

EL LADO OSCURO DE LA LEY FUNDAMENTAL

HELMUTH SCHULZE-FIELITZ *

Traducido del alemán por MARÍA ÁNGELES MARTÍN VIDA

SUMARIO:

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: ¿EL «LADO OSCURO» DE LA LEY FUNDAMENTAL?
2. CONFLICTOS INHERENTES A LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO DE DERECHO
3. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS
4. LA LABILIDAD CONSTITUCIONAL DEL ESTADO FEDERAL
5. PERSPECTIVA: EL CONOCIMIENTO DE LAS DEBILIDADES COMO PRESUPUESTO DE LA VIRTUD

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: ¿EL «LADO OSCURO» DE LA LEY FUNDAMENTAL?

¿Hay en la Ley Fundamental un «lado oscuro»? Quien, con motivo de la aprobación de la Ley Fundamental por el Consejo Parlamentario en su duodécima y última sesión plenaria el 23 de mayo de 1949, lea los balances actuales de sesenta años de Ley Fundamental¹ se topará casi sin ex-

* Catedrático de Derecho Público. Universidad de Würzburg.

¹ Cfr. por ejemplo T. OPPERMAN, «Deutschland in guter Verfassung? - 60 Jahre Grundgesetz», *JZ* 2009, pp. 481 ss.; P. KIRCHHOFF, «Das Grundgesetz - ein oft verkannter Glücksfall», *DVBl.* 2009, pp. 541 ss.; J. IPSEN, «Grundgesetz und politische Parteien», *DVBl.* 2009, pp. 552 ss.; H.-G. HENNEKE, «Kontinuität und Wandel der Finanzverfassung des Grundgesetzes», *DVBl.* 2009, pp. 561 ss.; P.M. HUBER, «Das europäisierte Grundgesetz», *DVBl.* 2009, pp. 574 ss.; H. SODAN, «Kontinuität und Wandel im Verfassungsrecht», *NVwZ* 2009, pp. 545 ss.; M. SACHS, «Das Grundgesetz

cepción con categorías llenas de positividad, como éxito, golpe de suerte, prueba de eficacia, éxito a nivel internacional, carácter ejemplar, historia de éxitos, viabilidad, la «mejor Constitución» que Alemania ha tenido nunca, etc..., si se ignoran algunos intentos más bien escasos y apasionadamente unilaterales de revivir una crítica de la Ley Fundamental que la califica como «crítica de forma avanzada con el capitalismo»². Quien en este contexto tematiza el «lado oscuro» parece querer contradecir el balance de éxitos.

La intención de las observaciones que siguen es, sin embargo, otra. Se quieren hacer patentes particularidades características de la Ley Fundamental que son, sin duda, parte de esta historia de éxitos pero que, «a la vez», encierran el germen de presentes desarrollos defectuosos y de futuros peligros. Versan sobre ambivalencias de la Ley Fundamental que arrojan luces «y» sombras³, y sobre la presentación del lado oscuro, aunque éste se haya desarrollado hasta ahora sólo de manera limitada debido a las actuales condiciones-marco políticas. Para ello se parte metodológicamente de dos premisas: (1) Se toma «a priori» como base el contenido de la Ley Fundamental tal y como viene marcado en lo esencial por, entre otros, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal⁴, es decir, no se distingue ya entre la Ley Fundamental y su interpretación por parte del Tribunal

in seinem sechsten Jahrzehnt», *NJW* 2009, pp. 1441 ss.; J. IPSEN, «60 Jahre Grundgesetz - 60 Jahre Bundesrepublik Deutschland», *NdsVBl.* 2009, pp. 153 ss.; P.E. QUINT, «60 Years of the Basic Law and its Interpretation: An American Perspective», *JöR* 57 (2009), pp. 1 ss.; C. GRAMM, «Eine Verfassung für die Bürger: 60 Jahre Grundgesetz», *Die Bundeswehrverwaltung* 2009, pp. 98 ss.; J. JEKEWITZ, «Unser aller Grundgesetz seit sechzig Jahren», *RuP* 45 (2009), pp. 65 ss.; B.-O. BRYDE, «60 Jahre Grundgesetz - Wirkungskraft der Verfassung in der Bewährung», *AnwBl.* 2009, pp. 473 ss.; C. CALLIESS, «60 Jahre Grundgesetz - ein Jubiläum im Lichte der Europäisierung», *AnwBl.* 2009, pp. 478 ss.; véase también KRITISCHE JUSTIZ (ed.), *Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität*, 2009.

² Cfr. A. KRÖLLS, *Das Grundgesetz - ein Grund zum Feiern? Eine Streitschrift gegen den Verfassungspatriotismus*, 2009.

³ En un sentido similar R. HERZOG, *Strukturmängel der Verfassung?*, 2000, p. 8.

⁴ En este sentido también QUINT, «60 Years» (nota 1), p. 14.

Constitucional (lo que de todos modos no sería posible más que analíticamente). (2) Además se presupone que estas normas constitucionales tienen, al margen de desarrollos políticos y extranjeros paralelos, (en cualquier caso «también») un peso autónomo propio y que no son ineficaces por el hecho de que se trate sólo de normas jurídicas; con ello no quiere decirse que «sólo» ellas sean la causa de los problemas derivados que se denuncian.

Se abordan a modo de ejemplo tres ámbitos problemáticos que afectan a características centrales del ordenamiento político de la República Federal: (II.) la relación entre los elementos democráticos y los propios del Estado de Derecho en la Ley Fundamental; (III.) la posición constitucional de los partidos políticos; y (IV.) la configuración que la Ley Fundamental hace de la República Federal Alemana como Estado Federal. La investigación se lleva a cabo en cada caso en tres fases: en primer lugar (1.) se describe el problema, a continuación (2.) se explica cómo se ha llegado a este estado del problema, para finalmente (3.) mencionar una selección de los problemas derivados, ilustrados a la luz de ejemplos actuales, y de los potenciales peligros. Se trata en este punto sólo de un inventario científico, no se alude a las conclusiones político-constitucionales en el sentido de plantear propuestas terapéuticas.

2. CONFLICTOS INHERENTES A LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO DE DERECHO

2.1. Descripción del problema

En la Ley Fundamental aparecen vinculados diversos elementos de las tradiciones democrática y del Estado de Derecho, como ponen de manifiesto de manera gráfica construcciones conceptuales unificadoras como «Estado democrático de Derecho» o «democracia propia del Estado de Derecho». Al hacer eso se les atribuye a los elementos propios del Estado de Derecho un mayor peso en la Ley Fundamental y un peso menor a los elementos democráticos, lo que conduce a desequilibrios y tensiones en el Estado democrático de Derecho que se pueden entender como conflictos cons-

titucionales intrínsecos y que tendencialmente se solucionan en favor de los principios característicos del Estado de Derecho a costa de los principios democráticos. Tales debilidades democráticas se abordan con frecuencia (sólo) desde la perspectiva de la falta de posibilidades de participación del pueblo a nivel federal por medio de mecanismos de democracia directa, pero se reflejan también en muchos otros contextos, de los cuales seleccionamos sólo algunos.

2.1.a) *La posición de fuerza del Tribunal Constitucional Federal*

El Tribunal Constitucional Federal es la innovación más trascendental de la Ley Fundamental. Su fortísima posición, sin parangón en el mundo entero, se manifiesta en primer lugar frente al legislador parlamentario: una mayoría de sólo cinco Magistrados en una Sala puede declarar inconstitucionales las decisiones legislativas de la mayoría de los representantes del pueblo, ignorando la voluntad popular que representan. Esta facultad para controlar la constitucionalidad de las normas en abstracto es el primer pilar del poder del Tribunal Constitucional Federal, que de este modo se puede considerar a sí mismo como un órgano constitucional de valor superior. En otros países como Gran Bretaña⁵, los Países Bajos⁶ o Suiza (para las leyes federales)⁷ no es en ocasiones en absoluto posible un control de normas de este tipo en perjuicio del Parlamento sin que haya referencias a casos concretos; o puede salir adelante sólo si se respetan limitaciones

⁵ Cfr. M. LOUGHLIN, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Großbritannien», en: A. VON BOGDANDY/P. CRUZ VILLALÓN/P.M. HUBER (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. I, 2007, § 4, marginal 75.

⁶ L. BESSELINK, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Niederlande», en: VON BOGDANDY/CRUZ VILLALÓN/HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 6, marginales 1, 77 ss., 85 y ss., 157 ss.

⁷ G. BIAGGINI, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Schweiz», en: VON BOGDANDY/CRUZ VILLALÓN/HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 10, marginales 25, 68.

procedimentales muy estrictas⁸, por ejemplo, con grandes mayorías cualificadas de Magistrados; o se limita (como en México) sólo al caso concreto⁹; o, como en Francia¹⁰ o en la práctica en Suecia¹¹, sólo hasta la promulgación de la ley, para respetar la voluntad popular parlamentaria como decisoria en última instancia. No obstante, en los Estados constitucionales de carácter occidental por todo el mundo se da una tendencia a ampliar las facultades de los Tribunales constitucionales hacia competencias en materia de control de constitucionalidad de normas¹².

Pero la posición de fuerza del Tribunal Constitucional se refleja además en la interpretación del «ordenamiento jurídico de rango legal». Des-

⁸ Sobre la nulidad *ex nunc* (con excepción del caso que ha dado origen al pronunciamiento del Tribunal) de leyes en Austria, cfr. E. WIEDERIN, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Österreich», en: VON BOGDANDY/CRUZ VILLALÓN/HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 7, marginal 19; H.-R. HORN, «Richter versus Gesetzgeber», *JöR* 55 (2007), p. 275 (292 y ss.); sobre el rechazo a un control estricto de constitucionalidad de leyes administrativas en Italia: M. DOGLIANI/C. PINELLI, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Italien», en: VON BOGDANDY/CRUZ VILLALÓN/HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 5, marginal 90; sobre el control de constitucionalidad de normas en abstracto en los países del Este de Europa cfr. O. LUCHTERHANDT, «Generalbericht: Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa», en: O. LUCHTERHANDT / C. STARCK / A. WEBER (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, parte I, 2007, p. 295 (313 ss., 342 ss.).

⁹ HORN, «Richter» (nota 8), pp. 290 y siguiente.

¹⁰ O. JOUANJAN, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Frankreich», en: VON BOGDANDY/CRUZ VILLALÓN/HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 2, marginal 72; HORN, «Richter» (nota 8), pp. 277 y siguiente.

¹¹ H.-H. VOGEL, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Schweden», en: VON BOGDANDY/CRUZ VILLALÓN/HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 9, marginal 112.

¹² Un balance para Europa: P. CRUZ VILLALÓN, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich», en: VON BOGDANDY / CRUZ VILLALÓN / HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 13, marginales 24, 77 ss.; para los Países Bajos BESSELINK, «Grundlagen» (nota 6), § 6, marginal 60; sobre la nueva competencia del *Conseil Constitutionnel* en Francia en relación a las cuestiones de inconstitucionalidad a partir de 2008 F. LANGE, «Stärkung von Verfassungsgerichtsbarkeit und Grundrechten in Frankreich», *DVBl.* 2008, pp. 1427 ss.

de la sentencia Lüth¹³ se ha impuesto una percepción de los derechos fundamentales (también) como «elementos de un ordenamiento objetivo»¹⁴ que han de completar su dimensión primaria de derechos de defensa (que se manifiesta en forma de pretensiones de supresión y de abstención frente al Estado)¹⁵. Aunque se trataría simplemente de reforzar la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales¹⁶, en la jurisprudencia y en la doctrina han adquirido un gran peso con una significación propia y no meramente de acompañamiento (y de este modo han devuelto a la actualidad una tradición en materia de derechos fundamentales históricamente soterrada). De un impacto enormemente duradero, que no se ha modificado, resulta la asunción de que los contenidos que se pueden derivar de los derechos fundamentales en tanto que derechos humanos individuales podrían impregnar de manera preeminente el conjunto del ordenamiento jurídico anteriormente creado por el legislador parlamentario¹⁷, bien por la vía de una interpretación y aplicación de las leyes de Derecho Público conforme con la Constitución, bien mediante los efectos que irradian también para las normas reguladoras del tráfico jurídico privado¹⁸. La primacía así fundamentada del Derecho constitucional es omnicomprendiva y conduce, en virtud del artículo 1.3 GG, a que la Ley Fundamental adquiera una relevancia adicional. Las exigencias del Tribunal Constitucional llevan de este

¹³ BVerfGE 7, 198 (204 ss.) - Lüth; un balance al respecto en H. SCHULZE-FIELITZ, *Das Lüth-Urteil - nach 50 Jahren*, Jura 2008, pp. 52 ss.; H. DREIER, *Dimensionen der Grundrechte*, 1993, pp. 10 ss.

¹⁴ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed., reimpresión 1999, marginales 279 ss., 290 ss.

¹⁵ Una visión general en H. DREIER, en: H. DREIER (ed.), *GG-Kommentar*, vol. I, 2. ed., 2004, nota preliminar, marginales 84 ss.; en detalle K. STERN / M. SACHS, *Staatsrecht III/1*, 1988, pp. 671 ss.

¹⁶ Así lo subraya también BVerfGE 50, 290 (337) - cogestión.

¹⁷ Un balance en: W. BROHM, «Die Funktion des BVerfG - Oligarchie in der Demokratie?», *NJW* 2001, p. 1 (5 ss.).

¹⁸ Recientemente M. RUFFERT, «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht», *JZ* 2009, pp. 389 ss.; el mismo autor en detalle en: *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, 2001, pp. 61 ss.; C.-W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, 1999.

modo a una penetración del ordenamiento de rango legal particularmente marcada por los derechos fundamentales que se ha dado en calificar como de «constitucionalización del ordenamiento jurídico»¹⁹.

Esta evolución se vincula a una mayor relevancia del Tribunal Constitucional Federal como institución. El gran número de posibilidades procedimentales de acceso al Tribunal Constitucional Federal permiten a este Tribunal impregnar en muchos casos el conjunto del ordenamiento jurídico de rango legal con sus interpretaciones constitucionales y ampliar sus propias pretensiones de interpretación²⁰. Esto es particularmente cierto en el caso del instituto del recurso de amparo del ciudadano individual contra decisiones de los órganos jurisdiccionales en todos los órdenes de la jurisdicción, pero también en el de la interpretación de un recurso de amparo contra leyes en el cual, por ejemplo, la garantía subjetiva de los principios constitucionales del derecho de sufragio del artículo 38.1 GG se convierte en palanca para un examen objetivo de, por poner un ejemplo, una vulneración del principio democrático o del mandato de conservación de la estatalidad de la República Federal Alemana²¹. Hasta hoy sigue claramente sin resolverse (probablemente también es que no sea posible) en el caso del recurso de amparo contra decisiones de los órganos jurisdiccionales el problema resultante de cómo se puede separar exactamente la vulneración del Derecho específicamente constitucional (caso en el cual sólo el Tribunal Constitucional Federal es competente) de «simples» violaciones de normas con rango de ley. El recurso al caso concreto teniendo en cuenta todas las circunstancias esenciales²² no proporciona precisamente al aplicador del Derecho criterios manejables que resulten previsibles; esto resulta válido también para la posterior «fórmula Heck» («Heck'sche

¹⁹ H. HOFMANN, «Vom Wesen der Verfassung», *JöR* 51 (2003), p. 1 (12 ss.); en detalle G.F. SCHUPPERT / C. BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000, pp. 9 ss.

²⁰ SCHUPPERT/BUMKE, *Konstitutionalisierung* (nota 19), pp. 48 ss., 58 ss.

²¹ Cfr. BVerfGE 89, 155 (171 ss.) —Maastricht; Sentencia del TCFA, *EuGRZ* 2009, 339 (356 ss.)— Lisboa; crítico E. PACHE, «Das Ende der europäischen Integration?», *EuGRZ* 2009, p. 285 (287 y siguiente, 296).

²² BVerfGE 7, 198 (212).

Formel»), según la cual son inconstitucionales aquellos errores de interpretación de la ley «que tienen su origen en una apreciación básicamente incorrecta del significado de un derecho fundamental, en particular del alcance de su ámbito de protección, y que también en su significación material resultan relevantes en cierta medida para el caso concreto»²³. También parece irresoluble la separación entre la competencia de control jurisdiccional y el ámbito propio de conformación político-parlamentaria de la realidad. En la práctica siempre domina una «reserva de Tribunal Constitucional»²⁴, ya criticada con frecuencia, que hace aparecer al Tribunal Constitucional Federal alemán como uno de los Tribunales más poderosos del mundo²⁵.

2.1.b) *La posición de fuerza del Poder Judicial*

Con la fuerte posición del Tribunal Constitucional Federal se corresponde en general un diseño del Estado en el que el Poder Judicial ocupa una posición de fuerza respecto a los otros poderes. La República Federal Alemana no sólo posee todavía un sistema jurisdiccional fuertemente consolidado (a pesar de las limitaciones que ha sufrido en las pasadas décadas)²⁶, con tres instancias por lo general, que no se da en esta forma en muchos otros países, de manera que cuenta empíricamente con el mayor número de jueces por habitante en Europa, sino que posee también constitucionalmente en el artículo 19.4 GG una garantía de acceso a la jurisdicción, como una «clave en la bóveda del Estado de Derecho» («Richard

²³ BVerfGE 18, 85 (92 f.) - Derecho específicamente constitucional.

²⁴ Ya lo afirmó hace tiempo P. LERCHE, *Abwägung und Verfassung* (1961), 2. ed. 1999, p. 150: «reserva de sentencia» (*Urteilsvorbehalt*).

²⁵ Cfr. entre otros K. SCHLAICH / S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7. ed., 2007, marginales 1 ss.; P. HÄBERLE, «Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit», *FS 50 Jahre BVerfG*, vol. I, 2001, pp. 311 ss.

²⁶ Un resumen en C. SCHÜTZ, *Der ökonomisierte Richter*, 2005, pp. 278 ss.

Thoma») ²⁷, que lleva a que en principio toda actuación estatal susceptible de vulnerar derechos individuales pueda quedar sujeta a control jurisdiccional. La cláusula general de justiciabilidad de la Administración del § 40 de la Ley alemana de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por ejemplo concreta esta concepción en la práctica, en lugar de incorporar un mero listado selectivo de competencias de este orden jurisdiccional, como es habitual en muchos otros Estados de Europa.

Esta orientación alemana hacia lo judicial se refleja también en que el catálogo de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se limita a derechos fundamentales directamente aplicables y justiciables: la Ley Fundamental renuncia, a diferencia de las Constituciones de otros Estados europeos y de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, a incluir derechos sociales más bien político-programáticos, cuya eficacia jurídica depende exclusivamente de decisiones políticas, en concreto del legislador presupuestario. La aplicabilidad directa de los derechos fundamentales con carácter general y su control judicial hacen de la Ley Fundamental un arma afilada en manos tanto del Poder Judicial como de los ciudadanos.

En conjunto parece predominar de este modo, bajo la vigencia de la Ley Fundamental, el tratamiento jurídico y judicial de los conflictos frente a formas de posible resolución política de los mismos. También está infradesarrollado el sentido para buscar e inventar la regla pertinente mediante el procedimiento y el Derecho procedimental frente a las técnicas de concreción material y sustancial de la ley por parte de los jueces. Con más razón parece estar infradesarrollado el sentido para resolver conflictos mediante procedimientos extrajurídicos y extrajudiciales, que está siendo objeto de mayor consideración en la teoría y en la práctica sólo desde hace una o dos décadas.

²⁷ Al respecto R. THOMA, *Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (1951), ahora en: *Rechtsstaat - Demokratie - Grundrechte. Ausgewählte Abhandlungen aus fünf Jahrzehnten*. Editada por y con introducción de H. Dreier, 2008, p. 468, 541.

2.1.c) *La posición de debilidad del pueblo*

Con la fuerte posición de la Justicia se corresponde una posición de debilidad del pueblo. No es sólo que no haya una legislación popular («Volksgesetzgebung») a nivel federal²⁸, algo que parecía todavía obvio en las Constituciones de los Länder después de 1945 bajo la influencia de la concepción estadounidense de la democracia (cfr. por ejemplo el artículo 74 de la Constitución bávara); es que a excepción de la elección del Bundestag, que es de este modo el acto central de la democracia dentro de la Ley Fundamental²⁹, no hay ninguna otra elección popular. Ni siquiera se elige a los representantes del Bundesrat en tanto que segunda Cámara legislativa, como sí que se hace en todos los demás Estados. Sólo en el caso de Alemania se trata de miembros de los Gobiernos de los Länder, esto es, del Ejecutivo. No hay tampoco consultas del pueblo de la Federación en la Ley Fundamental, aunque el artículo 20.2.2 GG las prevé; la única posibilidad de participación democrática del pueblo mediante referéndum la tienen los pueblos de los Länder colindantes en caso de reorganización territorial (art. 29 GG).

Aparte de esto, al pueblo se le deja completamente de lado cuando se reforma la Constitución, aunque ésta se deba al poder constituyente del pueblo y reciba de él su legitimidad. Una mayoría de dos tercios de los representantes en el Bundestag y el Bundesrat respectivamente resulta suficiente para reformar los principios fundamentales y básicos de la comunidad³⁰, sin que el pueblo mismo, sobre el que en última instancia se sustenta toda legitimidad democrática, haya de ser preguntado. No es eso lo que ocurre,

²⁸ Cfr. H. DREIER, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Deutschland», en: VON BOGDANDY / CRUZ VILLALÓN / HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 1, marginal 24; recientemente de nuevo O. JUNG, «Das demokratische Defizit: Deutschland ohne Volksentscheid», en: *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2009, pp. 97 ss.

²⁹ DREIER, «Grundlagen» (nota 28), § 1, marginal 112.

³⁰ Véase, sin embargo, la positiva apreciación en comparación con los notables obstáculos que hay que superar para reformar la Constitución estadounidense, QUINT, «60 Years» (nota 1), pp. 12 y siguiente.

con la excepción de Gran Bretaña (precisamente por carecer de una Constitución escrita) y de Portugal, en los procedimientos de reforma constitucional de los Estados constitucionales de Europa³¹, y también en algunos Länder de la República Federal Alemana, por ejemplo en Baviera. Si se hace una comparación de ciencia política entre los veinte Estados de la OCDE, la Ley Fundamental ocupa el cuarto lugar atendiendo al nivel de facilidad para llevar a cabo una reforma constitucional³². El procedimiento de reforma constitucional en la Ley Fundamental se aproxima mucho al procedimiento legislativo normal³³. Incluso entonces (o precisamente por eso) el legislador reformador de la Constitución está sujeto jurídicamente a la «cláusula de eternidad» del artículo 79.3 GG y resulta susceptible de ser controlado por el Tribunal Constitucional³⁴.

2.2. Explicación

La explicación del gran peso que poseen los elementos característicos del Estado de Derecho en la Ley Fundamental en perjuicio de los elementos democráticos parece obvia desde el punto de vista histórico. La seducción manifiesta del pueblo alemán en el nacionalsocialismo, el supuesto fracaso o el presunto abuso de los procedimientos de democracia directa

³¹ A. BUSCH, «Das oft geänderte Grundgesetz», en: W. MERKEL/A. BUSCH (eds.), *Demokratie in Ost und West. FS für Klaus v. Beyme*, 1999, p. 549 (561).

³² En este sentido BUSCH, «Grundgesetz» (nota 31), p. 563, que remite a D. LUTZ, «Toward a Theory of Constitutional Amendment», en: *American Political Science Review* 88 (1994), pp. 355 ss.

³³ Crítico H. DREIER, «Verfassungsänderung, leicht gemacht», *ZSE* 6 (2008), p. 399 (405 y siguiente).

³⁴ Crítico con el retraimiento del TCFA hasta ahora H.-P. SCHNEIDER, «Herr oder Hüter des Grundgesetzes? Das Bundesverfassungsgericht als eigenständiger Akteur im Verfassungsleben», en: *FS für Michael Bothe*, 2009, p. 1019 (1022 y siguiente); crítico por el contrario con los peligros de tal vinculación para la eternidad sobre el ejemplo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional bávaro acerca de la democracia directa: F. WITTECK, «Direkte Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit», en: *JöR* 53 (2005), p. 111 (138 ss.).

bajo la vigencia de la Constitución imperial de Weimar y, sobre todo, el miedo a la actividad del KPD [Partido Comunista de Alemania] y del SED [Partido Socialista Unificado de Alemania] con el avance de la Guerra Fría parecieron sugerir normas constitucionales que dejaran de lado al pueblo en tanto que supuesto factor de riesgo. Por eso, en conexión con la tradición constitucional alemana, se acentuaron fuertemente o se consolidaron los elementos característicos del Estado de Derecho que ya en el siglo XIX habían forzado el «Estado de Derecho» como compensación por la falta de una participación democrática extensa del pueblo en el sentido de «one man, one vote». Esta línea tradicional se unía a la necesidad de someter la actuación del Estado y de la Administración a un control judicial lo más preciso y estricto posible, debido a las malas experiencias históricas en la época del nacionalsocialismo. También la propia idea de los miembros del Consejo Parlamentario de considerar a la Ley Fundamental misma sólo como una base transitoria y provisional de trabajo evitó desde el principio una mayor implicación procedimental del pueblo³⁵. Entretanto, en la doctrina del Derecho del Estado se abomina en todo caso de la legislación popular³⁶ y se considera la democracia representativa (más bien extraña en otras tradiciones democráticas) como la «auténtica» democracia³⁷, sin abrirse a reflexiones diferenciadoras³⁸.

³⁵ En el mismo sentido por ejemplo P. MÜLLER, «Elemente direkter Beteiligung auf Bundesebene», en: *FS für Hans Herbert von Arnim*, 2004, p. 733 (737 y siguiente).

³⁶ Cfr. por ejemplo recientemente S. MÜLLER-FRANKEN, «Demokratie als Wettbewerbsordnung», *DVBl.* 2009, p. 1072 (1074); en detalle P. KRAUSE, «Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie», en: *HSiR III*, 3. Aufl. 2005, § 35; P. KIRCHHOF, «Entparlamentarisierung der Demokratie?», en: A. KAISER / T. ZITTEL (eds.), *Demokratiethorie und Demokratieentwicklung. FS für Peter Graf Kielmansegg*, 2004, p. 359 (373 ss.).

³⁷ E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Mittelbare / repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie», en: *FS für Kurt Eichenberger*, 1982, pp. 301 ss.

³⁸ Cfr. respecto a las mismas F. GROTZ, «Direkte Demokratie in Europa: Erträge, Probleme und Perspektiven der vergleichenden Forschung», *PVS* 50 (2009), pp. 286 ss.; H. ABROMEIT, «Nutzen und Risiken direktdemokratischer Elemente», en: C. OFFE (ed.), *Demokratisierung der Demokratie*, 2003, pp. 95 ss.

Las amplias posibilidades de examen del Tribunal Constitucional Federal, en virtud del desarrollo de las dimensiones objetivas de los derechos fundamentales, convierten a éste en la práctica en Tribunal «supremo» también frente a la jurisdicción ordinaria. Asimismo, la ampliamente criticada «juridificación» de la cultura política en la República Federal Alemana, es decir, la resolución de conflictos políticos mediante procedimientos formalmente similares a los jurisdiccionales, con frecuencia incluso con la participación del Tribunal Constitucional Federal, puede considerarse consecuencia del paternalismo adoptado por el Tribunal Constitucional en este punto³⁹. Este paternalismo puede interpretarse, con el transcurso de las cargas históricas que pesan sobre la democracia política en Alemania, como un equivalente funcional de la confianza en el proceso político (confianza nacida en otros países en parte a través de una tradición democrática consolidada a lo largo de siglos) y de las instituciones políticas que dan forma a dicho proceso («cultura política»). En las últimas décadas de la República Federal el desarrollo de la red de exigencias jurídico-objetivas, en coherencia con la jurisprudencia que aquí se expone, ha llegado a ser tan denso, también para el legislador, que ha permitido que se vuelva a oír con fuerza la voz de los críticos del «Estado constitucional jurisdiccional», democráticamente preocupados⁴⁰.

2.3. Problemas derivados y peligros

A la vista del éxito del Tribunal Constitucional Federal como institución y de la Ley Fundamental como Constitución podría uno preguntarse qué hay de problemático en estas hipótesis básicas de partida de la Ley

³⁹ R. WAHL, «Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich», en: *HGR I*, 2004, § 19, marginal 27.

⁴⁰ I. STAFF, «Das Lüth-Urteil. Zur demokratietheoretischen Problematik materialer Grundrechtstheorie», en: T. HENNE/A. RIEDLINGER (eds.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, 2005, pp. 315 ss.; E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Grundrechte als Grundsatznormen», *Der Staat* 29 (1990), p. 1 (28); crítico y diferenciador SCHUPPERT / BUMKE, *Konstitutionalisierung* (nota 19), pp. 79 ss.

Fundamental, teniendo en cuenta sobre todo que la competencia judicial para controlar la constitucionalidad de las normas (siguiendo el ejemplo de la jurisprudencia estadounidense sobre control de la legislación)⁴¹ ha sido en lo fundamental adoptada por muchos de los nuevos Estados constitucionales⁴². Sobre todo se plantea esto cuando precisamente la contienda política como tal fortalece a la Ley Fundamental misma al ser manejada aquélla por el Tribunal Constitucional Federal o al actuar éste como mediador porque de esta manera la Ley Fundamental se convierte en punto central de referencia de los actores políticos⁴³. A modo de ejemplo se destacan tres problemas derivados que podrían ganar fuerza hasta convertirse en peligros para la Ley Fundamental y que aparecen en esta medida como parte del «lado oscuro» de la Ley Fundamental.

2.3.a) *El desapoderamiento del legislador parlamentario*

La eficacia del Tribunal Constitucional Federal y de su jurisprudencia lleva a una juridificación cada vez más fuerte de la libertad política del legislador democrático para configurar la realidad y, con ello, a una vinculación jurídica de la política. En el marco de los esfuerzos por mantener el equilibrio de la tradicional división de poderes y por tener en cuenta la distribución de las nuevas fuerzas sociales se desplaza así de las corporaciones políticas al Poder Judicial la competencia de conformación de la realidad. La política aparece como una mera concreción de la Constitución. A una limitación similar del poder político-parlamentario de conformación de la realidad tienden en principio todos los Tribunales Constitucionales, a pesar de fórmulas que se oponen a ello, como la presunción de la constitu-

⁴¹ Fundamental *Marbury v. Madison* (1803), cfr. HORN, «Richter» (nota 8), pp. 284 ss.; en detalle W. HEUN, «Die Geburt der Verfassungsgerichtsbarkeit» - 200 Jahre *Marbury v. Madison*. *Der Staat* 42 (2003), pp. 267 ss.

⁴² HORN, «Richter» (nota 8), pp. 276, 290 ss.

⁴³ En este sentido H. VORLÄNDER, «Die Deutschen und ihre Verfassung», *APuZ* 18-19/2009, p. 8 (11); claramente G. FRANKENBERG, *Die Verfassung der Republik*, 1996.

cionalidad de la ley («in dubio pro legislatore») o el mandato de contención judicial («judicial restraint») o la limitación del control de la ley al resultado, no a los motivos que se persiguen con ella⁴⁴.

El Tribunal Constitucional Federal expande permanentemente sus pretensiones de conformación de la realidad y se convierte con ello en legislador sustituto⁴⁵, si no en reformador sustituto de la Constitución⁴⁶ o en «praeceptor Europae» por medio de instrucciones sobre el camino a seguir en la futura política europea que no vienen exigidas por el objeto del litigio⁴⁷. De los derechos fundamentales extrae obligaciones de protección como encargos al legislador parlamentario y puede, con la ayuda de la prohibición de protección deficiente («Untermaßverbot») por él desarrollada, determinar el alcance de las tareas conformadoras de la realidad que corresponden al legislador⁴⁸. De la Ley Fundamental extrae, por ejemplo, de forma precisa qué formas de argumentación se le exigen al legislador, y que éste ha de respetar, a la hora de fijar, respecto a la deducción fiscal a tanto alzado por desplazamiento entre la vivienda habitual y el lugar de trabajo («Pendlerpauschale»), los límites relevantes en materia de gastos

⁴⁴ HORN, «Richter» (nota 8), pp. 295 ss., 298.

⁴⁵ Crítico OPPERMANN, «Deutschland» (nota 1), p. 487.

⁴⁶ Crítico SCHNEIDER, «Herr» (nota 34), pp. 1030 ss.

⁴⁷ Sentencia del TCFA, EuGRZ 2009, 339 (361 ss.); crítico PACHE, «Ende» (nota 21), pp. 288 ss. Los *obiter dicta* de amplio alcance del punto C.I. de los fundamentos jurídicos, con una estructura más bien poco habitual (Pache, *ibídem*, p. 288), han de ser por eso explicados en detalle para los estudiantes de Derecho como relevantes para la resolución del caso, de forma casi simultánea al fallo, por los colaboradores de los Magistrados Schübel-Pfister y Kaiser, cfr. I. SCHÜBEL-PFISTER / K. KAISER, «Das Lissabon-Urteil des BVerfG vom 30.6.2009 - Ein Leitfaden für Ausbildung und Praxis», *JuS* 2009, pp. 767 ss.; crítico en general con el papel del punto C.I. de los fundamentos jurídicos en las sentencias del Tribunal Constitucional Federal O. LEPSIUS, «Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?», en: H. SCHULZE-FIELITZ (ed.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007, p. 319 (354 ss.); del mismo autor «Zur Bindungswirkung von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen», en: R. SCHOLZ Y OTROS (eds.), *Realitätsprägung durch Verfassungsrecht*, 2008, p. 103 (111 ss.).

⁴⁸ BVerfGE 88, 203 (262).

profesionales deducibles⁴⁹ o qué número mínimo de metros cuadrados contempla la Ley Fundamental para los bares de fumadores⁵⁰ o para asegurar que las celdas en establecimientos penitenciarios sean respetuosas con la dignidad humana⁵¹. El hecho de que una subida (de un ochenta y ocho por ciento) de la tasa de radiodifusión se quede un veintiocho por ciento por debajo de los ingresos suplementarios establecidos como necesarios por una Comisión Independiente para el Examen y la Determinación de las Necesidades de Financiación de los Entes de Radiodifusión se convierte de esta manera en una cuestión constitucional⁵². En este punto amenaza con producirse una hipertrofia de la jurisdicción constitucional que constriñe tanto desde el punto de vista político como desde el punto de vista jurídico las alternativas de una conformación política democrática de la realidad porque reconoce el margen político de actuación del legislador más de palabra que de hecho y que no se percata ya de cuáles son los límites jurídico-funcionales de la jurisdicción constitucional⁵³. Derecho en vez de política en una democracia eso no puede acabar bien a largo plazo⁵⁴ aunque la extremadamente elevada confianza de los ciudadanos en la institu-

⁴⁹ Sentencia del TCFA, JZ 2009, 255 (257 ss.) con comentario crítico de O. LEPSIUS, pp. 260 ss.; crítico en sentido opuesto sin embargo K. TIPKE, «Mehr oder weniger Entscheidungsspielraum für den Steuergesetzgeber?», JZ 2009, pp. 533 ss.

⁵⁰ BVerfGE 121, 317 (376 y siguiente).

⁵¹ Sentencia (de sección) del TCFA, NJW 2002, 2699; una visión general de la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios J. KRETSCHMER, «Die menschen(un)würdige Unterbringung von Strafgefangenen», NJW 2009, pp. 2406 ss.

⁵² Cfr. BVerfGE 119, 181 (190 y siguiente, 229 ss.); crítico U. VOLKMANN, «Leitbildorientierte Verfassungsanwendung», AöR 134 (2009), p. 157 (184); véase también en más detalle K.-E. HAIN, «Die zweite Gebührenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts - Kontinuität in den Zeiten der Konvergenz», JZ 2008, p. 128 (132 y siguiente), que critica las declaraciones de quienes pretenden la vinculación plena a un índice de referencia a la hora de determinar la cuantía de la tasa.

⁵³ Respecto a estos límites BROHM, «Funktion» (nota 17), pp. 9 y siguiente; en detalle A. RINKEN, en: AK-GG, 3. ed., 2001, introducción al artículo 93, marginales 98 ss.; fundamental H. EHMKE, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», VVDStRL 20 (1963), p. 53 (74 ss.).

⁵⁴ Autocrítico en parte W. HASSEMER, «Politik aus Karlsruhe?», JZ 2008, pp. 1 ss.

ción del Tribunal Constitucional Federal⁵⁵ pueda hacer que actualmente se acepte o incluso se justifique esta autoincapacitación política. Habría más bien que definir con más detalle los contornos de un «mandato de renvío al proceso político»⁵⁶ para no confiar sólo en la imagen subjetiva que los jueces tienen de sí mismos.

2.3.b) *El legalismo exagerado*

Esa acentuada orientación hacia el Derecho se halla también presente en el control judicial de la actuación administrativa y lleva (como en el proceso político) a un modo de pensar marcadamente legalista y orientado hacia el Derecho positivo. Lo que a nosotros nos parece un éxito del pensamiento alemán en materia de Estado de Derecho (el que la actuación estatal sea, en virtud de su marcada juridificación, ponderable y controlable) se revela como una peculiaridad alemana en Europa con «inconvenientes». Por ejemplo, la teoría de la esencialidad («Wesentlichkeitstheorie»), marcada por el Estado de Derecho e impuesta por el Tribunal Constitucional Federal, promueve una creciente legalización⁵⁷ que tiene como consecuencia una burocratización y un aumento de los procedimientos contencioso-administrativos, aunque el artículo 290.1.2 (segunda frase) del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea pueda ahora aproximarse a esta postura⁵⁸. Los conceptos jurídicos indeterminados son susceptibles de un control judicial pleno por la vía del derecho a la tutela judicial efectiva del

⁵⁵ VORLÄNDER, «Deutschen» (nota 43), p. 16; H. VORLÄNDER/A. BRODOCZ, «Das Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht. Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage», en: H. VORLÄNDER (ed.), *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2006, p. 259 (261 ss.).

⁵⁶ VOLKMANN, «Verfassungsanwendung» (nota 52), p. 193, sobre el trabajo dogmático con conceptos globales; SCHNEIDER, «Herr» (nota 34), p. 1034; sobre fundamentos jurídicos más escuetos como remedio HERZOG, *Strukturmängel* (nota 3), pp. 132 ss.

⁵⁷ Crítico SODAN, «Kontinuität» (nota 1), p. 547.

⁵⁸ En sentido similar STJCE, asunto C-66/04, JZ 2006, 358 (marginal 48).

artículo 19.4 GG⁵⁹ y han de ser generalizados y concretados de la manera más precisa posible, y los márgenes de discrecionalidad se ven jurídicamente tan fuertemente constreñidos que apenas queda nada de discrecionalidad de la Administración, algo que en este punto se aparta de lo que ocurre con el control judicial de la Administración en casi todos los demás países europeos, al margen de tendencias recientes que lo que pretenden es reforzar la densidad del control judicial⁶⁰. El principio de protección de la confianza legítima está tan fuertemente consolidado que el legislador y la Administración sólo pueden llevar a cabo reajustes contando con elevados costes (en forma de indemnizaciones por daños y perjuicios). Otros Estados de Derecho europeos⁶¹ y el Derecho comunitario europeo son también en este punto más generosos o están menos modelados⁶² al otorgar por lo general un menor peso en el caso concreto a las simples expectativas que los agentes económicos depositan en las condiciones jurídicas marco⁶³. El juez legal del artículo 101.1.2 GG, por ejemplo, ha de ser susceptible de ser determinado con carácter previo con una precisión tal que constituye un caso único en Europa⁶⁴. Todo esto lleva a una situación particular del Estado de Derecho alemán en Europa: el Derecho administrativo

⁵⁹ Cfr. por todos H. SCHULZE-FIELITZ, en: Dreier, *GG I* (nota 15), Art. 19 IV, marginal 116.

⁶⁰ A excepción de Austria, cfr. una visión general en E. PACHE, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, 2001, pp. 192 ss., 233 ss.; véase, no obstante, también respecto a un desarrollo convergente más reciente en Europa en sentido opuesto, T. VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, pp. 128 ss., 134 ss.

⁶¹ En detalle J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht* (1988), 2. ed., 2005, pp. 849 ss., 1116 ss., 1129 ss.

⁶² Cfr. H. SCHULZE-FIELITZ, en: H. DREIER (ed.), *GG-Kommentar*, Band 2, 2. ed., 2006, Art. 20 (Estado de Derecho), marginales 24, 28; SCHWARZE, *Verwaltungsrecht* (nota 61), pp. XXVII ss.; en detalle K.-A.- SCHWARZ, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip*, 2002, pp. 391 ss., 457 ss.

⁶³ Crítico SCHWARZE, *Verwaltungsrecht* (nota 61), pp. LXXX y siguiente; véase también T. VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration*, 1996, pp. 281 ss.

⁶⁴ Cfr. por todos H. SCHULZE-FIELITZ, en: H. DREIER (ed.), *GG, Band III*, 2. ed., 2008, Art. 101, marginales 12, 50, 52.

está regulado en otros Estados miembros de la Unión Europea de forma mucho menos detallada. A pesar de ello no hay prácticamente en toda Europa mayor desconfianza hacia la Administración que en Alemania. Los principios contenidos en la Ley Fundamental y su configuración específica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal han contribuido probablemente a ello.

2.3.c) *¿Las élites políticas como sustituto del pueblo?*

El que se deje de lado al pueblo a la hora de reformar la Constitución produce desarrollos defectuosos manifiestos de la Ley Fundamental. Desde 1949 ha habido (hasta la fecha) cincuenta y siete leyes de reforma de la Constitución, es decir, reformas de las reglas básicas de nuestra comunidad. Han enriquecido la Ley Fundamental con mucho más de doscientas modificaciones, supresiones e inclusiones, de modo que la extensión del texto ha aumentado en mucho más de un cincuenta por ciento⁶⁵. La Ley Fundamental está a escala internacional en el grupo de cabeza atendiendo a la frecuencia de las reformas⁶⁶; una cuota de reformas tal contradice la esencia y la misión de una Constitución⁶⁷. Es consecuencia de un diseño de la Ley Fundamental según el cual para llevar a cabo reformas constitucionales hace falta simplemente una mayoría de dos tercios en el Bundestag y en el Bundesrat respectivamente, sin que dependa del pueblo y de su aprobación⁶⁸. En las condiciones marco existentes en Alemania, teniendo en cuenta el papel que desempeñan los partidos políticos, sólo tienen, por tanto,

⁶⁵ Cfr. H. HOFMANN, «Änderungen des Grundgesetzes – Erfahrungen eines halben Jahrhunderts», en: *FS für Thomas Raiser*, 2005, pp. 859 ss.

⁶⁶ BUSCH, «Grundgesetz» (nota 31), p. 564.

⁶⁷ Respecto a éstas un resumen en SCHUPPERT/BUMKE, *Konstitutionalisierung* (nota 19), pp. 26 ss.; H. SCHULZE-FIELITZ, «Die deutsche Wiedervereinigung und das Grundgesetz. Zur Theorie und Praxis von Verfassungsentwicklungsprozessen», en: J.J. HESSE/G.F. SCHUPPERT/K. HARMS (eds.), *Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchzeiten*, 1999, p. 65 (66 ss., 70 ss.).

⁶⁸ Sobre la situación normativa véase *supra*, notas 30 ss.

que estar de acuerdo las élites de los dos grandes partidos políticos en el Bundestag y el Bundesrat. En ese caso ya nada se opone a una reforma constitucional⁶⁹. De esta forma, los políticos perciben la Ley Fundamental sin mucho problema como una continuación de la legislación con una mayoría algo más elevada, con la consecuencia de que la Ley Fundamental va perdiendo cada vez más frente a la ley ordinaria el carácter de codificación de lo fundamental⁷⁰. Esto no es sólo cuestión de estilo o de estética de una Constitución⁷¹, o cuestión de percibir la Ley Fundamental como un «simple instrumento»⁷² en el proceso político, con la consecuencia de que se complica constitucionalmente el intercambio político⁷³. Tales reformas son más aún también síntomas de defectos de diseño de la Ley Fundamental, que no da ningún valor a una participación de los ciudadanos en la reforma constitucional. ¿Cómo va a surgir de ahí un sentimiento constitucional del pueblo, un deseo de Constitución?⁷⁴ Una actualización de compromisos entre partidos políticos a nivel constitucional condujo ya antes a que se hinchase el texto de los artículos 13, 16 ó 23 GG, cuya formulación sigue siendo criticada como incompatible con la esencia de los textos constitucionales⁷⁵. Muy recientemente la lucha en solitario del Presidente del

⁶⁹ Véase más en detalle DREIER, «Verfassungsänderung» (nota 33), pp. 401 ss.; BUSCH, «Grundgesetz» (nota 31), pp. 560 ss.: «el mito de la dificultad para reformar la Ley Fundamental».

⁷⁰ Fundamental en este sentido H. MAURER, «Verfassungsänderung im Parteienstaat», en: *FS für Martin Heckel*, 1999, pp. 821 ss.

⁷¹ Cfr. respecto a la crítica H.H. KLEIN, «Ein erbärmliches Zeugnis», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 7 de mayo de 2009, p. 8; véase lo que decía ya MAURER, «Verfassungsänderung» (nota 70), p. 822; A. VOßKUHLE, «Verfassungsstil und Verfassungsfunktion», *AöR* 119 (1994), pp. 35 ss.

⁷² En este sentido C. MÖLLERS, «Vom Altern einer Verfassung: 60 Jahre Grundgesetz», *APuZ* 18-19/2009, p. 5 (7).

⁷³ Crítico DREIER, «Grundlagen» (nota 28), § 1, marginal 70; D. GRIMM, *Die Verfassung und die Politik*, 2001, p. 126 (130, 134 ss.).

⁷⁴ En este sentido hace tiempo R. STEINBERG, «Verfassungspolitik und offene Verfassung», *JZ* 1980, p. 385 (392).

⁷⁵ Por ejemplo JEKEWITZ, «Grundgesetz» (nota 1), p. 69; DREIER, «Verfassungsänderung» (nota 33), pp. 404 y siguiente.

Bundestag Norbert Lammert, que pretendía preservar a la Ley Fundamental de la inclusión de un límite al endeudamiento ⁷⁶ en la versión de la propuesta de la Segunda Comisión para la Reforma del Federalismo ⁷⁷, se ha revelado una vez más como una manifestación de las consecuencias del hecho de que las reformas constitucionales no dependan de la aprobación del pueblo. Las Constituciones que son fáciles de reformar, como la Ley Fundamental, experimentarán, por tanto, también en el futuro, una y otra vez reformas si no se complementan con la posibilidad de un referéndum constitucional con carácter al menos facultativo ⁷⁸.

2.4. Resumen

La acentuación unilateral, que aquí se ha esbozado sólo a modo de ejemplo, de los elementos característicos del Estado de Derecho en perjuicio de los elementos democráticos de la Ley Fundamental es un rasgo característico de la historia constitucional alemana ⁷⁹ y conlleva consecuencias negativas: el desapoderamiento del legislador político-parlamentario y, con ello, de los representantes del pueblo; el peculiar camino, determinado por el Estado de Derecho, de los alemanes en Europa sin visible mejora en los niveles de justicia; y la pérdida latente del carácter de la Ley Fundamental como ordenamiento básico y fundamental y de una redacción que se corresponda con esa fundamentalidad.

⁷⁶ Cfr. al respecto por ejemplo: LAMMERT: «Schuldenbremse verunstaltet Grundgesetz», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 23 de abril de 2009, p. 1; G. BANNAS, «Westerwelles Volte», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 30 de mayo de 2009, p. 2.

⁷⁷ Cfr. sobre el proyecto de redacción de los nuevos artículos 109.3, 115.2 y 143d GG: BT-Drs. 16/12410.

⁷⁸ BUSCH, «Grundgesetz» (nota 31), pp. 567, 570 y siguiente.

⁷⁹ D. GRIMM, «Der Weg zur Musterverfassung», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 22 de mayo de 2009, Suplemento «60 años de la Ley Fundamental», p. 8.

3. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

3.1. La situación normativa

El artículo 21 GG ha constitucionalizado por primera vez en la historia constitucional alemana a los partidos políticos y no sólo garantiza la fundación de y la participación en partidos políticos, sino que contiene además una garantía institucional de los partidos y de sus funciones⁸⁰ tal y como se concrete en la Ley de Partidos. Este anclaje constitucional se da sólo en otros pocos países como Portugal, Francia y recientemente en Suiza, de forma más débil en España⁸¹, Grecia e Italia; en muchos Estados constitucionales no hay en absoluto institucionalización constitucional, por ejemplo en Gran Bretaña o los Países Bajos, aunque sí que están regulados a nivel legal⁸²; en Estados Unidos, al menos a nivel federal, ni siquiera eso⁸³, pero tampoco en Francia⁸⁴.

Esta fuerte posición jurídica refleja una clara «cercanía al Estado» de los partidos políticos⁸⁵ y constituye la base para su considerable financia-

⁸⁰ Cfr. D.TH. TSATSOS, «Die politische Partei und ihre Stellung im Verfassungsgefüge», en: D.TH. TSATSOS/D. SCHEFOLD/H.-P. SCHNEIDER (eds.), *Parteienrecht im europäischen Vergleich*, 1990, p. 738 (775).

⁸¹ M.M. GUERRERO, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Spanien», en: VON BOGDANDY /CRUZ VILLALÓN/HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 11, marginal 53.

⁸² Cfr. respecto a Austria, una visión general en H. SCHAMBECK, «Sechzig Jahre Grundgesetz aus österreichischer Sicht», *JöR* 57 (2009), p. 71 (79 ss.); véase también WIEDERIN, «Grundlagen» (nota 8), § 7, marginal 73; respecto a Polonia P. TULEJA, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Polen», en: VON BOGDANDY/CRUZ VILLALÓN/HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 8, marginal 66.

⁸³ Cfr. respecto a Estados Unidos las referencias de Derecho comparado en P. LÖSCHE, «Die Parteieninstitution in den USA», en: D.TH. TSATSOS (ed.), *30 Jahre Parteiengesetz in Deutschland*, 2002, pp. 262 ss.

⁸⁴ JOUANJAN, «Grundlagen» (nota 9), § 2, marginal 102.

⁸⁵ De otra opinión HERZOG, *Strukturmängel* (nota 3), pp. 24 ss., para quien la Ley Fundamental brinda demasiado poco reconocimiento al papel de los partidos en

ción pública con recursos presupuestarios según lo dispuesto en la Ley de Partidos⁸⁶. Tales subvenciones estatales se inventaron en 1957 en Puerto Rico, en 1959 fueron adoptadas por Alemania y se extendieron desde que Suecia en 1965 se orientase conforme al ejemplo alemán⁸⁷. El Derecho alemán regula la financiación de los partidos políticos en el sentido de una elección selectiva de lo más favorable de cada ordenamiento («Rosinentheorie») al unir la posibilidad de una financiación indirecta por la vía de generosos beneficios fiscales (como en América) a la posibilidad de una financiación pública directa mediante recursos presupuestarios (como es habitual en los países de la Europa continental)⁸⁸. Esta acumulación provoca, si se compara internacionalmente, que los partidos políticos alemanes estén entre los partidos mejor financiados del mundo. A esto se añaden una extremadamente generosa financiación del trabajo de los grupos parlamentarios en las asambleas legislativas⁸⁹, financiación que crece permanentemente desde hace décadas debido a la ausencia de un tope máximo absoluto y que no siempre se separa (o es posible separar) claramente de la financiación del partido⁹⁰, y considerables contribuciones financieras (supuestamente) voluntarias de los diputados a los par-

la formación de la voluntad estatal; en ese sentido también F. DECKER, «Konstitutionelles versus parteiendemokratisches Parlamentarismusverständnis?», en: *FS für Hans Herbert von Arnim*, 2004, p. 553 (541 y siguiente).

⁸⁶ Cfr. recientemente J. IPSEN, «Der Staat der Mitte», 2009, pp. 150 ss. = (versión corta) del mismo autor: «Grundgesetz» (nota 1), pp. 556 y siguiente.

⁸⁷ K. v. BEYME, «30 Jahre Parteiengesetz – zum Stand der Parteienforschung», en: TSATSOS, *Parteiengesetz* (nota 83), p. 44.

⁸⁸ v. BEYME, «Parteiengesetz» (nota 87), p. 51.

⁸⁹ Cfr. P. CANKIK, «Entgrenzungen - Der Streit um die Öffentlichkeitsarbeit der Fraktionen geht weiter», *ZG* 22 (2007), p. 349 (352 ss.); S. HÖLSCHIEDT, «Die Finanzen der Bundestagsfraktionen», *DÖV* 2000, pp. 712 ss.; en detalle, crítico, H. MEYER, «Das fehlfinanzierte Parlament», en: P.M. HUBER/W. MÖBLE/M. STOCK (eds.), *Zur Lage der parlamentarischen Demokratie*, 1996, p. 17 (32 ss.).

⁹⁰ Cfr. por una parte CANKIK, «Entgrenzungen» (nota 89), pp. 360 ss.; por otra M. HEINTZEN, «Die Trennung von staatlicher Fraktions- und staatlicher Parteienfinanzierung», *DVBl.* 2003, pp. 706 ss.; véase también al respecto MEYER, «Parlament» (nota 89), pp. 20 ss.

tidos⁹¹. Como consecuencia de todo lo anterior los diputados disponen de un aparato auxiliar que les proporciona una información normalmente decisiva de la que las estructuras de gestión del partido no disponen, lo que de este modo jerarquiza todavía más la formación de la voluntad dentro del partido.

3.2. Explicación

La fuerte posición constitucional de los partidos se explica sin problemas por el hecho de que tal acentuación jurídica, también si se compara internacionalmente⁹², se ha producido sobre todo en países con una tradición democrática débil o interrumpida: la regulación constitucional tiene en esos países un carácter fuertemente prospectivo, mientras que países con tradiciones democráticas consolidadas, como Gran Bretaña o los Países Bajos, pueden renunciar a ella⁹³.

También la Ley Fundamental es expresión de este tipo de procedimiento de aprendizaje. Por una parte quería, apartándose de la mala reputación de los partidos ya en tiempos de la República de Weimar y del absolutismo partidista del partido único NSDAP [Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán], destacar la función de los partidos en pro del bien común, lo cual era también muy necesario, como pone claramente de manifiesto la actitud de cautela (por expresarlo delicadamente) de la población hacia los partidos políticos y el sistema de partidos, constatada en estudios empí-

⁹¹ Véase más en detalle M. MORLOK, en: DREIER, *GG II* (nota 62), Art. 21, marginal 107.

⁹² Sobre Grecia (bajo la influencia de la Ley Fundamental): S.-I.G. KOUTNATZIS, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Griechenland», en: VON BOGDANDY/CRUZ VILLALÓN/HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 3, marginal 12.

⁹³ En este sentido L. HELMS, *Die Institutionalisierung der liberalen Demokratie*, 2007, p. 77. En estos países no hay además ningún tipo de financiación pública (Gran Bretaña) o la hay sólo desde 1999 (Países Bajos), cfr. H. NAßMACHER, «Parteiensysteme und Parteienfinanzierung in Westeuropa», en: O. NIEDERMAYER Y OTROS (eds.), *Die Parteiensysteme Westeuropas*, 2006, p. 507 (508).

ricos⁹⁴. Por otro lado, fue a los desacreditados en tiempos del Gobierno nacionalsocialista (no simplemente a los nuevos demócratas meramente desnazificados), por ejemplo, a los miembros de los partidos prohibidos anteriormente, a los perseguidos por el régimen nazi y a los temporalmente exiliados, a quienes se confió y a quienes había que confiar la reconstrucción moral, política y económica como líderes políticos dentro de los partidos. El fortalecimiento constitucional de los partidos políticos democráticos estuvo, pues, al servicio de un intento de fortalecimiento del sistema democrático de Gobierno (que anteriormente había fracasado en Alemania). De este modo pudo también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, cuya primera formación de Magistrados la compusieron en un cincuenta por ciento perseguidos en la época del nacionalsocialismo y exiliados⁹⁵, establecer unos principios básicos que fortalecían permanentemente la posición jurídica de los partidos, desde su posición procesal, por ejemplo como terceros en el procedimiento⁹⁶ o como interesados⁹⁷ en el conflicto entre órganos constitucionales ante el Tribunal Constitucional, hasta las modalidades de financiación de los partidos políticos mediante donaciones⁹⁸ y por parte del Estado⁹⁹. Esta jurisprudencia sublimó teóricamente la teoría del Estado de partidos del Magistrado Gerhard Leibholz, miembro durante décadas del Tribunal, que consideraba a los partidos po-

⁹⁴ Véase con más detalle M. KAASE/S. FRANK/E. MOCHMANN, «Nach der Katastrophe – Anmerkungen zur Entwicklung des westdeutschen Parteiensystems in den fünfziger Jahren», en: KAISER/ZITTEL, *Demokratietheorie* (nota 36), p. 265 (271 ss.); en el mismo sentido E. WOLFRUM, *Die geglückte Demokratie*, 2006, pp. 59 ss.

⁹⁵ Véase más en detalle J. FEEST, *Die Bundesrichter*, en: *Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht*, 2. ed., 1965, p. 95 (104 y siguiente).

⁹⁶ BVerfGE 4, 27 (27 ss.); 24, 260 (263); 24, 300 (329); 82, 322 (335); jurisprudencia reiterada; una visión general en H.H. KLEIN (2005), en: MAUNZ/DÜRIG, *GG* (hojas sueltas), Art. 21, marginales 399 ss.

⁹⁷ BVerfGE 66, 107 (115 y siguiente); 67, 65 (69); 84, 290 (299); jurisprudencia reiterada.

⁹⁸ Cfr. BVerfGE 20, 56 (105); 52, 63 (86); 85, 264 (326); M. MORLOK, en: DREIER, *GG II* (nota 91), Art. 21, marginal 47.

⁹⁹ Cfr. BVerfGE 85, 264 (287 ss.); una visión general en MORLOK (nota 98), Art. 21, marginales 43 ss., 66 ss., 98 ss.

líticos como sustitutos del pueblo y, con ello, como piezas centrales de la moderna democracia de masas¹⁰⁰, y la puso en práctica con éxito durante mucho tiempo, al margen de ocasionales «retrocesos».

3.3. Problemas derivados y peligros

Con la extremadamente fuerte posición jurídica de los partidos políticos se corresponde (también si se compara con el resto de Europa) una penetración particularmente profunda no sólo del Estado como sistema político de decisión, tal y como está construido de por sí en el diseño de un sistema de Gobierno parlamentario apoyado por los respectivos grupos parlamentarios mayoritarios, sino también de sectores de la comunidad más bien alejados del Estado¹⁰¹. Esto da pie a una amplia crítica a los partidos. Quien en este punto denuncia como escandaloso el que la política se tiña en prácticamente cada aspecto con el color de los partidos políticos¹⁰² o descalifica a los partidos como meras agrupaciones de intereses¹⁰³, amenaza con resucitar una desafortunada tradición alemana de crítica a los partidos que suele valerse del bien común en contra de los partidos políticos. Una transformación del papel de los partidos políticos era y es en gran medida indispensable para poder cumplir con las (probablemente) cada vez más importantes tareas de dirección política¹⁰⁴: la crítica a los partidos se

¹⁰⁰ G. LEIBHOLZ, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3. ed., 1967, pp. 93 ss. y en otras; respecto a la crítica KLEIN (nota 96), Art. 21, marginales 181 ss.

¹⁰¹ En este sentido HELMS, *Institutionalisierung* (nota 93), p. 78, que remite a TSATSOS, «Stellung» (nota 80), p. 779; M. MORLOK, «Für eine zweite Generation des Parteienrechts», en: TSATSOS, *Parteiengesetz* (nota 83), p. 53 (60 y siguiente).

¹⁰² Véase con más detalle por ejemplo H.H. V. ARNIM, «Parteien in der Kritik», *DÖV* 2007, pp. 221 ss.; del mismo autor, *Staat ohne Diener*, 1995; del mismo autor, *Der Staat als Beute*, 1993; véase también en el mismo sentido W. FRANZ, *Dilettanten im Amt*, 2007.

¹⁰³ Así W. LEISNER: «Wählen nach “Interessen”, nicht nach Parteien - Demokratie nach realem Bürgerbedürfnis», *NJW* 2009, pp. 1464 ss.; véase también OPPERMANN, «Deutschland» (nota 1), p. 489; crítico IPSEN, «Staat» (nota 86), pp. 143 ss., 164 ss.

¹⁰⁴ En el mismo sentido que aquí: MORLOK, «Generation» (nota 101), pp. 54 y siguiente, con referencias adicionales.

acaba convirtiéndose muy rápidamente (y, en determinadas circunstancias, sin quererlo) en crítica al sistema democrático¹⁰⁵, el «hartazgo de los partidos»¹⁰⁶ acaba entonces convirtiéndose de hecho en sinónimo de hartazgo de la democracia. Sin embargo, no existe históricamente una auténtica democracia sin que haya varios partidos políticos, las transformaciones de los partidos políticos pueden analizarse también sin utilizar la terminología propia de las «crisis»¹⁰⁷. No obstante, la omnipresente y permanente expansión, estructuralmente colocada en la esencia del poder, de las esferas de influencia de los partidos políticos es sin duda merecedora de crítica, como lo muestran algunos ejemplos.

3.3.a) *¿Reparto autocrático de cargos públicos?*

Desde el punto de vista constitucional se discute como problema derivado o peligro sobre todo la distribución autocrática de cargos públicos a través de los partidos políticos («Ämterpatronage») (aunque sólo sea en la modalidad de «Versorgungspatronage», es decir, recompensando a alguien con un cargo público por los servicios prestados, asegurándole de esta manera una estabilidad económica)¹⁰⁸. En este punto hay que hacer jurídicamente una distinción: allí donde los titulares de cargos públicos han de to-

¹⁰⁵ Véase ya H. Kelsen, «Vom Wesen und Wert der Demokratie» (2. Aufl. 1929), en su obra *Verteidigung der Demokratie*, editada por M. Jestaedt y O. Lepsius, 2006, p. 149 (172).

¹⁰⁶ Crítico Ipsen, «Staat» (nota 86), p. 166; argumentos empíricos frente a un ampliamente extendido «hartazgo de los partidos políticos» en O. Niedermayer, «Die Wähler bröckeln: Zur Veränderung der Wählerschaft und der Parteimitgliedschaft», en: Adolf-Arndt-Kreis (ed.), *Parteien ohne Volk*, 2008, p. 21 (31 ss.).

¹⁰⁷ Cfr. por todos D. Grimm, «Parteien(mit)wirkung: Parteien zwischen verfassungsrechtlichem Anspruch und politischer Wirklichkeit», en: Adolf-Arndt-Kreis, *Parteien* (nota 106), pp. 9 ss.; L. Helms, «Gibt es eine Krise des Parteienstaates in Deutschland?», en: Merkel/Busch, *Demokratie* (nota 31), p. 435 (438 ss., 448 ss.).

¹⁰⁸ Véase recientemente M. Dippel, «Ämterpatronage durch politische Parteien», *NordÖR* 2009, pp. 102 ss., con referencias adicionales.

mar decisiones como expresión del ejercicio de poder político resulta inherente a la lógica de la democracia marcada por el Estado de partidos el que ganen terreno también las consideraciones de los partidos políticos relativas al reparto proporcional y a la confianza hacia estas personas investidas del poder de decisión. Por eso, por ejemplo, la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal, marcada por las consideraciones de los partidos políticos relativas a un reparto proporcional de los mismos, es constitucionalmente conforme con el artículo 33.2 GG en atención al gran alcance político de sus decisiones. Lo mismo puede decirse respecto a las normas para que los cargos de alto funcionario político, como los de Secretario de Estado en su condición de Jefe de Servicio, sean ocupados por personas en los que los políticos de alto rango puedan confiar también desde el punto de vista de su lealtad al partido¹⁰⁹. Sin embargo, allí donde las instituciones estatales o semiestatales que han de ser políticamente neutrales estén partidistamente politizadas se distorsiona la competencia entre los partidos, se elude la separación de poderes constitucionalmente preestablecida y, en la medida en que se aproximen a la lógica de ganancia de poder propia de los partidos políticos que los controlan, se debilita la lógica material de los subsistemas sociales, que deberían orientarse hacia un cumplimiento neutral de sus funciones¹¹⁰.

Este tipo de desarrollos son indicativos de que los dirigentes de los partidos políticos no siempre son conscientes de los límites jurídicos a los que están sometidos. Un ejemplo actual es el eslabón de una larga cadena de tales errores de los partidos políticos¹¹¹ en el sentido de una «lógica de intensificación en una situación de competencia»¹¹², en concreto el inten-

¹⁰⁹ Véase en más detalle recientemente H.-U. DERLIEN, «Die politische und administrative Elite der Bundesrepublik», en: W. JANN/K. KÖNIG (eds.), *Regieren zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, 2008, p. 291 (317 ss., 324 ss.); de otra opinión, sin hacer distinciones, DIPPEL, «Ämterpatronage» (nota 108), pp. 104 ss.; W. FRANZ, «Staatssekretäre und das Leistungsprinzip - Ein Bereich massiven Rechtsbruchs der politischen Klasse», *ZBR* 2008, pp. 236 ss.

¹¹⁰ MORLOK, «Generation» (nota 101), p. 61.

¹¹¹ MORLOK, «Generation» (nota 101), pp. 60, 62 y siguiente.

¹¹² MORLOK, «Generation» (nota 101), p. 57.

to del Presidente del Land de Hesse, Roland Koch, en tanto que miembro del Consejo de Administración de la ZDF [Segunda Cadena de la Televisión Alemana] (definitivamente facultado para ello), de evitar, con ayuda del círculo de amigos de miembros de la CDU allí presentes, que se renovase el contrato del redactor-jefe Nikolaus Brender ¹¹³: según parece desprenderse de todas las circunstancias concurrentes en el caso, el Consejo de Administración se convierte aquí notoriamente en instrumento para lograr algo que precisamente el diseño de estructuras de dirección y de supervisión en las entidades públicas de radiodifusión debería evitar, en concreto en instrumento para que los miembros del Gobierno y los partidos políticos puedan influir por motivos partidistas en la independencia de las entidades públicas de radiodifusión.

3.3.b) *¿Pérdida de la capacidad de receptividad democrática?*

Digna de mayor consideración parece la pregunta acerca de si la amplia independencia financiera (en especial) de los partidos políticos (establecidos) respecto a sus miembros no debilita a los partidos políticos en su labor de contribuir como transformadores a la formación de la voluntad ¹¹⁴, en todo caso dentro de las condiciones-marco y de las tradiciones existentes en Alemania ¹¹⁵. Si bien esta interrelación no es necesariamente obligatoria en el sentido de que sea la única causa ¹¹⁶, como lo demuestran las

¹¹³ Cfr. por ejemplo F. SCHIRRMACHER, «Angriff auf das ZDF», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 10 de marzo de 2009, p. 1; H. VON DER TANN, «Der Intendant muss klagen», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 8 de julio de 2009, p. 27.

¹¹⁴ Cfr. respecto a esta imagen de los partidos del TCFA VOLKMANN, «Verfassungsanwendung» (nota 52), pp. 165 y siguiente.

¹¹⁵ Escepticismo en U. v. ALEMANN, *Das Parteiensystem der Bundesrepublik Deutschland*, 2. ed., 2001, pp. 178 ss.; respecto a los desarrollos internacionales paralelos E. WIESENDAHL/U. JUN/O. NIEDERMAYER, «Die Zukunft der Mitgliederparteien auf dem Prüfstand», en: U. JUN/O. NIEDERMAYER/E. WIESENDAHL (eds.), *Zukunft der Mitgliederpartei*, 2009, p. 9 (22 y siguiente).

¹¹⁶ Cfr. HELMS, *Institutionalisierung* (nota 93), p. 79, con una remisión (que induce a error) a NABMACHER, «Parteiensysteme» (nota 93), p. 509, según la cual la

experiencias divergentes en los países escandinavos, podría no obstante la fortaleza financiera de los partidos políticos y de sus grupos parlamentarios, con las consecuencias que ello conlleva para la organización de los partidos y para el desarrollo mediático de las campañas electorales, fomentar una cierta independencia autosuficiente, desde una perspectiva material, de los dirigentes de los partidos (incluidos quienes trabajan a sueldo para el partido) y de los Diputados electos respecto a los afiliados del partido que debilite la receptividad de los partidos hacia las expresiones de voluntad del pueblo. Con esto se corresponde la circunstancia de que una secular disminución de la militancia desde los años ochenta convierte a los partidos políticos en partidos de políticos profesionales¹¹⁷, y de que, por otra parte, crece significativamente el número de personas que no acuden a votar¹¹⁸.

¿Hay indicios actuales de que esto sea así? Para presumir un distanciamiento considerable en este punto sólo hace falta recordar, como ejemplo de tales peligros, de qué forma tan cerrada intentó el SPD [Partido Socialdemócrata de Alemania] de Hesse el pasado año poner en práctica durante semanas un giro de opinión de sus dirigentes políticos («ruptura de promesa»)¹¹⁹, a todas luces inaceptable para su electorado, con una mayoría dentro del partido del noventa por ciento¹²⁰. Quien considere esto una toma de posición unilateral políticamente motivada no tiene más que pensar en la reacción de la CSU [Unión Social-Cristiana de Baviera] a la de-

financiación pública de los partidos no lleva a que los partidos dominantes consoliden su posición; en detalle, sin embargo, E. WIESENDAHL, *Mitgliederparteien am Ende?*, 2006, p. 133 ss., que demuestra la importancia, que no ha cambiado, de la financiación mediante cuotas.

¹¹⁷ M. HAAS/U. JUN/O. NIEDERMAYER, «Die Parteien und Parteiensysteme der Bundesländer - Eine Einführung», en: W. JUN/ M. HAAS/O. NIEDERMAYER (eds.), *Parteien und Parteiensysteme in den deutschen Ländern*, 2008, p. 9 (13); v. BEYME, «Parteiengesetz» (nota 87), p. 48; respecto al desarrollo empírico O. NIEDERMAYER, «Parteimitgliedschaften im Jahre» 2008, *ZParl* 40 (2009), pp. 370 ss.

¹¹⁸ Una visión general actual en NIEDERMAYER, «Wähler» (nota 106), pp. 21 ss., 26 ss.

¹¹⁹ Crítico por ejemplo W. SCHMITT GLAESER, «Über Tendenzen zur Unterwanderung unserer Verfassung», *JöR* 57 (2009), pp. 39 (41 ss.).

¹²⁰ Al respecto cfr. también V. ZASTROW, *Die Vier: eine Intrige*, 2009.

rrota en las elecciones al Parlamento bávaro en el año 2008: ahora gobierna un Presidente, Horst Seehofer, que antes de las elecciones regionales, siendo Ministro Federal, no había presentado su candidatura para ese puesto y que persigue una política que busca revisar los déficits evidentes en la apreciación de las manifestaciones de voluntad de la población que anteriormente no habían hallado eco dentro del partido (palabras clave: Ley de protección de los no fumadores, reforma de la Administración, política educativa). Ahora bien, esto ocurre en un modo que se orienta sobre todo hacia grupos de interés específicos ¹²¹, lo cual no hace que parezca necesariamente fuerte la función transformadora que desarrolla la CSU, como partido político, en el proceso de contribuir a la formación de la voluntad política del pueblo. Si se toman ambos ejemplos como síntomas de procesos que subyacen más profundamente parece evidente considerar la posibilidad de una crisis fundamental del sistema de partidos.

Quizá exigimos demasiado de los partidos políticos como pilares sustentadores a la hora de elegir a los dirigentes políticos y de configurar materialmente la política, porque, por una parte, las cifras de afiliados y las actividades de democracia interna siguen una tendencia decreciente, mientras que, por otra, la población confía, en el marco de un creciente repliegue hacia lo privado bajo el signo de las tendencias hacia la individualización, la erosión de los entornos sociales y el cambio de valores postmaterialista ¹²², en que los representantes profesionales de los partidos en cargos públicos de dirección «ya lo arreglarán». La confianza, sin duda justificada, en la fuerza de los políticos profesionales ¹²³ no ha quedado de todos modos demostrada con éxito todavía, durante la vigencia de la Ley

¹²¹ Cfr., tomando como ejemplo la ingeniería genética ecológica *pars pro toto*: A. SCHÄFFER, «Ein Wunder politischer Logopädie», *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung* de 3 de mayo de 2009, p. 8.

¹²² Cfr. GRIMM, «Parteien(mit)wirkung» (nota 107), p. 12; al respecto en detalle WIESENDAHL, *Mitgliederparteien* (nota 116), pp. 74 ss., u 81 ss.

¹²³ Cfr. R. LORENZ/M. MICUS, «Wunderknaben der Nation? Politische Seiteneinsteiger im Parteienstaat», *Universitas* 2009, p. 803 (805 ss., 810 ss.); E. WIESENDAHL, «Zum Tätigkeits- und Anforderungsprofil von Politikern», en: *FS für Hans Herbert von Arnim*, 2004, p. 167 (180 ss.).

Fundamental, en períodos realmente malos. El futuro parece en ese sentido estar abierto.

3.4. Resumen

La Ley Fundamental ha constitucionalizado con razón una democracia de partidos en la que a los partidos políticos se les ha dotado de una posición jurídica muy fuerte. De este modo ha contribuido a crear un sistema de partidos que funciona. «Al mismo tiempo» esto favorece una tendencia hacia la expansión de la influencia en el Estado y la sociedad de los partidos políticos que se hallan en posiciones de poder por efecto de las elecciones, con el peligro de que se exija demasiado de los partidos políticos y de sus dirigentes o de que se desconecte de la militancia en el proceso democrático interno del partido.

4. LA LABILIDAD CONSTITUCIONAL DEL ESTADO FEDERAL

4.1. La situación constitucional del Estado federal alemán

El Estado federal alemán (en tanto que manifestación institucional del federalismo como principio de organización marcado por el pluralismo) es, como todos los Estados federales, algo históricamente único¹²⁴ y constitucionalmente lábil¹²⁵. Un indicio de que esto es así es el hecho de que en todo caso más de la mitad de todas las reformas de la Ley Fundamen-

¹²⁴ Recientemente J. JEKEWITZ, «Wettbewerbsföderalismus - ein modisches Schlagwort», en: *FS für Michael Bothe*, 2009, p. 1132 (1132), que se remite a M. JESTAEDT, «Bundesstaat als Verfassungsprinzip», *HStR* II, 3. ed., 2004, § 29, marginal 1; en el mismo sentido W. RUDOLF, «Kooperation im Bundesstaat», *HStR* V, 3. ed., 2008, § 141, marginal 1; véase lo dicho ya por J. ISENSEE, «Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz», *ibídem*, § 126, marginal 5.

¹²⁵ Esta noción ya en R. THOMA, «Das Reich als Bundesstaat» (1930), en su obra *Rechtsstaat* (nota 27), p. 258 (275, 279); incorporada por BVerfGE 1, 14 (48), pero (de manera diferente a como se emplea aquí) referida en cada caso sólo a la (falta de) garantía de continuidad de los distintos *Länder*.

tal ¹²⁶ afectan mediata o inmediatamente a la relación entre la Federación y los Länder, que, por lo que parece, en la relación de tensión entre unidad y diferenciación, entre «unitarización» centralizada y descentralización, ha de ser reequilibrada una y otra vez ¹²⁷, no sólo por, sino también a la vista de los retos históricos que plantean la reunificación alemana y la europeización.

Una razón esencial es la heterogeneidad fáctica de los Länder y su desequilibrio en el conjunto de la estructura del Estado federal de la República Federal Alemana, aunque tales asimetrías sean parte de la esencia del federalismo ¹²⁸. Eso se puede afirmar de su tamaño (de los casi dieciocho millones de habitantes de Renania del Norte-Westfalia a los seiscientos sesenta mil habitantes de Bremen), de su (re-)fundación histórica (del trazado casi inalterado después de 1945 de Baviera o Hamburgo a formaciones artificiales históricas, sin identidades consolidadas, como Baden-Württemberg, Renania del Norte-Westfalia y Baja Sajonia, pero también Sajonia-Anhalt) ¹²⁹ o de su potencia económica, que después de la reunificación ha llegado a ser todavía más heterogénea (con Baden-Württemberg

¹²⁶ JEKEWITZ, «Grundgesetz» (nota 1), p. 71: «se calcula que dos tercios de todas las reformas constitucionales llevadas a cabo hasta ahora»; de las cuarenta y cuatro leyes de reforma de la Ley Fundamental aprobadas hasta 1997 al menos treinta y cinco se referían de manera directa o indirecta al Estado federal, en este sentido A. BAUER/M. JESTAEDT, *Das Grundgesetz im Wortlaut*, 1997, S. 34.

¹²⁷ A. BUSCH, «Verfassungspolitik: Stabilität und permanentes Austarieren», en: M.G. SCHMIDT/R. ZOHLNHÖFER (eds.), *Regieren in der Bundesrepublik Deutschland*, 2006, p. 33 (42 ss., 48, 53); con esta (sola) limitación puede afirmarse que el orden federal se ha preservado en su concepción fundamental, en este sentido SODAN, «Kontinuität» (nota 1), p. 550, en conexión con H. BAUER, «Entwicklungstendenzen und Perspektiven des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland», *DÖV* 2002, p. 837 (845); véase también H. SCHULZE-FIELITZ, «Stärkung des Bundesstaates durch Herabzonung von Gesetzgebungskompetenzen?», en: H.-G. HENNEKE (ed.), *Verantwortungsteilung zwischen Kommunen, Ländern, Bund und Europäischer Union*, 2001, pp. 117 ss.

¹²⁸ Cfr. K. v. BEYME, «Die Asymmetrisierung des postmodernen Föderalismus», en: R. MAYNTZ/W. STREECK (eds.), *Die Reformierbarkeit der Demokratie*, 2003, pp. 239 ss.

¹²⁹ Cfr. por todos v. BEYME, «Asymmetrisierung» (nota 128), p. 246; ejemplos detallados en M. KILIAN (ed.), *Sachsen-Anhalt. Land der Mitte - Lands im Aufbau*, 2002.

y Mecklemburgo-Pomerania Anterior en los extremos de la escala). A pesar de esta desigualdad, todos los Länder ocupan la misma posición jurídica dentro del Estado federal, a diferencia de lo que ocurría todavía en época del Imperio o de lo que ocurre en algunos otros Estados federales ¹³⁰.

Una segunda razón para la labilidad del Estado federal es la fuerte posición de los Länder en el procedimiento legislativo de la Federación. En general se puede decir de los Estados con estructuras federales que los Estados federados ejercen una influencia extraordinariamente grande sobre el proceso político y las otras instituciones políticas ¹³¹. En Alemania la influencia se produce a través del Bundesrat como órgano de la Federación que representa los intereses de los Länder en la elaboración de leyes de la Federación de una manera muy particular, en concreto no mediante senadores elegidos por el pueblo sino mediante representantes de los Ejecutivos, designados por los Gobiernos de los Länder y sujetos a las instrucciones de éstos, en el sentido de un «federalismo ejecutivo» («Exekutivföderalismus»). Esto confiere a los Länder un poder de representación particularmente fuerte, también si se compara internacionalmente ¹³², y fuerza permanentemente a la Federación y a los Länder y a sus Gobiernos a tener que ponerse de acuerdo en el sentido de una permanente «gran coalición» cuyos contenidos se renegocian una y otra vez.

En tercer lugar, el desarrollo federal viene marcado hasta ahora en la República Federal Alemana, como en muchos otros Estados federales, por una fuerte tendencia hacia la «unitarización», expresión de una trayectoria que se puede retrotraer al siglo XIX: se fundamenta en la contribución de la burguesía liberal al compromiso constitucional bismarckiano ¹³³. La po-

¹³⁰ Cfr. H. BAUER, en: DREIER, *GG II* (nota 98), Art. 20 (Estado federal), marginal 37: «igualdad federativa».

¹³¹ HELMS, *Institutionalisierung* (nota 93), p. 193.

¹³² E. GRANDE, «Parteiensysteme und Föderalismus. Institutionelle Strukturmuster und politische Dynamiken im internationalen Vergleich», en: A. BENZ/G. LEHMBRUCH (eds.), *Föderalismus*, 2002, p. 179 (198).

¹³³ En detalle G. LEHMBRUCH, «Der unitarische Bundesstaat in Deutschland: Pfadabhängigkeit und Wandel», en: BENZ/LEHMBRUCH, *Föderalismus* (nota 132), p. 53 (69, 80 ss.).

blación favorece actualmente, desde comienzos de la posguerra, una uniformidad de las condiciones de vida dentro del Estado federal¹³⁴ que se ha visto correspondida en gran medida por la política de todos los Gobiernos federales y de los correspondientes sistemas centrales de partidos y alianzas¹³⁵, apoyados por reformas constitucionales y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que promovía un ejercicio central, uniforme para toda la Federación, de las competencias legislativas¹³⁶ como implicaba ya la normativa transitoria del artículo 125 GG, y que de este modo dio la vuelta a la idea subyacente a los artículos 30 y 70 GG. En 1994 el poder legislativo de reforma de la Constitución intentó contrarrestarlo endureciendo las condiciones de la «cláusula de necesidad» del artículo 72.2 GG, conectando la necesidad de una ley federal en ámbitos de legislación concurrente a condiciones más estrictas y susceptibles de ser controladas judicialmente y el Tribunal Constitucional Federal tomó en serio este intento de cambio de dirección¹³⁷, pero el legislador reformador de la Constitución de 2006 deshizo otra vez en gran parte, en favor de la Federación, las reformas¹³⁸. Estas reformas hacen aparecer más bien a la Federación como ganadora de la reforma del federalismo de 2006, pese a la apariencia exterior de desplazamiento (marginal) de competencias hacia los Länder, y conducen a nuevas manifestaciones de un federalismo interconec-

¹³⁴ Véase por ejemplo G. LEHMBRUCH, «Verhandlungsdemokratie, Entscheidungsblockade und Arenenverflechtung», en: MERKEL/BUSCH, *Demokratie* (nota 31), p. 402 (410); crítico recientemente A. GAULAND, «60 Jahre Grundgesetz», *ZSE* 7 (2009), p. 323 (326).

¹³⁵ Cfr. G. LEHMBRUCH, «Das deutsche Verbändesystem zwischen Unitarismus und Föderalismus», en: MAYNTZ/STREECK, *Reformierbarkeit* (nota 128), pp. 259 ss.

¹³⁶ BVerfGE 13, 230 (233 y siguiente); véase también 106, 62 (135 ss.); R. STETTNER, en: H. DREIER (ed.), *GG. Supplementum* 2007, Art. 72, marginales 17 y siguiente.

¹³⁷ BVerfGE 106, 62 (135 ss.); 110, 141 (174 ss.); 111, 226 (252 ss., 265 ss.); 112, 226 (242 ss.); véase recientemente en más detalle C. HEITSCH, «Die asymmetrische Neuverflechtung der Kompetenzordnung durch die deutsche “Föderalismusreform I”», *JöR* 57 (2009), p. 333 (334 ss.).

¹³⁸ SACHS, «Grundgesetz» (nota 1), p. 1443; SCHNEIDER, «Herr» (nota 34), pp. 1024 y siguiente.

tado asimétrico («asymmetrischer Verbundföderalismus») ¹³⁹. Lo mismo puede afirmarse de las reformas constitucionales que se han llevado a cabo conforme a los resultados de la Segunda Comisión para la Reforma del Federalismo en el año 2009: no satisfacen sus objetivos en el ámbito de la Administración ¹⁴⁰, marginan el problema central de una clara asignación de competencias en materia de legislación tributaria ¹⁴¹ y conducen en el ámbito de las finanzas, por la vía de nuevas interrelaciones, a un fortalecimiento de la Federación en perjuicio de los Länder ¹⁴².

Por lo demás, los Gobiernos de los Länder buscan en numerosos procedimientos de negociación ponerse de acuerdo unos con otros en el sentido de lograr la unanimidad en la búsqueda de normas uniformes. Piénsese en los acuerdos de las Conferencias ministeriales, como la Conferencia de Ministros de Educación. Tales soluciones no son, con frecuencia, fáciles de encontrar sin conflictos. Sobre todo la compensación financiera necesaria en el Estado federal es una fuente permanente de nuevos conflictos. El Tribunal Constitucional Federal ha intervenido aquí ya con frecuencia como árbitro ¹⁴³ sin que haya sido posible cerrar el asunto en el fondo de manera duradera. De esta forma, una reforma del federalismo sigue a otra, «después de la reforma» es siempre «antes de la reforma», con lo que el ordenamiento federal está algo así como «permanentemente de obras» ¹⁴⁴.

¹³⁹ HEITSCH, «Neuverflechtung» (nota 137), p. 358.

¹⁴⁰ Cfr. I. KEMMLER, «Schuldenbremse und Benchmarking im Bundesstaat», *DÖV* 2009, p. 549 (550 y siguiente).

¹⁴¹ Véase también C. LENZ/E. BURGBACHER, «Die neue Schuldenbremse im Grundgesetz», *NJW* 2009, p. 2561 (2567).

¹⁴² KEMMLER, «Schuldenbremse» (nota 140), pp. 551 y siguiente, 556, 557; S. KORIOH, «Das neue Staatsschuldenrecht - zur zweiten Stufe der Föderalismusreform», *JZ* 2009, p. 729 (732).

¹⁴³ BVerfGE 72, 330 (383 ss.); 86, 148 (211 ss.); 101, 158 (214 ss.); véase también 116, 327 (377); W. HEUN, en: DREIER, *GG* III (nota 64), Art. 107, marginales 7 ss., 14 ss., 22 ss.

¹⁴⁴ H. BAUER, en: DREIER, *GG* II (nota 62), Art. 20 (Estado federal), marginal 11; en sentido similar A. BENZ, «Lehren aus entwicklungsgeschichtlichen und vergleichenden Analysen - Thesen zur aktuellen Föderalismusdiskussion», en: BENZ/LEHMBRUCH, *Föderalismus* (nota 132), p. 391 (400).

4.2. Explicación

La estructura federal de la Ley Fundamental es, en primer lugar, una respuesta inmediata al Estado unitario centralizado del nacionalsocialismo, que suprimió en Alemania la tradición federal y de separación del poder por la vía de la unificación forzosa («*Gleichschaltung*») de los Länder, pero también al papel dominante de Prusia en el Imperio y en la República de Weimar. Entre las fuerzas de ocupación aliadas tenían en especial los americanos, con el transfondo de su positiva experiencia federal, mucho interés en acabar con este centralismo que, de acuerdo con su experiencia, constituía en general un peligro para el pluralismo y la democracia. Las actividades de los aliados para construir el Estado alemán de abajo a arriba después del fin de la guerra, es decir, a partir de los Länder (y, sobre todo en la zona británica, a partir de los municipios) se toparon positivamente por una parte con una tradición que había ido creciendo ya en el Sacro Imperio Romano-Germánico y que tomó forma en el siglo XIX que, si bien no estaba en realidad marcada federalmente en sentido estricto, se asociaba a la reorganización territorial y pudo a la vez reconfigurarla. La reunificación con los nuevos Länder (en vez de con los distritos de la RDA) ha hecho visible nuevamente la potencia de los territorios como instrumentos que construyen o, al menos, fomentan la construcción de un sentido de identidad. La política de federalización se topó por otra parte con una constitucionalización, establecida desde la Paz de Westfalia de 1648, de sistemas de negociación que perseguían alcanzar compromisos amistosos a través de los cuales las minorías (no sólo religiosas) no pudiesen ser derrotadas en las votaciones simplemente mediante resoluciones adoptadas por mayoría ¹⁴⁵.

Por la concreta construcción que la Ley Fundamental hace del Estado federal resultó esencialmente reforzada la necesidad de negociación aunque aquélla aparentemente sólo seguía tradiciones históricas, ya que la disolución después de 1945 de la una vez dominante Prusia llevó a la aparición de un mayor número de Länder del mismo peso con intereses

¹⁴⁵ Por ejemplo LEHMBRUCH, «*Verhandlungsdemokratie*» (nota 134), pp. 406 ss.

heterogéneos que ahora reclamaban procesos federales de negociación, mientras que antes ese tipo de divergencias de intereses tenían que ser resueltos internamente en tanto que problemas internos de Prusia¹⁴⁶. El carácter marcadamente ejecutivo del Bundesrat seguía la tradición predemocrática del Imperio (o incluso de la Confederación de Alemania del Norte)¹⁴⁷, al haber concebido Bismarck el Bundesrat (en conexión con tradiciones constitucionales alemanas más antiguas) como barrera frente a la parlamentarización¹⁴⁸. Las fuertes posibilidades de veto del Bundesrat en el procedimiento legislativo estaban ya diseñadas en la Constitución de Weimar, si bien ahora se introducen ciertas modificaciones: la necesidad de una mayoría absoluta en vez de simple en el caso de leyes que necesitan el voto favorable del Bundesrat para ser aprobadas («Zustimmungsgesetze») fue una novedad que se introdujo en 1949, la necesidad de una emisión unitaria de los votos de un Land se mantuvo inalterada. Asimismo, ya la Constitución de la Paulskirche preveía la centralización de competencias legislativas a nivel del Reich y la de competencias administrativas a nivel de los Estados miembros. Esta política de federalización conectada a tradiciones constitucionales aparentemente exitosas en un marco de condiciones modificadas condujo desde el principio a la formación y organización de un sistema federal de negociación cuyo eje es el Bundesrat¹⁴⁹.

4.3. Problemas derivados y peligros

La peculiar construcción del Estado federal de acuerdo con la Ley Fundamental lleva a que las tensiones entre las fuerzas contrapuestas dentro

¹⁴⁶ LEHMBRUCH, «Verhandlungsdemokratie» (nota 134), pp. 409 y siguiente; en detalle, del mismo autor, «Bundesstaat» (nota 133), pp. 70, 98 ss., 102 y siguiente.

¹⁴⁷ Cfr. sobre los orígenes también R. MORSEY, «Die Entstehung des Bundesrates im Parlamentarischen Rat», en: Deutscher Bundesrat (ed.), *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft*, 1974, pp. 71 ss.

¹⁴⁸ LEHMBRUCH, «Bundesstaat» (nota 133), pp. 83 ss.

¹⁴⁹ LEHMBRUCH, «Bundesstaat» (nota 133), pp. 85 y siguiente.

del federalismo no se diriman unilateralmente sino que hayan de ser reconfiguradas una y otra vez, también jurídicamente, en una situación de equilibrio inestable. Las ventajas (teóricas) de la competencia federal en el sentido de un federalismo competitivo se ven permanentemente contrarrestadas por la práctica consensual de los Länder en el sentido de un federalismo cooperativo, la confrontación y los conflictos se ven suavizados por medio de la cooperación y el entendimiento. En el Estado federal de la Ley Fundamental se combinan de esta manera, desde el punto de vista de la ciencia política, dos «lógicas funcionales» diferentes, que no son necesariamente compatibles entre sí: en primer lugar, el sistema parlamentario de gobierno, con su orientación hacia la competencia conflictual y polarizante entre el Gobierno y los grupos parlamentarios mayoritarios de una parte y los grupos de oposición de otra; y, en segundo lugar, el sistema federal de resolución de conflictos que se asienta sobre la negociación y el consenso y que fuerza a los Gobiernos de los Länder a ponerse de acuerdo¹⁵⁰. Ahora bien, en la democracia de partidos ambas lógicas funcionales son representadas en todos esos ámbitos por los mismos políticos de alto rango de los diversos partidos políticos: a nivel federal aparecen enfrentados en el Bundestag como Gobierno y oposición, es decir, como competidores, mientras que en el «federalismo cooperativo» o «federalismo interconectado», institucionalmente también en el Bundesrat, actúan como socios de negociación entre sí y frente a la Federación a la búsqueda de un consenso¹⁵¹. Esto lleva (como en todos los Estados federales) a diversas manifestaciones de un entramado político de competencias, medios materiales y humanos y decisiones que, especialmente en el «Estado constitucional informal» («informaler Verfassungsstaat»)¹⁵², se simplifican (tie-

¹⁵⁰ Cfr. recientemente A. BENZ, «Ein gordischer Knoten der Politikwissenschaft? Zur Vereinbarkeit von Föderalismus und Demokratie», *PVS* 50 (2009), p. 3 (9 y siguiente); del mismo autor, «Demokratiereform durch Föderalisierung?», en: OFFE, *Demokratisierung* (nota 38), p. 169 (175 ss.); F.W. SCHARPF, *Föderalismusreform*, 2009, pp. 46 y siguiente; HELMS, «Institutionalisierung» (nota 93), pp. 201 y siguiente; fundamental G. LEHMBRUCH, *Parteienwettbewerb im Bundesstaat*, 3. ed., 2000.

¹⁵¹ Cfr. GRANDE, «Parteiensysteme» (nota 132), pp. 201 y siguiente.

¹⁵² Cfr. H. SCHULZE-FIELITZ, *Der informale Verfassungsstaat*, 1984.

nen que simplificarse), en el marco de las condiciones básicas que señala la Ley Fundamental, dentro de foros de negociación de los partidos políticos; en esos foros se adoptan (tienen que adoptarse) acuerdos que hacen aparecer a cada parte como parcial vencedora de la negociación, antes de que se llegue a los cauces formales constitucionalmente previstos, con los peligros específicos que de esta «trampa del entramado de la política»¹⁵³ se derivan para la capacidad de reforma y de actuación de la República Federal Alemana como Estado federal¹⁵⁴. Éstos pueden, obviamente, valorarse de manera muy diferente según la precomprensión de teoría democrática de la que se parta¹⁵⁵.

4.3.a) *¿Crecientes bloqueos por parte del Bundesrat?*

Las modalidades de votación dentro del Bundesrat han estado siempre sometidas a las exigencias de la competencia entre partidos¹⁵⁶ y complicarán de manera creciente la capacidad de actuación del legislador federal¹⁵⁷. En el marco de un sistema de seis partidos¹⁵⁸ fuertemente fragmentado en pleno desarrollo, partidos políticos que a nivel federal no forman parte de la mayoría de Gobierno sustentan con cada vez mayor frecuencia Gobiernos regionales como socios de coalición. Como consecuencia de lo anterior, el comportamiento de votación en el Bundesrat en virtud de acuerdos de coalición a nivel regional conduce a que los Gobiernos de los Länder se abstengan en el Bundesrat en caso de desacuerdo; tales abstenciones provocan, sin embargo, el mismo efecto que los votos negativos, dada la ne-

¹⁵³ Fundamental F.W. SCHARPF, «Die Politikverflechtungsfalle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich», *PVS* 26 (1985), pp. 323 ss.

¹⁵⁴ Una visión general en HELMS, «Institutionalisierung» (nota 93), pp. 204 ss.; BENZ, «Demokratiereform» (nota 150), pp. 178 y siguiente.

¹⁵⁵ JEKEWITZ, «Wettbewerbsföderalismus» (nota 124), pp. 1134 y siguiente.

¹⁵⁶ Una crítica en H. ABROMEIT, *Der verkappte Einheitsstaat*, 1992, pp. 59 ss.

¹⁵⁷ Cfr. K. NICLAUß, «Die Bundesregierung im Verfassungssystem», *APuZ* 18-19/2009, p. 33 (39 y siguiente).

¹⁵⁸ Cfr. recientemente U. JUN, «Wandel des Parteien- und Verbändesystems», *APuZ* 28/2009, pp. 28 ss.

cesidad de mayoría absoluta en el caso de las leyes en las que el voto favorable del Bundesrat es imprescindible para su aprobación («Zustimmungsgesetze»). La pluralización del sistema de partidos complicará o bloqueará de este modo cada vez más la producción legislativa federal y promoverá el incrementalismo político ¹⁵⁹.

4.3.b) *Problemas de entrelazamiento*

Con ello se agudiza el problema del «entrelazamiento político», por mucho que éste sea un rasgo característico general e inevitable de los sistemas federativos ¹⁶⁰, también en los países anglosajones ¹⁶¹. Este entrelazamiento se funda sobre la dependencia mutua de la Federación y los Länder en especial a la hora de legislar. En el caso de las competencias legislativas, la Federación ha podido ampliar la competencia federal mediante reformas constitucionales, pero esto ha ido acompañado desde el principio de amplios derechos de aprobación del Bundesrat en el caso de las leyes que necesitan del voto favorable de este órgano para salir adelante («Zustimmungsgesetze»). También en la Constitución financiera depende la Federación, para las leyes de recaudación, del voto favorable del Bundesrat o de una planificación conjunta o de acuerdos administrativos con los Länder. Por otra parte, los Länder no tienen prácticamente ninguna competencia propia en materia de legislación tributaria, de modo que, comparativamente, existe un complejo entramado recaudatorio ¹⁶². La Federación y los Länder dependen de esta manera los unos de los otros en todas las cuestiones esenciales de política interna. La renuncia, ahí susten-

¹⁵⁹ BENZ, «Knoten» (nota 150), pp. 17 y siguiente; véase también BRYDE «Grundgesetz» (nota 1), p. 476; K. DETTERBECK/W. RENZSCH, «Symmetrien und Asymmetrien im bundesdeutschen Parteienwettbewerb», en: U. JUN/M. HAAS/O. NIEDERMAYER (eds.), *Parteien und Parteiensystem in den deutschen Ländern*, 2006, pp. 39 ss.

¹⁶⁰ GRANDE, «Parteiensysteme» (nota 132), p. 197.

¹⁶¹ Cfr. lo afirmado hace ya muchos años por M. BOTHE, «Die Entwicklung des Föderalismus in den angelsächsischen Staaten», *JöR* 31 (1982), p. 109 (166).

¹⁶² GRANDE, «Parteiensysteme» (nota 132), p. 199.

tada, a posibilidades autónomas de actuación favorece, como se puede demostrar empíricamente ¹⁶³, una falta de efectividad por ejemplo en la política coyuntural y estructural.

Estos problemas de entrelazamiento se agudizan en supuestos de mayorías partidistas divergentes en el Bundestag y el Bundesrat, lo cual es normal en la República Federal Alemana. Esto lleva a una instrumentalización partidista del Bundesrat, como muestra el nacimiento, en la época de la coalición socioliberal en los años setenta, de la diferenciación hasta hoy habitual entre Länder A y Länder B (= Länder gobernados por el SPD o gobernados por la CDU/CSU), y dificulta el logro de un compromiso en las cuestiones fundamentales que se discuten, aunque los intereses institucionales propios de los Länder pueden atenuar tal apropiación del Bundesrat por parte de los partidos políticos ¹⁶⁴. Vinculada a este específico «dilema alemán» (Roland Czada) como parte del lado oscuro del Estado federal ¹⁶⁵ está la consecuencia de un significativo aumento de las intervenciones de la Comisión Mixta de Bundestag y Bundesrat que, naturalmente, en la actualidad son escasas debido a las mayorías asociadas a la Gran Coalición ¹⁶⁶, y que si bien, por lo general, no llevan a bloqueos completos del procedimiento legislativo federal, sí que conducen a acuerdos subóptimos y, por tanto, siempre criticables. Sus resultados se apartan ampliamente en ocasiones de la intención inicial del Gobierno federal como consecuencia de una competición popular para ver quién da más, o conducen a soluciones contradictorias fruto de compromisos con una escasa capacidad de resolución de problemas ¹⁶⁷. Algunos consideran que ello provoca una incapacitación

¹⁶³ SCHARPF, *Föderalismusreform* (nota 150), pp. 30 ss.

¹⁶⁴ GRANDE, «Parteiensysteme» (nota 132), p. 202.

¹⁶⁵ En este sentido DECKER, «Parlamentarismusverständnis» (nota 85), pp. 548 y siguiente.

¹⁶⁶ Véase, no obstante, respecto a la Ley de la Oficina Federal contra el Crimen (BKA) tras un procedimiento de mediación: «BKA-Gesetz kann in Kraft treten», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 20 de diciembre de 2009, p. 2.

¹⁶⁷ S. BURKART, *Blockierte Politik: Ursachen und Folgen von «Divided Government» in Deutschland*, 2008, pp. 127 ss.; respecto al ejemplo de la fase final del Gobierno Kohl (1997/98) durante la decimotercera legislatura LEHMBRUCH, «Verhandlungsdemokratie» (nota 134), pp. 414 ss.

dad de la política alemana para llevar a cabo reformas, lo que es posible demostrar (sólo) limitadamente; más bien diría que se sobrevaloran los déficits que en el entramado político se derivan de los altos costes decisionales ¹⁶⁸. La esperanza de que se lleven previsiblemente a cabo reformas político-constitucionales fundamentales parece en todo caso más bien vana. Reformas en profundidad de la estructura federal, incluidas reorganizaciones territoriales de los Länder, las ha habido en el federalismo alemán hasta ahora única y exclusivamente en situaciones de crisis después de conflictos bélicos: en 1815, en los años 1867 a 1871, en 1918 y después de 1945 ¹⁶⁹.

4.3.c) *La intransparencia de la responsabilidad política*

Un problema (derivado) adicional de este federalismo participativo alemán es la intransparencia de la responsabilidad política. La fuerte posición del Bundesrat al colaborar en la legislación lleva con frecuencia a compromisos legislativos «en el último minuto», en concreto en reuniones a puerta cerrada de la Comisión Mixta de Bundestag y Bundesrat, de cuyos resultados no se puede atribuir la responsabilidad a nadie de manera clara. Los ciudadanos no pueden extraer ninguna conclusión para su comportamiento electoral y no pueden de esta manera imponer sanciones políticas. Asociado a ello está un proceso de concentración de las decisiones dentro del Bundesrat en manos de los Gobiernos de los Länder que apremia a los Parlamentos de éstos a ratificarlas y que los condena a la ineficacia políti-

¹⁶⁸ En este sentido BENZ, «Lehren» (nota 144), pp. 392 y siguiente; en un sentido similar GRANDE, «Parteiensysteme» (nota 132), p. 202. Eso no las hace carentes de importancia: así, por ejemplo, las elecciones anticipadas en Schleswig-Holstein el 27 de septiembre de 2009, con la concreta perspectiva de un relevo de la Gran Coalición en Kiel por una mayoría de Gobierno de CDU y FDP, habrían estado motivadas también por el intento de asegurarle a un eventual Gobierno de CDU/CSU y FDP a nivel federal una mayoría también en el *Bundesrat*, cfr. en detalle S. FUNK / S. HASELBERGER, «Mit der Mehrheit rechnen», *Der Tagesspiegel*, 17 de julio de 2009.

¹⁶⁹ Cfr. LEHMBRUCH, «Bundesstaat» (nota 133), pp. 70 y siguiente.

ca. Tampoco los foros federales que se orientan a la toma de decisiones por unanimidad, como las Conferencias Ministeriales, permiten con frecuencia identificar en el acuerdo «de mínimos» las estructuras de compromiso y las responsabilidades que hay detrás. Esta intransparencia del Estado federal afecta en este sentido a la capacidad funcional de las elecciones en el sistema parlamentario de Gobierno, tanto a nivel federal como de los Länder.

4.4. Resumen

La construcción que del Estado federal hace la Ley Fundamental conduce a un fuerte entrelazamiento de los niveles de decisión. Lleva desde hace décadas por un lado a soluciones cooperativas negociadas con compromisos ampliamente consensuados de una con frecuencia «informal» Gran Coalición, y parece debilitar por otro, al mismo tiempo, la capacidad de reforma y de actuación de la República Federal Alemana porque la búsqueda de un consenso lleva a grandes coaliciones sobre la base en cada caso de un mínimo común denominador; dificulta, a la vista de la intransparencia de los conflictos y de las responsabilidades de los partidos políticos, el que se identifiquen alternativas, y convierte de esta manera en poco claras las alternativas democráticas en las elecciones.

5. PERSPECTIVA: EL CONOCIMIENTO DE LAS DEBILIDADES COMO PRESUPUESTO DE LA VIRTUD

Sesenta años de desarrollo de la Ley Fundamental siguen el camino que les marca una lógica histórica que no se deja modificar (por no decir invertir) fácilmente, sino, como mucho, reconducir con cuidado, en colaboración con la política y la jurisprudencia constitucionales. Pero es tarea específica y crítica de la ciencia mencionar y anticipar los problemas. En eso se diferencia de la política, que persigue sobre todo proporcionar legitimidad. Los tres ejemplos deberían hacer explícitos tales problemas; algunos otros aspectos del «lado oscuro» han tenido que dejarse de

lado¹⁷⁰. En este sentido puede uno, no obstante, desear que la Ley Fundamental siga también en el futuro demostrando su valor, especialmente en épocas de crisis de las cuales hasta ahora, durante la vigencia de la Ley Fundamental, se ha librado la República Federal Alemana. Pero de la Ley Fundamental se puede decir lo mismo que de cualquiera: sólo quien conoce sus debilidades podrá tomar conciencia de sus virtudes y hacerlas valer.

Resumen:

¿Hay en la Ley Fundamental de Bonn un «lado oscuro»? Ésa es la pregunta que se plantea el autor al comienzo de este trabajo, en el que se hacen patentes ciertas particularidades características de la Ley Fundamental que han contribuido a la positiva valoración que de la misma se hace tras sesenta años de éxitos, pero que a la vez encierran el germen de presentes desarrollos defectuosos y de futuros peligros. Se abordan a modo de ejemplo tres ámbitos particularmente problemáticos: la relación entre los elementos democráticos y los propios del Estado de Derecho en la Ley Fundamental; la posición constitucional de los partidos políticos en Alemania; y el diseño del Estado Federal alemán. En cada caso el autor describe el problema, explica cómo se ha llegado a la situación actual, y menciona finalmente algunos de los problemas resultantes y de los potenciales peligros, a la luz siempre de ejemplos actuales. En el fondo, como afirma el autor, de la Ley Fundamental se puede decir lo mismo que de cualquiera: sólo quien conoce sus debilidades puede tomar conciencia de sus virtudes y hacerlas valer.

Palabras Clave: República Federal de Alemania, Ley Fundamental de Bonn, principio democrático, Estado de Derecho, Tribunal Constitucional Federal, control de constitucionalidad de leyes en abstracto, dimensión objetiva de los derechos fundamentales, reforma constitucional, partidos políticos, distribución autocrática de cargos públicos, Estado federal, Länder, Bundesrat, federalismo ejecutivo.

¹⁷⁰ Piénsese en la petrificación de la función pública a través de los «principios tradicionales del funcionariado» a los efectos del artículo 33.5 GG tal como han sido conformados por la jurisprudencia y la doctrina, cfr. recientemente, muy crítico, J. KÜHLING, «Hergebrachte Grundsätze», Myops 6/2009, pp. 55 ss.; SCHNEIDER, «Herr» (nota 34), pp. 1026 y siguiente; en detalle J. MASING, en: DREIER, GG II (nota 62), Art. 33, marginales 59, 71 ss.

Abstract:

¿Is there in the Fundamental Law of Bonn an «obscure site»? The author proposes that question in the beginning of this paper, in which he shows some characteristics of the Fundamental Law, that have contributed to the positive evaluation that we make of it after sixty years of success, but, in the same time, they contain the germ of the present defective developments and future dangers.

In this paper the author takes into consideration, as examples, three particularly problematic areas: the relationship between the democratic elements and the individual of the State of Law in the Fundamental Law; the constitutional position of political parties in Germany; and the design of the German Federal State. In each case, the author describes the problem, he explains how we have got to the current situation, and, finally, he mentions some of the problems derived and the potential troubles, referring to current examples. Basically, as the author states, we can say regarding the Fundamental Law of Bonn the same thing that of the others: only those who know their weakness are able to become aware of their virtues and to assert them.

Keywords: *Federal Republic of Germany, Fundamental Law of Bonn, democratic principles, State of Law, the Federal Constitutional Court, abstract judicial review of the constitutionality of Law, the objective dimension of the fundamental rights, constitutional reform, political parties, autocratic distribution of the public office, Federal State, Länder, Bundesrat, executive federalism.*