los delitos de agresión, proceden del art. 5.1, letra d), del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Para que se dé el supuesto de hecho de una guerra de agresión no sería suficiente una simple infracción del n.º 4 del art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas, además debería concurrir un elemento agresivo adicional, por ejemplo la intención de someter duraderamente al Estado atacado o de disponer sobre su territorio[32]. Si la sala hubiera tenido que tomar posición sobre la cuestión de la guerra de agresión, habría necesitado confrontarse de modo mucho más intenso con esta cuestión. Pero ni tal toma de posición era necesaria, ni se asume la carga de argumentar sobre ello con el detalle exigible.

3.3. d) La cuestión de la causalidad

Con razón subraya la Sala[33] que para la decisión en conciencia resulta irrelevante que el proyecto SASPF supusiera, en realidad, una colaboración causalmente verificable con el apoyo a la guerra de Irak; es suficiente con que exista una posibilidad digna de ser tenida en cuenta. Mas para que tal posibilidad sea en efecto digna de ser tenida en cuenta no puede bastar con que se trate de cualquier contribución más o menos accidental, más bien dependerá de su cualidad y su trascendencia. En caso contrario cabría pensar en ejemplos extremos. Dado que el ejército federal se financia con impuestos, y sin duda también las concretas medidas de apoyo a los Estados Unidos de América y sus aliados son financiadas mediante impuestos, ¿no habrían podido alegar cualquier ciudadana o cualquier ciudadano el derecho a negarse a pagar parte de sus impuestos amparándose en su conciencia? Pues bien, sigue siendo dudoso que el proyecto SASPF posibilite un crecimiento de cualidad y transcendencia suficientemente significativas de la "interoperabilidad" del ejército federal con los Estados Unidos de América, la OTAN y la Unión Europea.

3.4. Límites de la libertad de conciencia

La decisión merece acogida favorable cuando reconoce al recurrente el derecho a la libertad de conciencia y valora su decisión en conciencia como

---

[31] Sobre los criterios doctrinales tras la guerra de Kosovo véase por ejemplo M. WELLHAUSEN, *Humanitäre Intervention*, 2002.

[32] Cfr. M. E. KURTH, "Der Angriffskrieg und seine völkerrechtliche Bewertung", *NZWehrr* 2005, pp. 59 ss.; G. WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2003, número marginal 1159, con referencias adicionales.

[33] P. 71 de la sentencia.

digna de ser tomada en serio. Como se ha expuesto, no habrían hecho falta para ello tan amplias consideraciones incidentales. A cambio, hubieran debido merecer aún más atención los límites de la libertad de conciencia. Porque ésta está garantizada sin reservas, pero no sin límites[34]. La Sala contempla críticamente la decisión del Tribunal Constitucional conforme a la cual la capacidad funcional del ejército federal tendría rango constitucional (cfr. arts. 12a, 65a, 73 n.º. 1, 87a y 115a y siguientes de la Ley Fundamental)[35]. Pero esta capacidad funcional del ejército federal no es un fin en sí mismo, sino que a su vez sirve al fin estatal de la procura de la seguridad[36] y, con ello, a un bien de rango constitucional, que encuentra eco por ejemplo, y no en último extremo, en el deber de protección que se deriva como nueva dimensión de los derechos fundamentales (entre otros, de los arts. 1.1 o 2.2 de la Ley Fundamental). Todo ello debe ser valorado en un amplio proceso de ponderación, debe lograrse la "concordancia práctica" (K. Hesse) de los bienes constitucionales en conflicto. Aquí subraya el Tribunal Contencioso-Administrativo federal, de un lado, que al militar debiera habérsele ofrecido una alternativa capaz de satisfacer a su conciencia[37], pero también señala que los motivos de conciencia no deben plantearse de modo intempestivo, puesto que la alternativa depende en gran medida de las posibilidades que estén abiertas en las circunstancias concretas. Resultan por ello infundados los temores de algunos críticos de la sentencia, para los que una objeción de conciencia repentinamente planteada durante una acción armada podría afectar de modo inadmisible a la capacidad de acción de la fuerza militar. De momento, la caja de Pandora permanece cerrada.

4. CONSIDERACIÓN FINAL SOBRE EL ESTILO DE LA SENTENCIA

El estilo de una sentencia puede ofrecer una rica información sobre sus intenciones[38]. La Sala aquí oscila, de manera ciertamente atípica para el

---

[34] Así lo expresa el Tribunal Constitucional con referencia a la libertad religiosa en BVerfGE 30, 173 (pp. 191 y 193)

[35] BVerfGE 69, 1 (p. 57 y ss.) en términos generales Ch. GRAMM, "Die Aufgaben der Bundeswehr in den Grenzen der Verfassung", *NZWehrr* 47 (2005), pp. 133 ss.

[36] Sobre los fines básicos del Estado como límites de la libertad de conciencia E.-W. BÖCKENFÖRDE, cit. en n. 15; la procura de la seguridad como fin del Estado es considerada por K.-P. SOMMERMANN, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, 1997.

[37] En favor de ello aboga también el deber de velar por los subordinados que deriva del art 10. 3 SG, véase además p. 115 de la sentencia.

[38] H. KÖTZ, *Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen*, 1973; P. KIRCHHOF, *Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache*, 1987; en fechas muy recientes cfr. las intervenciones del Primer Coloquio Investigador de la "Fundación Peter Häberle de la Universidad

Tribunal Contencioso-Administrativo federal, entre la sobriedad objetiva y el pathos inflamado del apóstol. Quiere despertar emociones, por ejemplo con el muy desarrollado y extraordinariamente positivo retrato de la personalidad del militar recurrente[39]:

"El militar tiene una personalidad profundamente marcada por su entorno cristiano-católico, no se decide fácilmente a dar pasos capaces de tener graves consecuencias (...). Como repetidamente se dice también en las valoraciones oficiales que en el pasado se han emitido sobre él, se caracteriza tanto por un fuerte sentido de la justicia como por un extraordinario sentido del deber y de la responsabilidad, sin por ello caer en el peligro de la hipermoralización, menos aún del fanatismo. Por ello resulta, cuando a su juicio es necesario y exigido, incómodo y perseverante incluso frente a las más fuertes exigencias y los mayores obstáculos. Sorprende su tenaz y a todas luces exitoso empeño en mantener una conducta veraz y recta. Rechaza abiertamente el oportunismo y la adulación".

También entrelíneas puede escucharse un eco más o menos sublime, incluso desde el punto de vista político, cuando por ejemplo se dice sobre el militar[40]: "de este modo se enfrenta explícitamente, entre otras cosas, a la pretensión del Presidente de los Estados Unidos, de que Dios personalmente le había encargado a él, el Presidente de los Estados Unidos, emprender la guerra contra Irak. Profundamente irritado por esta arrogancia —el militar lo percibía así—, insistía en que su Dios, el del soldado, era otro distinto". Los fundamentos jurídicos de la sentencia recogen incluso el texto de una oración por la paz a la que el recurrente hace referencia[41] para cimentar la seriedad de su conflicto de conciencia. La fundamentación de la sentencia desborda así completamente sus límites naturales. No queda libre de la sospecha de haber mezclado la voluntad política con el deber ser jurídico, la ratio de la decisión con la emotio de quienes decidían. Ello debilita su fuerza de convicción incluso en los aspectos que merecen aprobación. Ciertamente debe tributarse respeto a la claridad con la que la Sala ha hecho público su prejuicio («Vorverständnis») y ha tomado posición sobre

---

de St. Gallen" sobre los temas "Recht – Urteil – Sprache: Aus kulturwissenschaftlicher Sicht" (U. LANDFESTER), "Recht – Urteil – Sprache: Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht" (M.. MORLOK), "Begründungen höchstrichterlicher Grundsatzentscheidungen aus rechtsvergleichender Perspektive" (Lord L. HOFFMANN de la Cámara de los Lores, W. WALTER por parte del Tribunal Federal Suizo, L. WILDHABER desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). La publicación de las actas de las jornadas está prevista para 2006.

[39] Pp. 103 y s.

[40] Pp. 102 y ss

[41] P. 103.

la guerra de Irak. La virtud del "judicial self-restraint", sin embargo, ha quedado olvidada entre tanto fervor.

RESUMEN

Una resolución del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal alemán vincula la libertad de conciencia de los militares con la conformidad a Derecho de la guerra de Irak. La Sala, de un lado, protege la libertad de conciencia de los militares en la mayor medida posible, sin sacrificarla a superficiales consideraciones de funcionalidad del servicio. Pero incidentalmente se plantea tanto la disconformidad de la guerra de Irak al Derecho internacional como la infracción del Derecho internacional y del Derecho constitucional que supone la colaboración prestada por Alemania al referido ataque armado. Markus Kotzur, que comparte los resultados de la argumentación, critica sin embargo el planteamiento incidental de tan relevante cuestión, cuando el hecho de que la guerra de Irak fuera o no contraria al Derecho internacional carece de relevancia para la decisión en conciencia: sólo importa que el afectado pueda considerarla, con suficiente verosimilitud, como cuestionable desde los puntos de vista ético y jurídico.

PALABRAS CLAVE: Jurisprudencia, libertad de conciencia, deber de obediencia, Derecho internacional.

ABSTRACT

A decision of the German Federal Administrative Court links soldier´s conscience freedom with Irak´s war legality. The Courtroom, on the one hand, protects the soldier´s conscience freedom as much as possible without sacrificing it to superficial considerations of service´s functionality. But incidentally this decision reflects on both the disagreement with Irak´s war regarding International private law as well as the infringement of International law and Constitutional law which meant the support that Germany gave to the armed conflict mentioned above. Markus Kotzur, who shares the results of the previous argumentation, however critizes the incidental reasoning for such relevant matter, when the fact that Irak´s war was or was not against international law it lacks of importance for the decision taken under the own conscious: it only matters that can be considered with enough likeliness for the person who has been affected, as well as questionable from the ethical and legal point of view.

KEY WORDS: Case-law, conscience freedom, duty to obey, International law.

LEGISLACIÓN

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN EUROPEA

María Luisa Balaguer Callejón*

SUMARIO

1.- *Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.*

2.- *Decisión 1672/2006/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006, por la que se establece un programa comunitario para el empleo y la solidaridad social-Progress.*

1. DIRECTIVA 2006/54/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 5 DE JULIO DE 2006, RELATIVA A LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES E IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN ASUNTOS DE EMPLEO Y OCUPACIÓN

1.1. Introducción

Con fecha de 26 de julio de 2006 publica el Diario Oficial de la Unión Europea esta Directiva, que refunde toda la normativa anterior en materia de igualdad laboral entre mujeres y hombres.

Ha de entenderse esta Directiva no como una nueva regulación de las condiciones de igualdad entre mujeres y hombres, sino como la unificación de todas aquellas normas que se habían venido implantando en las últimas décadas, con la finalidad de dar congruencia a esa normativa, cuyos conceptos podían ser reiterativos, ofreciendo mayor coherencia en todos aquellos aspectos relacionados con la igualdad en el salario, seguridad social, pensiones y condiciones de trabajo.

* Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga.

Recoge las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE y 97/80/CE, cuya derogación se posdata en el art. 34 al 15 de agosto de 2009. Habida cuenta que el art. 35 prevé la entrada en vigor de esta Directiva a los veinte días de su publicación, están vigentes y coexisten en estos momentos tanto las disposiciones refundidas como el texto de refundición, lo que no dejará de producir desajustes. Ciertamente, el ordenamiento jurídico europeo tiene sus peculiaridades, pues esta circunstancia de coexistencia temporal de normas es difícil de encajar con la coherencia y unidad de un sistema jurídico.

A esta situación se añaden algunas otras circunstancias, en relación con su aplicabilidad para los Estados, que también tienen importancia en este sentido. Los arts. 31, 32 y 33 regulan el procedimiento de recepción de esa Directiva por parte de los Estados miembros. Se da un plazo de hasta el 15 de febrero de 2011 para que los Estados transmitan a la Comisión la información sobre la aplicación de esta Directiva; hasta el año 2013 para valorar las modificaciones necesarias; y hasta el 15 de agosto de 2008 para la entrada en vigor en los Estados a que va destinada. Esta fecha se puede ampliar a otro año más, en función de las dificultades que pueda plantear a los Estados conseguir los acuerdos necesarios entre las fuerzas sociales para el cumplimiento de la Directiva.

1.2. Materias objeto de la Directiva 2006/54/CE

En cuanto a las materias sobre las que se extiende la refundición, son muy variadas y extensas, y no coinciden puntualmente con las de las Directivas que refunden, ya que hay referencias específicas a la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, como la propia definición de acoso.

El primer considerando expone las materias objeto de refundición:

– Aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y las condiciones de trabajo.
– Igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes especiales de seguridad social.
– Igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras.
– La carga de la prueba en los supuestos de discriminación por razón de sexo.

La Directiva tiene treinta y cinco artículos divididos en cuatro títulos, denominados: el primero, de disposiciones generales; el segundo, de dis-

posiciones específicas; el tercero, de disposiciones horizontales, y el cuarto, como hemos visto, de disposiciones finales.

El Título I define en su artículo segundo los conceptos que ya había elaborado jurisprudencialmente el Tribunal de Justicia de "discriminación directa", "discriminación indirecta", "acoso", "acoso sexual", "retribución" y "regímenes profesionales", produciéndose así la reiteración de la que hablábamos respecto de la Directiva de 2002, en la que también aparecen definidos algunos de estos conceptos.

En el Título II se contiene ya la regulación sustantiva de los derechos laborales concernidos por la norma. Se incluyen todas las contingencias derivadas de las prestaciones de la seguridad social, enfermedad, vejez, invalidez, accidentes y enfermedades profesionales y desempleo, en las que prohíbe tanto la discriminación directa como indirecta, y se establece la posibilidad de aplazar su aplicación en determinados supuestos.

Igualmente se regula en este título lo atinente a selección de personal y condiciones de trabajo, con especial referencia a los reingresos por maternidad, paternidad y adopción.

En el Título III se contiene la regulación de las garantías de defensa de los derechos. Se obliga a los Estados miembros a que regulen procedimientos judiciales para su defensa. Y se reconoce legitimación procesal a las asociaciones que representen a las personas que hayan sufrido esas lesiones.

En cuanto a la carga de la prueba, se invierte, en el sentido de considerar que, "cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponde a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración de este principio".

Pese al esfuerzo de la jurisprudencia y de la doctrina para construir un concepto válido y operativo sobre la igualdad de trato, lo cierto es que la inversión de la carga de la prueba en la práctica no se consigue implantar, por la dificultad intrínseca del propio concepto de prueba en relación con la inversión. No es fácil exigir a alguien que demuestre no haber hecho, puesto que las pruebas se refieren a hechos. En tal sentido, la demostración de no haber llevado a cabo una conducta es difícil y complicada. De ahí la enrevesada redacción del concepto de inversión de la carga de la prueba, que termina diciendo que corresponde a la parte demandada demostrar que no vulneró el principio de igualdad de trato. La primera parte no es menos

vulnerable desde el punto de vista de la técnica jurídica: hechos que permitan presumir la existencia de discriminación. Lo que se ha denominado también como prueba de indicios, y que se refiere a ciertas presunciones en relación a ciertas conductas. Estamos ante unos conceptos jurídicos muy indeterminados en los que, ciertamente, es muy difícil avanzar en su construcción, pero que, desde luego, así definidos, son escasamente operativos.

De ahí que el párrafo siguiente determine que esta exigencia se entiende "sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer un régimen más favorable a la parte demandante".

Es muy importante en este Título la creación en el art. 20 de una serie de organismos de fomento de la igualdad. Para ellos se prevén funciones de información y cuantificación en materia de igualdad, que tendrán importantes efectos en la toma de conciencia de los Estados en la situación de discriminación real. Y en ese sentido se muestra especialmente operativa la remisión al Instituto Europeo de la Igualdad de Género, que tendrá, entre otras, esta función de control acerca del desarrollo material de la igualdad.

1.3. Situación en el ordenamiento jurídico interno respecto de las materias objeto de la refundición

La Directiva 2002/73/CE obligaba al Estado español a recepcionar las materias objeto de esa normativa. Los Estados tenían un plazo previsto hasta el año 2005, que permitía una prórroga de un año más que el Estado ha agotado, habiéndose aprobado recientemente la Ley en el Congreso de los Diputados. El Estado español no se ha limitado a las materias objeto de la Directiva, sino que está regulando de forma completa y exhaustiva la igualdad real entre mujeres y hombres. El proyecto de Ley Orgánica de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres es, en realidad, una de las más importantes apuestas por la igualdad que se conoce en ningún Estado de Europa.

Contiene los elementos exigidos por las normas europeas en relación al concepto de acoso, acoso sexual, discriminación directa e indirecta, y condiciones de igualdad en el salario y en la formación laboral, pero además es una ley integral de igualdad que se extiende a todos los ámbitos de la vida social, política, laboral y personal de las mujeres, en un intento de acortar las distancias de la igualdad real.

El Proyecto de Ley establece ya en la Exposición de Motivos, la finalidad de la regulación de la igualdad, con las exigencias de Ley Orgánica por las materias a que afecta.

El contenido del Proyecto abarca las siguientes materias:

– Unas pautas generales sobre la transversalidad.
– Un intento de equilibrio de género en materia de representación electoral, de manera que se exija en las listas electorales una proporción de género.
– Una exigencia de negociación a las empresas con su representación sindical en materias que abarcan desde la conciliación de la vida personal y laboral, hasta la exigencia de presencia de mujeres en los consejos de administración de aquellas empresas que excedan de un número determinado de trabajadores.
– Un permiso de paternidad de 8 días que pretende implicar a los padres en la maternidad, principal objeto de discriminación laboral, por el alejamiento del mercado de trabajo que produce en las mujeres.
– Creación de instituciones estatales dirigidas al desarrollo de la igualdad de género: La Comisión Interministerial de la Igualdad, las Unidades de Igualdad de cada Ministerio y el Consejo de Participación de la Mujer.

La importancia, pues, de esta Ley excede con mucho de las materias de las directivas aquí analizadas. Sin embargo, conviene llamar la atención ahora acerca de la excesiva reiteración de algunos términos regulados en las directivas y la futura ley. En todas ellas se define el acoso, acoso sexual y la discriminación directa o indirecta. Y aunque las diferencias en estas definiciones son meramente de matiz, puede producir alguna distorsión, en la fase de aplicación judicial del derecho, la reiteración de estas definiciones, que, sin embargo no mantiene una total identificación en sus términos.

En alguna otra norma las definiciones contienen una técnica legislativa no excesivamente precisa. Así, se dice textualmente que “se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo” (art. 6.3 del texto aprobado por el Congreso de los Diputados).

En cualquier caso, estos desajustes no enervan la extraordinaria importancia de esta Ley, que está llamada a dar un impulso definitivo a la igualdad material de las mujeres, acortando la brecha histórica de discriminación que se ha sufrido hasta ahora.

2. DECISIÓN 1672/2006/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 24 DE OCTUBRE DE 2006, POR LA QUE SE ESTABLECE UN PROGRAMA COMUNITARIO PARA EL EMPLEO Y LA SOLIDARIDAD SOCIAL-PROGRESS

Con fecha de 15 de noviembre de 2006, el Diario Oficial de la Unión Europea publica esta Decisión, que obedece fundamentalmente a la finalidad de favorecer la inclusión en el mercado de trabajo de todas aquellas personas con especial dificultad para acceder a él.

El Consejo Europeo de Lisboa, de marzo de 2000, ya había definido entre sus objetivos un plan para los siguientes diez años, que pretendía conseguir el pleno empleo en los Estados de la Unión, la mejora de la calidad y la productividad en el trabajo, el fomento de la cohesión social y la integración social a través del propio mercado de trabajo.

A ese objetivo obedece ahora esta Decisión, que sucede a algunas otras que se han venido desarrollando desde el año 2000, y que recoge entre las nuevas condiciones del mercado de trabajo fundamentalmente dos: la inmigración y la igualdad entre mujeres y hombres.

Para ello busca una fundamentación que va servir en el futuro para justificar algunas otras medidas de discriminación positiva. En primer lugar, el art. 13 del Tratado, que establece la no discriminación como principio fundamental. En segundo lugar, el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales, que impide la discriminación, pero que precisamente por ello permite determinadas medidas compensatorias para fomentar la igualdad, entre las que estaría justamente la que ahora analizamos.

El articulado regula los diferentes aspectos de esta filosofía de desigualdad compensatoria en cinco secciones. Pero antes se especifica la duración del programa desde 1 de enero de 2007 a 31 de diciembre de 2013, plazo que se considera en principio suficiente para que se consolide una estructura mínima que permita un posterior desarrollo de estos objetivos.

El artículo segundo define los objetivos del programa: un estudio de la situación que concurre en cada uno de los Estados; apoyo de métodos estadísticos que contengan ya los datos desagregados por sexo, para permitir la evaluación de la situación de la discriminación de género; evaluación de la eficacia del propio proyecto, fomentar la creación de redes que permitan el mejor aprovechamiento de los recursos, trasladando las experiencias de un lugar a otro, sensibilizar a la propia sociedad de la necesidad de adoptar este tipo de medidas, y, finalmente, un aspecto muy importante

de estos objetivos, por lo que también tiene de innovador en este tipo de normas, es el promover la integración de la perspectiva de género en todas las secciones y acciones del programa.

Las cinco secciones en que se divide son:

Empleo, protección e inclusión social, condiciones de trabajo, no discriminación y diversidad e igualdad de género. Y, como decíamos, en cada una de estas secciones, se pretende implementar cada uno de los objetivos definidos en el programa, la situación, la estadística, la evaluación del propio programa y la transversalidad.

Es importante también destacar la universalidad de sujetos que pueden acogerse a este programa. No solamente los Estados, sino que está abierto a las siguientes posibilidades: servicios públicos de empleo, autoridades locales y regionales, organismos especializados, interlocutores sociales, ONGs centros de enseñanza, expertos en evaluación, Institutos Nacionales de Estadística e incluso los medios de comunicación, con la importancia difusora que éstos puedan tener.

A partir del art. 17, se regulan las condiciones en que debe ejecutarse el programa, teniendo en cuenta los necesarios controles que tiene que llevar a cabo la Comunidad. En primer lugar, la adopción de medidas contra el fraude y la corrupción, que garanticen que el dinero que la Comunidad aplica a este programa no va a sufrir ninguna desviación. Posibilidad de recuperación financiera de todos aquellos pagos que no obedezcan íntegramente a la asignación correcta de gasto. Y en segundo lugar, un seguimiento y evaluación del programa en sus diferentes etapas, a culminar con una evaluación general en el año 2015, cuándo haya finalizado en su totalidad.

Tanto la asignación destinada a este programa, como la exhaustiva y garante regulación que contiene de cara a los controles de gasto, evidencian una intención por parte de la Comunidad de abordar problemas que realmente tienen una incidencia real en los problemas generales de los Estados. En lo que hace referencia al nuestro, sin duda, porque la desigualdad de género y el problema de la inmigración masiva, exigen la ayuda de Europa como reiteradamente se ha puesto de manifiesto por los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias. En lo que se refiere a la inmigración, el problema geográfico, no puede tener como resultado la asunción por parte del Estado de todas las consecuencias que de ella se deriven, resultando absolutamente necesario que la Unión Europea tome cuenta de una situación que excede con mucho de la dimensión estatal.

En todo caso, éste es un camino, el del programa Progress, que deberá ir creciendo y completándose con otros, cuando vaya aumentando la conciencia europea de unión ante problemas comunes.

RESUMEN:

Esta crónica de legislación europea de los últimos seis meses aborda el análisis en la regulación de dos normas europeas recientes. Por un lado, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, mediante la cual se refunde y se dota de unidad y coherencia la normativa anterior en materia laboral.

Por otro lado, la Decisión 1672/2006/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 24 de octubre de 2006, por la que se establece un programa comunitario para el empleo y la solidaridad social-Progress, con el objetivo de favorecer la cohesión e inclusión social mediante la integración en el mercado de trabajo de personas con especiales dificultades para acceder a él.

PALABRAS CLAVE: Legislación europea, igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres, empleo, condiciones de trabajo, integración laboral, solidaridad social.

ABSTRACT

This chronicle of Community legislation of the last six months deals with the analysis of the regulation of two recent European norms. On the one hand, the Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men ad women in matters of employment and occupation. The Directive tries to refund and make coherent the previous norms in labour matter.

On the other hand, the Decision 1672/2006/EC of the of 24 of October of 2006, of the European Parliament and of the Council of 24 October 2006, establishing a Community Programme for Employment and Social Solidarity-Progress with the objective settled down to favour the social cohesion and inclusion by means of integration in the labour market of people with special difficulties to accede.

KEY WORDS: Community legislation, equal opportunities and equal treatment of men ad women, employment, labour conditions, labour integration, social solidarity.

PROCESO DE EVALUACIÓN Y SELECCIÓN DE MANUSCRITOS

CONTENIDO TEMÁTICO DE LOS MANUSCRITOS

La ReDCE publicará trabajos de investigación relacionados con el Derecho constitucional europeo en sentido amplio, de manera que abarca la teoría general del Derecho constitucional europeo, problemas concretos del Derecho constitucional de la Unión Europea y cuestiones referentes al Derecho constitucional de los distintos países, siempre que aborden temas de dimensión europea.

REQUISITOS FORMALES DE LOS MANUSCRITOS

1. Salvo casos excepcionales, el manuscrito no podrá superar las cincuenta páginas DIN A-4, con formato Times New Roman 14, espacio 1.5, dos retornos entre cada párrafo.

2. Contendrá un título y un sumario con los epígrafes más relevantes. También deberá incorporar un resumen de medio folio y una relación de palabras claves, en castellano y en inglés.

3. Las notas a pie de página estarán redactadas con formato Times New Roman 12, espacio simple y separación automáticas entre notas.

a) Para libros la cita se realizará del siguiente modo: R. SMEND, Constitución y Derecho constitucional, trad. J.M. Beneyto Pérez, CEC, Madrid, 1985, p. 58 y ss.

b) Para los artículos la cita se realizará del siguiente modo: P. HÄBERLE, “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, ReDCE, núm. 1, 2004, p. 7 y ss.

c) Para obras citadas se realizará del siguiente modo R. SMEND, op. cit., p. 22 y ss.

CRITERIOS DE EVALUACIÓN Y SELECCIÓN DE LOS MANUSCRITOS

1. Los manuscritos deben versar sobre un tema relacionado con el Derecho constitucional europeo (véase contenido temático). Se rechazarán los manuscritos que no versen sobre esta temática.

2. Dentro del ámbito temático señalado se puede tratar de un trabajo general, de un comentario jurisprudencial o de un comentario legislativo.

3. Serán criterios generales de evaluación:

a) La oportunidad del tema de acuerdo con el momento político-constitucional en que se envíe.

b) La novedad o intensidad con la que el tema haya sido tratado en ésta u otras revistas.

4. Los criterios particulares de evaluación se determinarán de manera motivada por los revisores anónimos.

PROCESO Y PLAN DE SELECCIÓN DE REVISIÓN DE MANUSCRITOS

1. El manuscrito se enviará en versión electrónica a los siguientes correos: balaguer@ugr.es o montilla@ugr.es, indicando el autor y modo de contacto. Los editores darán acuse de recibo y, preservando el anonimato del autor, lo enviarán al grupo de revisores anónimos.

2. Los revisores anónimos leerán el trabajo y emitirán en el plazo de dos meses un informe conjunto que irá encabezado con alguna de estas tres posibilidades: muy recomendable, recomendable, no recomendable. El resto del informe detallará los motivos de la calificación. En los casos en los que la publicación merezca el calificativo de “muy recomendable” o “recomendable”, el revisor podrá indicar algunas cuestiones que han de ser mejoradas. La publicación estará supeditada a tales mejoras.

3. Los informes que reciban la calificación de muy recomendable sólo dejarán de ser publicados bajo informe motivado de algún miembro del Consejo de Dirección, previa votación mayoritaria del mismo. Los informes que reciban la calificación de no recomendable sólo serán publicables bajo informe motivado de algún miembro del Consejo de Dirección, previa votación unánime del mismo.