

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 alemán¹, 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 alemana², 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 constituidos³. 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 Bonn⁵, porque no se trata de analizar cambios concretos, sino de valorar la posibilidad de reducirlos a una sucesión de modelos más o menos arquetípicos⁶.

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. OSSENBUHL, H. SENDLER, *Rechtsstaat 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 Verfassungsentwicklung 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 cooperativo⁸. 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 Alemania⁹. 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 Müntefering¹⁰. 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 abordadas¹¹. 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 Oficial¹², tras haber recibido la firma del Presidente de la República el día 28 de Agosto¹³.

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 *BGBI* 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 (*BGBI* 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 Land¹⁴; o, en la formulación de Thomas de Maizière¹⁵, 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 ejercerá por separado¹⁶. 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 marco¹⁷. 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 Föderalismuskommision", *Kommissionsdrucksache* 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 revista¹⁸, 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 Länder¹⁹. 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, *Föderalismuskommission* pp. 62 y s., así como "Neujustierung der Gesetzgebungskompetenzen 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 federalismo²⁰, resultó entonces descartada por los problemas prácticos a que podía dar lugar²¹; 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 GG²², en unos términos incondicionales que tampoco coinciden con los que en su momento propusieron los expertos²³. 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, *Föderalismuskommission* 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.; *Kommissionsdrucksache* 0071 –neu– a, 19.08.2004, pp. 2 y s.; “Anmerkungen zum ‘asymmetrischen und lernfähigen Föderalismus’”, *Kommissionsdrucksache* 0080, 04.10.2004; “Abweichungsrechte als Realisierung des Subsidiaritätsprinzips”, *Kommissionsdrucksache* 0087, 15.11.2004.

²¹ Cfr. H. MEYER, “Neujustierung der Gesetzgebungskompetenzen 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, *Föderalismuskommission* pp. 59 y s. Sobre los eventuales problemas financieros cfr. H.-G. HENNEKE, *Föderalismuskommission*, 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. KÜNST, 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. SCHMIDT-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 significativa²⁴.

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 GG²⁵, 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 padece²⁶. 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 bimbembres 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 cuestiones²⁷, 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 constitucional²⁸. 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 comunes²⁹. 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 Fundamental³⁰. 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 globalización³².

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 *Föderalismuskommision* 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 federal³³. 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 crisis³⁴ 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 Stoiber³⁶,

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.; *Kommissionsdrucksache* 0071 –neu- i, 19.10.2004, pp. 2 y s.; “Gesetzgebungskompetenzen und Steuerkompetenzen”, *Kommissionsdrucksache* 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, *Föderalismuskommision* 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 educación³⁸. 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 políticas³⁹; y el reto es asumido incluso por Franz Müntefering, aunque bajo la reserva de la garantía de la solidaridad⁴⁰. La noción retorna en la presentación de la reforma constitucional ante el Bundestag⁴¹; 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 territoriales⁴³.

El federalismo competitivo se entiende realizado, por ejemplo, mediante la nueva legislación concurrente, que permite a los Länder apartarse de la legislación federal⁴⁴. 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 primera⁴⁶.

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 todos⁴⁷, es natural que Klaus Wowerit 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 electores⁵⁰. 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 recíproco⁵¹.

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 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 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 *Plenarprotokoll* 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 Länder⁵².

De este modo, sin embargo, los Länder no sólo competirían de cara al exterior, sino también entre sí⁵³. 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 (*Föderalismuskommision*, 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 legislativas⁵⁶.

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 social⁵⁷, acuerdan los Länder en 2004 rechazar la asunción de nuevas competencias en materia tributaria⁵⁸, 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 presupuestaria⁵⁹. La mayor autonomía fiscal, por lo demás, exigiría modificar la regulación de los instrumentos y criterios de compensación financiera⁶⁰ 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 correspondientes⁶¹. 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, *Föderalismuskommision*, 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 eludir⁶². Es cierto que la transferencia de competencias a los Länder presupone ya un ajuste complementario de los recursos financieros⁶³; 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 2019⁶⁴.

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 *Föderalismuskommision*, 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 proceso⁶⁸; 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 económica⁶⁹.

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 social⁷⁰, justo donde Estado social y principio federal amenazaban con resolver su tensión en forma de contradicción⁷¹. 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 Diskussionsweiterung (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 Bundesstaatsprinzip 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-

cial⁷². 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 organizativos⁷³. 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 planteando⁷⁴.

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 fundamentales⁷⁵; 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 correspondientes⁷⁶; 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, *Föderalismuskommision* 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 Constitucional⁷⁷. 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 Constitución⁷⁸. 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 públicos⁷⁹.

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 M^a. 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 constituyente⁸⁰.

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 representación⁸¹. 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 cero⁸². 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 Grimm⁸³, 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 deshacerlo⁸⁵; 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 GG⁸⁶. 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 Maastricht. 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 Bundesrat⁸⁷. 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-Württemberg 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 políticas⁹³, 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 alemán⁹⁵ 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 presencia⁹⁶. 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 política⁹⁷. 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 frutos⁹⁸. 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 la nota 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 ahistórico⁹⁹.

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 superponerse 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 Estado¹⁰¹; 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 estudiada¹⁰²; 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. M^a. CASTELLÁ ANDREU, *La función constitucional del Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Barcelona: Institut d’Estudis Autònoms, 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* n^o 7, pp. 431 y ss., y *TRC* n^o 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.