

EL FEDERALISMO ALEMÁN¹

PROF. DR. HC. MULT. GEORG RESS*

A. IDEA Y DESARROLLO DEL FEDERALISMO EN ALEMANIA

El artículo 20 párrafo 1 de la Ley Fundamental alemana reza:

«La República Federal de Alemania es una federación democrática y social».

En conexión con la «garantía de perpetuidad» del artículo 79, par. 3 de la Ley Fundamental que protege el principio federal contra la revisión constitucional, el federalismo configura el principio estructural fundamental ² de la organización estatal de la República Federal de Alemania. Como parte integrante de la denominación «República Federal de Alemania» es al mismo tiempo directriz y característica del Estado.

¹ Agradezco la colaboración de Sr. Kai-Michael König por su ayuda en la elaboración de esta conferencia. Mi reconocimiento también a la Señora Abogada Liliana De Feudis y Señora Wicki Baumeister por la traducción del documento.

² DEGENHART, Staatsrecht I, 12. Edición, Heidelberg 1996, marginal 78.

1. La noción de la Federación

De la Teoría general del Estado se pueden deducir algunos de los rasgos característicos del Estado federal ³. Una federación viene determinada por la diferencia entre Estado unitario, por un lado, y la confederación de Estados, por otro. La confederación de Estados es de naturaleza meramente de Derecho internacional, en la que la condición de Estados la tienen solamente los miembros pero no la federación. Mientras que en el Estado unitario sólo es Estado el todo unitario, pero no las subunidades que éste posea. El Estado federal está formado por la agrupación de varios Estados, siendo él, a la vez, Estado; es, por así decirlo, una superposición de federalismo ⁴ y unitarismo ⁵ integrada por nociones contrapuestas acerca del Estado.

La noción del Estado federal de la Teoría general del Estado no es otra cosa que un modelo ideal que permite la categorización de las formas concretas de Estado. Al contrario de lo que sucede con los criterios constitucionales tales como democracia, Estado de Derecho, principio de la división de poderes, que de conformidad con la noción occidental de constitución política son presupuestos que ha de respetar todo constituyente, la estructura federal es una particularidad nacional que no responde a modelo alguno preestablecido. «El federalismo es la concreción particular de la idea de Estado» según Isensee ⁶; es decir, el federalismo está firmemente ligado a la identidad territorial, política, cultural e histórica del respectivo país ⁷.

³ «Zum Begriff des Bundestaates in der allgemeineren Staatslehre»: JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, 1914, pag. 743, 769 y ss.; KELSEN, Allgemeine Staatslehre, 1925, pag. 163 y ss., 207 y ss.; C. SCHMITT, Verfassungslehre, 1928, pag. 379 y ss.; USTERI, Theorie des Bundesstaates, 1954, pag. 211 y ss.

⁴ El término federalismo deriva de la palabra latina *foedus*, que describe el concepto de federación o alianza como la unión libre de distintas y en base equivalentes comunidades políticas, ver las conclusiones de GRZESZICK, en: Vom Reich zur Bundesstaatsidee, Schriften zum Öffentlichen Recht, Volumen. 705, Berlin 1996.

⁵ ISENSEE, in Kirchhoff/Isensee (Editor.), Handbuch des Staatsrechts, Volumen IV, Heidelberg 1990, § 98, marginal 4.

⁶ ISENSEE, op. cit., Marginal 2.

⁷ HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Edición, Heidelberg 1995, § 7, Marginal 217.

Así, el federalismo alemán de acuerdo a la configuración que toma a través de la Ley Fundamental, no es una opción abstracta en función de un ideal preconcebido de organización estatal, sino la forma estatal «de cuño genuinamente alemán»⁸. En consecuencia, solamente puede ser entendido a través del concreto contexto histórico.

2. *La historia del federalismo en Alemania*

La idea del federalismo surge en Alemania como consecuencia de la gradual desintegración del Sacro Imperio Romano Germánico. El imperio se basaba en un orden medieval feudal y estamental, que a lo largo de los siglos XVII y XVIII fue progresivamente dando paso a los principados soberanos para terminar siendo Estados en el sentido moderno. Como consecuencia de los esfuerzos realizados por los pensadores políticos con el fin de encontrar una interpretación moderna a la estructura del Reich, éstos utilizaron por primera vez nociones que responden hoy al concepto moderno del Estado federal. Uno de los primeros fue el consejero privado y vicescanciller *Ludolph Hugo*, de Hannover, quien en su obra *De Statu Regionem Germaniae*, aparecida en el año 1661, fundió en un sólo concepto las dos nociones, utilizadas en esa época, de Estado unitario y de unión de Estados, y en el que el poder soberano estaba repartido entre el poder central y las unidades territoriales, y con ello esbozó nociones propias de una organización federal⁹. Estas ideas fueron rechazadas en un primer momento¹⁰, pero en el siglo XVIII fueron descubiertas de nuevo, en especial por *Johann Stephan Püttner*.

Después de la disolución del Sacro Imperio Romano Germánico en el año 1806, Alemania, durante casi una década, careció de toda estructura política. Por iniciativa de Napoleón se fundó primeramente

⁸ ISENSEE, op. cit., Marginal 1.

⁹ Ver GRZESZICK, op. cit., pag. 56 y ss.

¹⁰ Especialmente por PUFENDORF a través de sus comentarios «*De Statu Imperii Germanici*» v. 1677 y «*Dissertatio de Republica irregulari*» v. 1678.

la Liga del Rin (Rheinbund), una mera confederación de Estados compuesta por 39 principados alemanes bajo el protectorado de Francia, que no tuvo futuro. No obstante, ella supuso una etapa hacia la organización federal moderna.

En el marco de las negociaciones habidas durante el Congreso de Viena que tuvo lugar del 1 de noviembre de 1814 al 9 de junio de 1815, fueron discutidos diversos planes encaminados al restablecimiento de la unidad alemana, y entre ellos proyectos de constitución de un Estado federal ¹¹, que quedaron en nada en razón del antagonismo entre Prusia y Austria. El 8 de junio de 1815 se fundó la Confederación Germánica (Deutscher Bund) como una confederación de Estados formada por los principados alemanes y las ciudades libres. A pesar de que la Confederación tuvo una base jurídica fuerte, no le fue posible más que en una pequeña medida ejercitar sus competencias respecto a los Estados miembros ¹². El único órgano común fue la asamblea federal compuesta por delegados de los Estados miembros. A causa de la débil estructura de la organización federal y de la falta de voluntad política de sus estados miembros –particularmente por el antagonismo entre Prusia y Austria– la Confederación Germánica estaba condenada al fracaso.

Al mismo tiempo se desarrolló un movimiento nacional-democrático de carácter burgués que perseguía la idea de la unidad alemana. Este movimiento culmina con la revolución de 1848, de cuyas consecuencias nace, a través de la Asamblea Nacional de Francfort, un proyecto de constitución de un Estado federal alemán –la llamada «Constitución de la Iglesia de San Pablo» (Paulskirchenverfassung) denominada así debido al lugar de reunión de dicha Asamblea Nacional–. Esta constitución de una monarquía constitucional concibió un orden federal con competencias claramente delimitadas entre el Estado considerado en su totalidad y sus miembros. A nivel federal, quedó asegurada la influencia de los Estados miembros por un sistema bicameral compuesto por una *Cámara del Pueblo* y una *Cámara de los Estados*, dotadas de los mismos poderes. La Constitución de la Iglesia de San Pablo no llegó a entrar en vigor

¹¹ GRZESZICK, op. cit, pag. 196 y ss.; Deuerlein, *Föderalismus*, Schriftenreihe der Bundeszentrale für politische Bildung, ejemplar 94, Bonn 1972, pag. 67 y ss.

¹² Ver GRZESZICK, op. cit., pag. 230 y ss.

a causa del fracaso de la revolución. Es el primer proyecto de un Estado federal en Alemania y en muchos aspectos precursor de la Ley Fundamental.

El establecimiento de un Estado Federal en Alemania se consiguió, finalmente, después de la victoria militar de Prusia frente a Austria con la fundación de la Confederación de Alemania del norte (Norddeutsche Bund) en el año 1867¹³. Este Estado, que se basó en una organización federal, según lo expresa la repartición de competencias en un sistema bicameral, estaba caracterizado, sobre todo, por el predominio de Prusia. Después de la guerra franco-prusiana de 1870-71 se llegó a la fundación el 1 de Junio de 1870 del Imperio Alemán, que incluyó a los Estados alemanes del sur, pero que excluía a Austria. El «Reich Alemán» también fue un Estado federal formado por 25 Estados particulares, cuyos gobiernos estaban representados en el Consejo Federal (Bundesrat) como órgano federal¹⁴. De todas formas, y puesto que Prusia aportaba el 65% de la superficie y el 62% de la población, adoptó en todos los aspectos una posición de prevalencia. Designaba a la mayoría de los diputados en ambas Cámaras. El rey de Prusia tenía una posición política prevalente en la estructura del Estado. Obstáculos a la consecución de un federalismo vivo fueron, además de la hegemonía de Prusia, un desequilibrio en cuestiones financieras¹⁵, así como derechos especiales en favor de los Estados alemanes del sur. De esta forma el federalismo, perdió importancia hacia el final del Imperio, y sobre todo durante al Primera Guerra Mundial.

Tras la caída del Reich, con las perturbaciones que ésta trajo consigo en los años 1918-19, la Asamblea Nacional de Weimar, constituida para la redacción de una nueva constitución, se vio ante la alternativa de decidirse por el federalismo o el centralismo. La opinión mayoritaria se inclinaba hacia una solución unitaria, pero la Asamblea Nacional se decidió, al final, a favor de un compromiso.

¹³ Ver CHRISTOPH M. MÜLLER, *Staats- und Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Hamburg 1982, pag. 12

¹⁴ CHRISTOPH M. MÜLLER, *op. cit.*, pag. 13 y ss.

¹⁵ Sobre el sistema financiero, especialmente los efectos de la cláusula Franckenstein'schen, comparar DEUERLEIN, *op. cit.*, pag. 141 y ss.; LAUFER, *Das föderative System der Bundesrepublik Deutschland*, 4, Edición, München 1981, pag. 30 y ss.

Se mantuvo, ciertamente, la estructura federal del Estado como principio organizativo, pero fueron ampliadas las competencias del Estado central en la línea de un Estado unitario descentralizado. En el lugar de los Estados aparecieron los Länder, a los que se les conservó un determinado nivel de autonomía y capacidad de decisión. Las competencias del órgano que encarnaba la federación, el Consejo Federal, quedaron fuertemente recortadas en comparación con las que tenía el antiguo Bundesrat. El Consejo Federal perdió toda iniciativa de ley y tenía solamente un derecho de reclamación respecto de los proyectos de ley, que podía ser eliminado por una mayoría de dos tercios en el Reichstag. En los aspectos financieros la constitución hizo a los Länder depender de las asignaciones del Reich, puesto que no les reconoció facultad alguna de recaudación de tributos. Y, a pesar de todo, la República de Weimar, en general, siguió anclada en la tradición federal.

Solamente después de la eliminación de la República por el nacionalsocialismo sufrió el federalismo un ocaso provisional en Alemania. Ya con la toma del poder, a principios de 1933, los Gobiernos de los Länder que no estaban en manos de los nazis fueron depuestos y de facto eliminados. La eliminación definitiva fue llevada a término con la ley para la nueva ordenación del Reich de 30 de Enero de 1934. Las competencias de los Länder fueron de este modo transferidas al Reich, y se degradó a los primeros a meras unidades administrativas.

Los Aliados, que redactaron ya proyectos sobre el futuro de Alemania para después de la capitulación del Estado nacionalsocialista, se pusieron de acuerdo en la conferencia del Yalta, en Junio de 1945, que era únicamente aceptable en el futuro Estado alemán un ordenamiento descentralizado, a fin de prevenir el peligro del abuso de poder que suponía la concentración de éste. Esta declaración política de intenciones quedó confirmada en la Conferencia de Postdam en el verano de 1945, si bien su puesta en práctica no fue posible a causa del fuerte antagonismo entre los Aliados occidentales y la Unión Soviética. Por esta razón, el primer efecto fue el inicio de líneas de desarrollo, completamente diferentes, en las distintas zonas de ocupación. Mientras que las Potencias occidentales, Francia, Gran Bretaña y los Estados Unidos de Norteamérica, si bien con acentos diferentes, impulsaron un sistema descentralizado, la Unión Soviética preparó en su zona de ocupación un Estado

centralizado y unitario. Y después que quedó claro que no era previsible un entendimiento con la Unión Soviética, en la primavera de 1948 fue convocada una conferencia de seis Estados, con la participación de los Estados Unidos de Norteamérica, Inglaterra, Francia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo, en Londres, que se decidió en favor de la instauración de un Estado federal democrático con las tres zonas occidentales ¹⁶.

Una tal decisión se correspondía en gran medida con los deseos del pueblo alemán. Todos los partidos políticos –con excepción de los comunistas–, los profesores de Derecho político, los teólogos y publicistas de las postguerra, se han manifestado en pro de la reinstauración del federalismo ¹⁷.

Solamente, en ocasiones, se ha ejercido fuerte crítica a la nueva ordenación política de los Länder occidentales, llevada a cabo más bien de modo arbitrario, ya que, a excepción de Baviera y Baden, nada tienen que ver con los antiguos territorios estatales constituidos a lo largo de la historia. Después de que los Ministros Presidentes de los Länder, a los cuales se había confiado por los Aliados la misión de redactar una constitución, hubieran constituido un «Consejo Parlamentario» con carácter constituyente, se desataron pronto fuertes disputas en torno al modo cómo se debiera plasmar el Principio federal en la futura constitución. En particular, se situaron en el centro de la discusión las relativas a la naturaleza de los Parlamentos de los Länder y sus competencias en el procedimiento legislativo, así como las de naturaleza fiscal. Después de haber alcanzado un compromiso sobre esos puntos, el Consejo Parlamentario aprobó el 8 de mayo de 1949 el proyecto de Ley fundamental, que fue ratificado por todos los Parlamentos regionales, con excepción del Landtag de Baviera a quien le parecía que el principio federal de la Ley Fundamental no había sido reconocido suficientemente en ella. Solamente en virtud de la presión que ejercieron los Gobernadores militares (de las fuerzas de ocupación) dicho parlamento terminó aceptando como vinculante para Baviera a la Ley Fundamental. Ésta entro en vigor 23 de Mayo de 1949.

¹⁶ Ver DEUERLEIN, op. cit., pag. 248 y ss.

¹⁷ Entre otros, DEUERLEIN, op. cit., pag. 230 y ss.

Esta referencia histórica muestra ciertamente que el federalismo en tanto que estructura del Estado está estrechamente vinculado a la historia de Alemania. Si tenemos en cuenta que la configuración actual de la República Federal, cuyos Länder casi nada tienen que ver con los Estados alemanes configurados a lo largo de la historia en el siglo XIX, la referencia histórica al federalismo alemán no nos sirve de mucho. En todo caso el federalismo es la organización del Estado que mejor se corresponde con el pluralismo cultural, arraigado en la historia. Además, en la configuración federal de la Ley Fundamental queda reflejada la experiencia con la dictadura nazi. El federalismo de la Ley Fundamental se contrapone al principio centralista del caudillaje, peculiar de la ideología del nacionalsocialismo en la que la división horizontal de poderes del Estado de Derecho se complementa con una distribución vertical de esos mismos poderes. El principio federal realiza una matizada distinción y control efectivo del poder del Estado desde el momento en el que coloca un contrapeso federal al poder central del Estado.

B. EL FEDERALISMO EN LA LEY FUNDAMENTAL DE ALEMANIA

El federalismo no ha sido solamente plasmado en el art. 20,1 en conexión con el art. 79,3 LF como un principio fundamental intocable. La regla fundamental de la estructura federal informa toda la estructura de la Ley Fundamental. Ya en el Preámbulo, que contiene una enumeración de los Länder que constituyen la Federación, pone bien de manifiesto la estructura federal de la República Federal. El art. 28 garantiza la homogeneidad del ordenamiento estatal en los Länder, el art. 29 regula el procedimiento para una nueva ordenación de los Länder, que es solamente posible a través de un referéndum, el art. 30 fija las competencias básicas de los Länder en el desempeño de las funciones estatales, el art. 31 de la LF regula las relaciones entre el Derecho del Land y el Derecho federal, los arts. 70 y sigts. Las particularidades en la distribución de las competencias legislativas entre el Bund y los Länder son normadas por el art. 83 y sigts, así como la distribución de las competencias administrativas. El art. 104 y sigts. se ocupan de la constitución financiera. Una gran parte de estos preceptos, por consiguiente, dicen relación con el principio del federalismo y la configuración de éste. Más allá

de las normas de la Ley Fundamental, el principio federal produce efectos como un principio constitucional federal, de cual se extraen aplicaciones concretas.

1. La situación jurídica de los Länder

a) La naturaleza estatal propia de los Länder

Un elemento esencial del Estado federal es la condición de Estados de los Länder al lado de la naturaleza estatal del Bund. Así se expresa con toda claridad en el art. 30 LF, que prevé una competencia general subsidiaria de los Länder; lo mismo se deduce de otras normas constitucionales en su interconexión con otros preceptos de la misma constitución¹⁸. La naturaleza estatal de los Länder ha sido confirmada tanto por la doctrina dominante, como por la jurisprudencia constante del Tribunal constitucional¹⁹. De esta naturaleza estatal propia de los Länder fluye el derecho de éstos a darse un constitución propia, así como el de organizar su poder estatal bajo su respectiva responsabilidad. De todas formas, la autonomía constitucional y la soberanía organizativa de los Länder están limitadas por la «cláusula de homogeneidad» del art. 28,1,1 LF. Según éste, «los ordenamientos jurídicos de los Länder, en conformidad con la constitución²⁰ tiene que estar en armonía con los principios básicos del Estado republicano, democrático, social y de Derecho, en el sentido de la Ley Fundamental. El Art. 28,1,1 tienen, en este sentido, una doble función. De un lado, presupone la autonomía constitucional de los Länder, pero por otro, vincula al constituyente de los Länder a determinados principios fundamentales. De los límites que establece el art. 28,1,1 ya mencionados, se deduce que esta regla ha de ser interpretada restrictivamente, de modo que a los Länder le quede un ancho margen en

¹⁸ ISENSEE, op. cit., marginal 64.

¹⁹ BVerfGE 1, 14, 34; 6, 309, 346 y ss.; 34, 9, 19 y ss.; 60, 175, 207; 72, 330, 383, 388

²⁰ JARRAS/PIRROT, Grundgesetz, 3, Edición 1995, Art. 28, marginal 1 y ss.

la configuración de su constitución respectiva. La Ley Fundamental no influye sobre las constituciones de los Länder más allá de lo que permite la literalidad del texto del art. 28,1,1 del mismo cuerpo legal²¹.

b) Las relaciones entre el Bund y los Länder

Durante largo tiempo fue objeto de debate el problema de las relaciones entre el Bund y los Länder. De modo especial se enfrentaron en él la teoría bipartita y tripartita del Estado federal. Según esta última²² los Länder, en tanto que Estados miembros, se sitúan al lado del Bund, como Estado central, y configuran con él un tercer Estado, el Estado federal.

La Ley Fundamental se orienta en función de una relación matizada entre el Bund y los Länder. Por una lado, la prevalencia del Bund sobre los Länder se expresa de modo directo a través de preceptos como p. ej. la ejecución federal, (art. 37 LF) o la intervención federal (art. 35,3, *ibid.*) de modo indirecto, en la remisión a la competencia sobre la competencia, es decir, a la competencia en materia de revisión constitucional del art. 79,1 LF y, finalmente, también en el repartimiento de competencias (art. 71 y 72 LF) así como en la superposición del orden jurídico federal respecto del Derecho regional. En este sentido los órganos federales, actuando en el marco de sus competencias, actúan jurídicamente vinculando a los Länder. Pero también los órganos de los Länder pueden actuar comprometiendo al Bund o a otros Länder, p. ej. en el ámbito de la creación normativa o en el de la jurisdicción administrativa, fiscal o social o también con actos administrativos individuales²³.

²¹ NAWIASKY, *Allgemeine Staatslehre*, parte 3, 1956, pag. 159 y ss.

²² Comparar VOGEL, in BENDA/MAIHOFER/VOGEL (Editor), *Manual de derecho constitucional*, Berlin 1983, pag. 817.

²³ *Idem.*, pag. 818.

²⁴ BVerfGE (abreviación del término: Tribunal Constitucional alemán) 34, 216, 231

La Ley Fundamental limita el poder estatal de los Länder. Ella determina en qué medida el Bund prevalece sobre los Länder o se subordina a éstos. Allí donde no haya regulación específica, la relación es paritaria ²⁴. La relación entre el Bund y los Länder es, por consiguiente y siempre, de naturaleza estatal. No hay lugar alguno para la aplicación del Derecho internacional ²⁵.

c) El principio del comportamiento de congruencia federal

En el ordenamiento federal de la Ley Fundamental subyace la idea de un comportamiento cooperativo entre el Bund y los Länder, que lleva la impronta de un nivel mínimo de respeto recíproco y una mutua relación de confianza entre ambos. Esta regla fundamental de un comportamiento congruente con la idea federal ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal como un principio constitucional no escrito ²⁶. Este ha descrito el referido principio en la forma siguiente:

«El principio fundamental no escrito de la recíproca obligación del Bund y de los Länder acerca de un comportamiento federal, domina las relaciones constitucionales entre el Estado global y sus miembros, de él se derivan no sólo deberes complementarios que van más allá de las obligaciones concretas y explícitas fijadas por la constitución federal, sino también las limitaciones concretas en el ejercicio de las competencias que la Ley Fundamental confiere al Bund y a los Länder» ²⁷.

Ese principio fundamental vale tanto en las relaciones entre el Bund y los Länder como en las relaciones de los Länder entre sí. El Tribunal constitucional Federal, ha deducido de él toda una serie de obligaciones concretas. Así los Länder más ricos tienen la obligación de apoyar hasta una determinada medida, a los económicamente

²⁵ BVerfGE 8, 122, 138; 12, 204, 254 y ss.; 21, 312, 326; 43, 291, 348 y ss.; 61, 149, 205

²⁶ BVerfGE 1, 299, 315.

²⁷ BVerfGE 86, 148, 214 y ss.; BVerfGE 72, 330, 387.

más débiles. Respecto de este principio de compensación financiera entre los Länder, el Tribunal Constitucional Federal ha declarado:

«Su finalidad es más bien equilibrar, hasta un cierto punto, aunque no lo consiga del todo, las diferencias económicas entre los Länder, que no son allanadas por el reparto de los ingresos procedentes de los impuestos, sino que probablemente se ponen precisamente de manifiesto con dicho reparto, y que en última instancia tienen que ser consideradas como impropias de una solidaridad entre miembros de una comunidad federal»²⁸.

Con ocasión de la situación de necesidad financiera extrema del Sarre, el Tribunal Constitucional Federal dedujo la obligación de ayuda del Bund del principio de la lealtad federal²⁹. En tales casos están justificados, pues, los pagos suplementarios que prevé el art. 107,2 de conformidad con el principio federal.

Aún más, el Tribunal Constitucional Federal ha deducido del principio fundamental del comportamiento de congruencia federal obligaciones sobre los Länder en el respeto hacia los tratados internacionales concertados por el Bund³⁰ o respecto de los municipios cuando el Bund interviene por la vía de la vigilancia sobre éstos (Kommunalaufsicht) cuando éstos interfieren en las competencias del Bund³¹.

d) Acuerdos entre el Bund y los Länder

Bund y Länder tienen la posibilidad, en el marco del Derecho constitucional, de concluir acuerdos sobre aquellas materias que caen bajo su competencia. Tales acuerdos no deben afectar, en todo caso, a las normas obligatorias constitucionales como son las relativas a la

²⁸ BVerfGE 86, 148, 258 y ss.

²⁹ BVerfGE 6, 309, 328, 361 y ss.

³⁰ BVerfGE 8, 122, 137 y ss.

³¹ Comparar. ROJAN, in: v. MÜNCH/KUNIG (editor.), *Comentarios de Derecho Constitucional*, Vol, II, 3. Edición, München 1995, Art. 32, marginal. 56.

formación de las instituciones del Estado y a las de distribución de competencias. No es necesaria una autorización especial para la conclusión de tales acuerdos. Se necesita autorización de los parlamentos o basta con la decisión de los gobiernos, según los casos, cuando se trate de acuerdos entre Estados o de acuerdos administrativos.

C) LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL BUND Y LOS LÄNDER

1. Las competencias en política exterior y en política europea

En las relaciones exteriores con otros Estados, la soberanía de los Länder está fuertemente limitada. Según el art. 32,1 L.F. «El mantenimiento de las relaciones con Estados extranjeros es... competencia del Bund». Según la doctrina dominante el precepto incluye tanto las relaciones de carácter convencional como todas las demás. El art. 32,3 LF reserva a los Länder, en el marco de sus competencias legislativas un derecho limitado de conclusión de acuerdos con Estados extranjeros, que solamente pueden ejercer con la aprobación del Gobierno federal. Puesto que el requisito de la mencionada aprobación está en función de la unidad de la política exterior de la República Federal, el otorgamiento de dicha aprobación es acto de libre apreciación del Gobierno federal. Problemático es, en todo caso, la conclusión de un acuerdo internacional por el Bund cuando éste afecta a la competencia exclusiva de los Länder. Se discute, por una parte, si en estos casos el Bund tiene competencia para concluir tales acuerdos, y de la otra, quien tiene competencia para la transformación del tratado en Derecho interno. En la práctica constitucional este problema ha quedado regulado por el Acuerdo de Lindau (Lindauer Abkommen) concluido entre el Bund y los Länder. En él los Länder aceptan que el Bund sea quien concluya tales acuerdos que afectan a sus competencias exclusivas, pero, en compensación, participan éstos en las negociaciones. La regularidad del Acuerdo de Lindau ha sido puesta en tela de juicio ya que las reglas competenciales de la Ley Fundamental no están a la libre disposición del Bund y de los Länder, y solamente pueden ser modificadas a través de una reforma constitucional.

En la práctica, las relaciones exteriores de los Länder no se limitan a la conclusión de acuerdos, sino que los miembros de los Gobiernos locales desarrollan una diplomacia activa de viajes y visitas cuya regularidad constitucional aparece como problemática en consideración del art. 32 LF³². Los Länder no puede tener una política exterior propia, según los términos del art. 32,3 LF. En la medida en que se trate de meros viajes de información, no se suscitan problemas, ya que el art. 32 LF no es aplicable. Lo mismo puede decirse de visitas a Estados extranjeros que tienen por objeto mantener contactos con vistas a la futura conclusión de acuerdos, ya que caen en el campo de aplicación del art. 32,3 LF y puesto que la competencia de los Länder en la conclusión de acuerdos internacionales no puede ser razonablemente bien ejercida si no hay contactos previos. Pero en la medida en que se trate de representación de los Länder en el extranjero, entra ésta en colisión con el monopolio de la representación del Bund. Por lo menos se hace necesaria aquí una aprobación del Ministerio de Asuntos Exteriores.

De acuerdo con el art. 24, LF, solamente el Bund transferir competencias a las instituciones interestatales; es decir, p. ej. decidir el ingreso ingresar en una organización internacional. De conformidad con el art. 24,1a, los Länder pueden, en el marco de sus respectivas competencias, transferir derechos de soberanía a instituciones interfronterizas. Pero también esta facultad está condicionada por la aprobación del Gobierno federal. Con la adición del art. 24 1a de la LF se quiso responder a la creciente importancia de la cooperación regional en Europa.

Mediante la reforma constitucional de 1992, el nuevo art. 23 regula la participación del los Länder en el proceso normativo de la Unión Europea. Esta es ejercida por el Bundesrat. En la medida en la que las competencias exclusivas de los Länder sean afectadas centralmente por el acto normativo comunitario, el Bundesrat nombra a un representante de los Länder que toma parte en las negociaciones en Bruselas en nombre de la República Federal de Alemania.

³² Comparar SCHMIDT-BLEIBTREU KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, 7. Edición, Neuwied 1990, art. 32, marginal 13.

2. *La distribución de las competencias legislativas*

a) La distribución competencial entre el Bund y los Länder, así como el repartimiento de competencias entre el Estado global y los Estados miembros es típico del Estado federal. Esa distribución de tareas puede orientarse, en primer lugar, en función de las materias, de modo que el Estado global y los Estados miembros, que son competentes en materias determinadas, participan en el poder legislativo, en el ejecutivo y en el judicial. Las competencias también están diversamente repartidas según materias y funciones. Esta es la opción elegida por la Ley Fundamental de modo que, en una visión precisa sobre la distribución competencial, es necesario considerar separadamente a los tres poderes.

b) Las competencias legislativas están reguladas en el art. 70 LF. Punto de partida es el art. 70,1 LF, según el cual los Länder tienen la facultad de dar leyes, en tanto en cuanto la Ley Fundamental no se la haya atribuido al Bund. La norma fundamental del art. 70,1 LF no confiere a los Länder una competencia general de principio en materia legislativa, como parecería deducirse de la literalidad del texto. Por el contrario, se trata, más bien, en virtud de la atribución global de competencia al Bund, de una competencia subsidiaria de los Länder³³. De conformidad con el art. 70,2, LF ha de distinguirse en la delimitación de competencias entre el Bund y los Länder, entre las competencias exclusivas y las concurrentes en materia legislativa. En el ámbito de la competencia legislativa de carácter exclusivo, cuyas materias vienen determinadas por el art. 73 LF, es el Bund el que tiene la competencia exclusiva. Pero puede éste, por ley federal y en virtud de delegación expresa, transferir esta competencia a los Länder. En el ámbito de la competencia legislativa concurrente, cuyas materias vienen dadas en el art. 74 y 74a, los Länder tienen competencia legislativa «en tanto y en la medida en la que el Bund no haya hecho uso por ley de dicha competencia». De conformidad con el art. 72,2 LF la competencia legislativa del Bund se da en ese ámbito solamente «cuando y en la medida en la que el establecimiento de iguales condiciones de vida en el territorio federal o la conservación de la unidad jurídica y económica, en interés general,

³³ Comparar Schmidt-Bleibtreu, op. cit. art.70 marginal 1 y ss.

hagan necesaria una ordenación legal a nivel federal». El art. 72 fue modificado por una reforma constitucional en el año de 1994, ya que la limitación de las competencias legislativas del Bund previstas en el art. 72,2 de la antigua redacción resultaban inaplicables. La nueva formulación del art. 72,2 confiere un mayor peso a la competencia legislativa de los Länder. Al mismo tiempo deja ésta un mayor margen de apreciación política al legislador federal, de modo que el control por el Tribunal constitucional federal es ahora sólo posible en un margen más estrecho ³⁴.

De todas formas, el control de las exigencias del art. 72,2 LF se realiza ahora en un procedimiento constitucional especial, según el art. 93,1 No. 2a LF. En su conjunto, todas estas modificaciones constitucionales, han modificado posiblemente la carga de la motivación, de modo que el Bund está obligado a justificar con más fuerza cuando haga uso de sus facultades en la competencia concurrente. En el futuro será necesaria una motivación a fondo para el ejercicio de dicha competencia concurrente ³⁵. Además de esta competencia legislativa exclusiva y concurrente tiene el Bund el derecho de elaborar leyes marco respecto de la legislación de los Länder en todas aquellas materias que determina el art. 75. También en este caso es necesaria una justificación de la conveniencia, según el art. 72,2.

Además de la ordenación competencial del art. 70 y sigts. de la LF, se reconocen otras competencias federales, según normas no escritas. Puede ponerse en duda, desde el punto de vista de la constitucionalidad, una tal atribución competencial fundada en normas no escritas, si se tiene en cuenta el carácter cerrado de la regulación de la Ley fundamental. No obstante, ésta resulta posible si la Ley Fundamental atribuye al Bund competencias implícitas, además de las que lo han sido de modo expreso. Se pueden distinguir tres clases de competencias federales no escritas: Se da una competencia legislativa, en virtud de la naturaleza de las cosas, cuando la regulación de una materia determinada sólo es posible a través del legislador federal ³⁶. Se trata de cuestiones que son semejantes a aquellas que están recogidas en el catálogo de las competencias exclusivas del

³⁴ BVerfGE 2, 213, 224 y ss.

³⁵ DEGENHARDT, op. cit., 109.

³⁶ BVerfGE 11, 89, 96 y ss.; 22, 180, 216 y ss.; 26, 246, 257.

Bund del art. 73 LF. La segunda competencia federal implícita es aceptada por vía de conexión material «cuando una materia que ha sido atribuida al Bund no puede ser razonablemente regulada, sin que al mismo tiempo se reglamente otra que no ha sido atribuida de modo expreso; esto es, cuando es requisito imprescindible la intervención sobre materias no expresamente atribuidas, para regular otra que sí lo ha sido de modo expreso a la competencia del Bund»³⁷. Esta competencia debe ser manejada de modo restrictivo ya que afecta a una materia sobre la que no existe título competencial alguno. Con ello se produce una extensión del ámbito competencial expresamente regulado³⁸. La tercera competencia federal no escrita es la competencia aneja, se mantiene en el plano de las competencias reguladas por un título, y extiende este ámbito en virtud de la inclusión de las fases de preparación y de ejecución. La competencia aneja, pues, se da cuando una materia que no está atribuida al Bund no es unitaria y autónoma, pero se encuentra en una conexión necesaria con otra que pertenece a la competencia del Bund, y puede ser considerada como aneja a éste ámbito material³⁹. Las competencias federales no escritas, en general, deben ser manejadas con discreción, sobre todo no pueden interferir el ámbito de la distribución competencial regulado positivamente.

Además de estas normas, la Ley Fundamental reglamenta en numerosos preceptos competencias que pertenecen al legislador federal. Con frecuencia no se refieren de modo expreso la separación de competencias del Bund o de los Länder, sino que excluyen siempre la regulación de las misma materia por el legislador regional. Así ocurre p. ej. cuando al legislador federal se le «encomienda la legislación de desarrollo» ; tal es el caso del art. 4,3 o del art. 21,3 o cuando se le atribuyen determinadas facultades de organización o procedimentales (art. 84,1;87,3 LF) o también cuando se le reservan la adopción de determinadas medidas (p. ej. art. 59,2,1; art. 110,2).

Las competencias residuales de los Länder en el ámbito legislativo, a causa de la extraordinariamente amplia competencia legislativa del Bund, están relegadas a cuestiones marginales o secundarias.

³⁷ BVerfGE 3, 407, 421.

³⁸ DEGENHARDT, op. cit, Marginal. 105.

³⁹ BVerfGE 8, 143, 148 y ss.; 22, 180, 210; 77, 288, 299; 88, 203, 331.

Una gran importancia en el campo de la legislación de los Länder tienen sobre todo las cuestiones culturales, las de policía y el Derecho municipal.

Las relaciones entre el Derecho federal y el Derecho de los Länder están regidas por la regla de conflicto del art. 31 LF «El Derecho federal prevalece sobre el local».

En resumen: la distribución de las competencias de naturaleza legislativa entre el Bund y los Länder acusa una fuerte tendencia hacia el unitarismo, a favor de una amplia uniformidad del ordenamiento jurídico. Esto último es probablemente el argumento decisivo en pro de la amplia concepción de la competencia federal en materia legislativa.

3. El repartimiento de funciones en el ámbito de la Administración

Las competencias en el campo de poder ejecutivo se sitúan, por el contrario, básicamente en los Länder. Tomando como punto de partida el art. 30 LF, que atribuye fundamentalmente a los Länder el ejercicio de las funciones estatales, siempre que la Ley Fundamental no adopte regla contraria, los Länder asumen las funciones administrativas. De conformidad con el art. 83, esto se aplica de modo especial en la ejecución de las leyes federales, que los Länder realizan como tarea propia. Esta ejecución de la ley federal por los Länder, de conformidad con el art. 84,5 está sometida sólo en márgenes estrechos al control jurídico del Gobierno federal⁴⁰. En particular, dicha ejecución por los Länder no está sometida por parte del Bund a instrucción alguna. Sólo de modo excepcional, y de acuerdo con lo establecido por el art. 84,5 LF, el Gobierno federal puede, en virtud de una ley federal y con aprobación del Bundesrat, dictar instrucciones para casos especiales. El supuesto ordinario es la ejecución de las leyes federales por los Länder bajo su propia responsabilidad. Sólo en un marco limitado los Länder ejecutan las leyes federales,

⁴⁰ Ver Siegfried Broß, v. Münch/Kuning, GG-Kommentar, volumen 3, edición 3, München 1995, art. 84, marginal 31 y ss.

según los términos del art. 85, en nombre del Bund ⁴¹. Las materias en las que la ejecución se efectúa en nombre del Bund o bien están en la Ley Fundamental mencionadas expresamente, así p. ej. la relativa a la energía atómica, según el art. 87 c LF o la administración de las carreteras federales, de conformidad con el art. 90,2 LF, o también se trata de la aplicación de leyes cuya ejecución implica carga financiera y en dicha carga el Bund participa al menos en el cincuenta por ciento (art. 104a,3 LF). En la esfera de la administración ejercida en nombre del Bund le corresponde a éste la facultad de dar instrucciones. Con la aprobación del Bundesrat puede el Bund dictar normas generales de carácter administrativo. Pero la creación los correspondientes organismos sigue siendo básicamente competencia de los Länder; siempre que una ley básica dada con aprobación del Bundesrat no haya determinado otra cosa. De la misma forma, y sólo en un marco limitado, el Bund ejecuta sus leyes por medio de la administración federal únicamente cuando haya una específica atribución competencial. A este campo pertenecen el servicio diplomático, la administración de la hacienda federal, la administración de las vías navegables federales y la navegación o la administración del ejército federal, que el Bund efectúa a través de sus propios funcionarios. En el mismo sentido, y de conformidad con el art. 87,2, es posible una administración de entes públicos tales como p. ej. los de la seguridad social cuyo ámbito competencial sobrepasa el territorio de un Land. Puede además el Bund, de conformidad con el art. 87,3 LF, crear órganos federales superiores en el ámbito de las competencias legislativas que le han sido atribuidas. Tales instancias federales superiores o instituciones de Derecho público tienen como tarea primordial el desarrollo de tareas suprarregionales de coordinación y planificación.

Los Länder son igualmente competentes en el ámbito de la administración que no necesite tener como base una ley. Puesto que no hay en la Ley Fundamental una regulación expresa, las disposiciones del art. 30 LF están a disposición de los Länder. En virtud de competencias federales basadas en normas no escritas, que encuentran también su reconocimiento en el ámbito de la administración, el Bund puede actuar en los campos de la administración que no necesiten una base legal ⁴². Aquí

⁴¹ Entre otros EKKEHART STEIN, Staatsrecht, edición 15, Tübingen 1995, §15 II.2).

⁴² Ver THEODOR SCHRAMM, Staatsrecht, volumen 1, edición 3, Köln Berlin Bonn München 1985, §§11,C.

también, utilizando el mismo bagage conceptual, se diferencia, en el supuesto de competencias fundadas en normas no escritas, entre competencias según la naturaleza de la cosa, competencias en virtud de la conexión material y la aneja.

Puesto que el ordenamiento competencial del art. 83 y sigts. LF no está a la libre disposición del Bund y de los Länder, no es admisible una administración mixta. El art. 91 a LF prevé, por el contrario, una colaboración entre el Bund y los Länder en el marco de las tareas comunes. Aún en este caso no toda forma de cooperación entre el Bund y los Länder es directamente inadmisibles, siempre que con ello no se transfieran de nuevo competencias obligatorias que han sido atribuidas por la constitución.

4. La distribución de competencias en el poder judicial

Sede del Poder judicial son, preferentemente los Länder. El Bund, de conformidad con el art. 85,1 de la LF, es el titular de los Tribunales Supremos, así como del Tribunal constitucional Federal, según lo determina el art. 94. Además, él puede crear, según el art. 96, un Tribunal federal para la protección jurídica de la propiedad industrial, lo que ha hecho con la instalación del Tribunal Federal de Patentes, así como también instituir Tribunales Penales en caso de guerra y una jurisdicción disciplinaria para funcionarios federales⁴³. En lo demás, los asuntos judiciales han sido reservados a los Länder. Pero, no obstante, el Bund retiene una amplia influencia sobre los Tribunales a través del ejercicio de su competencia concurrente en materia legislativa, de acuerdo con el art. 74,1 no. 1 en la organización judicial y en el Derecho procesal.

5. La constitución financiera federal

El principio federal está presuponiendo que el Bund y los Länder posean una situación que les permita subvenir a sus propias tareas.

⁴³ SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, op. cit., art. 96 1., 2., 3.

Esto postula una dotación financiera adecuada que les garantice la debida independencia y propia responsabilidad. En relación con el mantenimiento de las cargas rige, de acuerdo con el art. 104,1 de la LF la regla básica de que cada uno soporte sus propias cargas; es decir, que el Bund y los Länder enfrenten sus propios gastos en los respectivos presupuestos. Las excepciones a esta general están contempladas en el art. 104a, 2-4 LF. Según el art. 104a, 2, el Bund ha de soportar los costes de la administración que se ejerza en su nombre. Según el art. 104a, 3 LF las leyes federales que concedan subvenciones, determinarán que esa carga sea soportada parcial o totalmente por el Bund. El fundamento de esto reside en que si fuera de otro modo podría el Bund, como consecuencia de su extensa competencia legislativa, establecer cargas sin tomar en cuenta la capacidad financiera de los Länder ⁴⁴. El art. 104,4 LF regula las ayudas que al Bund le está permitido conceder a los Länder.

Desde el punto de vista los ingresos, el art. 106 LF regula la distribución de lo recaudado. Contiene éste precepto una denominada distribución vertical, en primer lugar; esto es, entre el Bund, de un lado, y todos los Länder, del otro, se reparte el producto global de lo recaudado. Respecto de determinados impuestos se sigue un sistema de separación, es decir, la recaudación se efectúa por el Bund o por los Länder. Respecto del impuesto sobre la renta, el de sociedades y el establecido sobre el volumen global de ventas se sigue, según el art. 106,3 LF, el sistema de comunidad. Estos impuestos pertenecen al Bund y a los Länder en común lo que significa que en la recaudación por el impuesto sobre la renta y del impuesto de sociedades el Bund y los Länder participan por mitades; si bien, de acuerdo con el art. 106,5 se atribuye por ley una parte directamente a los municipios ⁴⁵. La distribución de la recaudación por el volumen global de ventas, de acuerdo con el art. 106,3 LF se efectúa en virtud de una clave que ha sido fijada por una ley federal y que se adecua según las necesidades de aquellos gastos necesarios generados por el Bund y por los Länder.

Puesto que las necesidades financieras de los Länder son muy diferentes en virtud de su tamaño y capacidad financiera, es preciso

⁴⁴ Kommentar zum GG für die Bundesrepublik Deutschland, volumen 2, artículos 38-146, edición 2, Frankfurt/Neuwied 1989 Art.104 a, marginal 15 y ss.

⁴⁵ V. MÜNCH, FISCHER-M., op.cit., art.106, marginal 22.

distribuir entre los Länder la cantidad que a éstos corresponde en el reparto comunitario aludido. Esta distribución se efectúa según una distribución horizontal regulada en el art. 107,1 LF y puesto que dicha distribución horizontal sólo remedia parcialmente las desigualdades en la capacidad financiera de los Länder, se procede a una distribución horizontal de conformidad con el art. 107,2, 1-2 en la que mediante una ley se fijan criterios de compensación a favor de los Länder cuya capacidad financiera ha quedado por debajo del nivel medio de todos ellos. Esta razonable compensación financiera es expresión del principio de lealtad federal, tal y como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha sido consagrada ⁴⁶. Además de esto, el art. 107, 2,2 LF permite una ulterior posibilidad de compensación mediante una asignación vertical secundaria, en forma de una ayuda complementaria del Bund a favor de los Länder con escasa capacidad financiera. Tal y como dijimos ya, el Tribunal constitucional Federal ha deducido una obligación de socorro del principio de solidaridad federal, en el caso extremo de una situación de necesidad financiera en un Estado miembro ⁴⁷.

Respecto de la legislación tributaria, según el art. 105,2 LF, se da una competencia concurrente. Y, dada la importancia que tiene el sistema fiscal en el mantenimiento de la unidad económica, las exigencias del art. 72,2 son perfectamente explicables y por ello el Bund posee una cuasi total competencia legislativa en el ámbito tributario. A los Länder les queda, de conformidad con el art. 105,2 a LF, meramente la legislación acerca de los tributos locales sobre el consumo y el impuesto de lujo.

D. EL BUNDESRAT COMO ÓRGANO FEDERAL

1. *La función clásica*

De acuerdo con el art. 50 LF al Bundesrat le incumbe la tarea de garantizar la colaboración de los Länder en la legislación y adminis-

⁴⁶ BVerfGE 72, 330, 384 y ss.; 86, 148, 214 y ss.

⁴⁷ BVerfGE 86, 148, 258 y ss.

tración del Bund. Una tarea sobrevenida, es la defensa de los intereses de los Länder en las cuestiones de la Unión Europea. El Bundesrat representa, por lo tanto, la voluntad de los Länder a nivel federal y es además un factor complementario en la división de poderes.

2. *La función como órgano colectivo de los Länder*

El Bundesrat está formado por representantes de los gobiernos de los Länder, vinculados a instrucciones. De acuerdo con su población los Länder poseen entre 3 y 6 votos, que sólo pueden ser ejercidos globalmente. El tipo de una cámara federal, que encarna el Bundesrat, solamente pudo prevalecer, después de agrias discusiones en el Consejo Parlamentario, frente al modelo de Senado en el que los miembros son designados por votación directa en cada uno de los Estados miembros. El modelo seguido por el Bundesrat, con la añadidura de que sus miembros estén vinculados por las instrucciones de su Gobiernos locales, expresa con más fuerza, sin duda alguna, la idea confederal que el modelo del Senado ⁴⁸. El Bundesrat, respecto del Bundestag no es una segunda cámara en sentido propio, puesto que no tiene una relación paritaria con éste en el procedimiento legislativo. Por regla ordinaria, el Bundesrat no tiene más derecho que el de objetar las leyes que el Bundestag haya aprobado, pero éste puede por mayoría de sus miembros eliminar dicha objeción (art. 77,4 LF). Solamente en casos determinados, que están expresamente fijados en la Ley Fundamental, se precisa la aprobación del Bundesrat para la entrada en vigor de una ley. Dicha aprobación es necesaria, de ordinario, en aquellas leyes que afecten al orden competencial en el ámbito de la administración, especialmente cuando, por ley federal, se creen nuevos organismos o se regule el procedimiento administrativo ⁴⁹ así como también, se proceda a una ordenación de las finanzas federales ⁵⁰. Las revisiones constitucionales, de acuerdo con el art. 79,2 LF, necesitan ser aprobadas por los dos tercios de los votos del Bundesrat.

⁴⁸ BADURA, op. cit., Marginal 54.

⁴⁹ Art. 84, Abs. 1, 87 Abs. 3 pag. 2; 108 Abs. 2, pag. 2, Abs. 4 pag. 1, Abs. 5 pag. 1 GG.

⁵⁰ Art. 109 Abs. 3, 4, 104a Abs. 3, pag. 3, Abs. 4, 105 Abs. 3 GG.

En el ámbito de la administración el Bundesrat participa allí donde el Bund posea un derecho de intervención en la soberanía administrativa u organizativa de los Länder, como p. ej. en la aprobación de disposiciones administrativas de carácter general (arts. 84,2; 85,2; 108,7 LF), así como en el marco de la supervisión federal (Bundesaufsicht) (art. 84,3,4 LF) y en la intervención federal (art. 37,1 LF). En el mismo sentido, en el supuesto del estado de sitio posee determinadas funciones (art. 91,2; 115a sigts. LF).

Un papel, cada vez más importante, tiene el Bundesrat con el nuevo art. 23 LF; introducido en 1992 en la defensa de los intereses de los Länder en cuestiones de la Unión Europea. El art. 23 deberá garantizar que el ordenamiento federal de la Ley Fundamental no sea horadado a través de la transferencia de competencias a la Unión Europea, ya que en el ejercicio de las competencias comunitarias es el Gobierno federal, por medio del Consejo de ministros, el que ha venido actuando, tanto si se trataba de cuestiones que competencialmente pertenecían a los Länder como si éstas pertenecían al Bund. Según los términos del art. 23,5 el Gobierno federal está obligado a tomar en cuenta la posición que adopte en Bundesrat cuando estén afectados los intereses de los Länder. Si tales intereses están afectados «en puntos de importancia», la opinión del Bundesrat deberá ser «adecuadamente tomada en cuenta»⁵¹; y cuando las competencias exclusivas de los Länder estén afectadas «en puntos de importancia», el Bundesrat nombra un «Representante de los Länder», quien participará en nombre de la República Federal de Alemania en las negociaciones del Consejo de Ministros.

Por su amplia participación en la formación de la voluntad del Bund, el Bundesrat significa un factor importante del ordenamiento federal. En particular es un correctivo eficaz frente a una cierta

⁵¹ Es objeto de discusión, si del texto se puede deducir un derecho ultimo de decisión del Bundesrat, tal como del art. 5, párrafo 2, pag. 5 EUZBIG. se extrae; ROJAN, en: v. MÜNCH/KUNIG (editor.), Comentario del texto constitucional, Art. 23, Marginal. 73; STREINZ, Comentarios del texto constitucional, Art. 23, Marginal. 110; HILF, Europäische Union - Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz, VVdStRL 53 (1994), 7, 18; otra opinión BREUER, Die Sackgasse des neuen Europaartikels art. 23 GG, NVwZ 1993, 417, 427; SCHOLZ, en: MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, Grundgesetzkommentar, art. 23, Marginal. 120, 127.

uniformización material del Estado federal, tal y como se manifiesta, especialmente, en la amplia transferencia de competencias legislativas al Bund ⁵².

Aparece como problemática una cierta instrumentalización política del Bundesrat, tal y como se ha manifestado en los últimos años en las diferentes mayorías políticas en el Bundestag y en el Bundesrat. Esta relación tensa entre los partidos políticos, que se superpone temporalmente a las diferencias federales, es inmanente al sistema del Estado federal, ya que el orden federal se concreta diversamente en las diferentes relaciones del poder político en el plano federal y en el regional. Este fenómeno, por lo demás, es congruente con la condición del Bundesrat, en tanto que elemento en la división de poderes. Por añadidura se ha probado que la oposición política en el Bundestag y en el Bundesrat no son en modo alguno paralelas, sino que los intereses específicos de los Länder, una y otra vez, juegan un papel específico en el Bundesrat.

E. CONCLUSIÓN

El federalismo de la Ley Fundamental se ha afirmado como una organización estatal adecuada para el Estado alemán. El Estado federal armoniza con la tradición federal de Alemania y con las peculiaridades de la cultura nacional, cuya unidad radica en la pluralidad. A pesar de la mácula, que pervive como una forma artificial creada por las Potencias ocupantes, los Länder han logrado una relativa personalidad sobre la base de los factores geográficos, de paisanaje, culturales y económicos.

El federalismo deberá siempre enfrentarse con retos críticos y, en ocasiones, con desviaciones. La distinta capacidad económica de los Länder y los problemas agudos, estructurales y financieros de algunos de ellos, colocarán una y otra vez ante retos cada vez mayores a la solidaridad del Bund y de los Länder, especialmente en el ámbito de la compensación financiera. Una auténtica malformación se mani-

⁵² HESSEL, op. cit, Marginal. 221.

fiesta en el en el fondo económico común del Bund y de los Länder, que ha tenido en desarrollo desordenado, en muchos aspectos y al margen del orden competencial de la constitución ⁵³. Por el contrario, la competencia legislativa del los Länder, que ha sido lamentada tantas veces como una desviación en sentido negativo del federalismo de la Ley Fundamental, es una condición previa de la opción constitucional a favor de la unidad jurídica, tal y como se expresa con claridad en el art. 72,2 LF. De todas formas los Länder deben conservar un mínimo de competencia legislativa, tanto cuantitativa como cualitativamente, ya que la individualidad de los Länder exige una participación en todos las funciones del Estado con división de poderes. En el marco del principio de subsidiariedad, que es inmanente al Estado federal, los Länder deben conservar en determinadas materias una competencia directa acerca del interés general ⁵⁴. A este círculo pertenecen cuestiones tales como policía, urbanismo, ordenación del territorio, planificación territorial y Derecho municipal. En virtud de la tradición, un núcleo esencial de la competencia de los Länder la constituye la cultura. De modo especial está condicionada por las circunstancias regionales y favorece al mismo tiempo la afirmación de la propia identidad de los distintos Länder.

El reto de mayor importancia en el momento presente para el federalismo es la amplia transferencia de derechos de soberanía de los Estados en beneficio de la Unión Europea. El desplazamiento competencial que lleva implícito afecta a la estructura global del Estado federal. El art. 23, en su nueva redacción, ha tratado de responder a tal reto con la implicación del Bundesrat en la participación de la República Federal de Alemania en la formación de la voluntad de la Unión Europea. Sólo la experiencia mostrará si el art. 23 ofrece respuesta adecuada al respeto de las estructuras federales en la esfera supranacional. Por ahora algo al menos se puede afirmar, y es que el Bundesrat hace uso con más cuidado y de modo más intensivo de sus competencias de lo que lo hace el Bundestag.

Respecto de las grandes diferencias en la capacidad económica, la cuestión de una reordenación territorial es un problema recurrente. Después del fracaso del intento de fusionar Berlín y Brandenburgo,

⁵³ ISENSEE, op.cit., Marginal. 212.

⁵⁴ ISENSEE, op.cit, Marginal. 274.

esta discusión ha perdido importancia; puede que esté justificada a causa de las graves crisis estructurales y económicas de algunos Länder, en todo caso, las posibles reordenaciones territoriales necesitan que se respeten aquellas unidades que son generadoras de identidades.

A pesar de su fijación con la cláusula de perennidad del art. 79,3, el federalismo ha demostrado ser un sistema flexible y capaz de adaptarse, que al mismo tiempo garantiza en alto grado el control del poder político y el pluralismo cultural mediante la descentralización y la división de poderes.