

BÁVAROS Y REFERÉNDUM POR LA INDEPENDENCIA

FRANCISCO SOSA WAGNER¹

Universidad de León

fsosawagner@yahoo.es

Cómo citar/Citation

Sosa Wagner, F. (2017).

Bávaros y referéndum por la independencia.

Revista de Administración Pública, 202, 157-167.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.202.05>

Resumen

El Tribunal Constitucional alemán ha rechazado la solicitud de un referéndum para la independencia del actual *Land* de Baviera de la República Federal Alemana. El autor analiza el proceso de integración de Baviera en el Imperio alemán y después en la República Federal Alemana. Subraya especialmente la importancia de la lealtad federal como principio constitucional no escrito.

Palabras clave

Independencia; referéndum; Tribunal Constitucional; lealtad federal; historia constitucional de Alemania; Baviera.

Abstract

The German Constitutional Court has rejected the request for a referendum for the independence of the current Land of Bavaria in the Federal Republic of Germany. The author analyzes the process of integration of Bavaria in the Empire German and then in the Republic Federal German. It especially underlines the importance of the federal loyalty as unwritten constitutional principle.

Keywords

Independence; referendum; German Constitutional Court; federal loyalty; constitutional history of German; Bavaria.

¹ Catedrático jubilado de Derecho Administrativo.

En la República Federal de Alemania, Estado nacional fundamentado en el poder constituyente del pueblo alemán, los Länder no son señores de la Constitución. En la Constitución no existe ningún espacio para las aspiraciones secesionistas de los Länder. Son contrarias al orden constitucional.

Y para dar la última mano: «Esta decisión es inimpugnable». Con estas contundentes palabras el Tribunal Constitucional de Karlsruhe ha abortado el intento de plantear un referéndum entre la población bávara para independizar el territorio del actual *Land* de Baviera de la República de la que forma parte (2 BvR 349/16).

Conviene saber quiénes son los firmantes del «auto» (*Beschluss*): en primer lugar, Peter M. Huber, ocupa una cátedra de derecho público y filosofía en la Universidad de Múnich, fue ponente en los trabajos para la reforma federal que culminó en 2006 y ejerció como ministro del Interior del *Land* de Turingia (vinculado a la Democracia Cristiana); en segundo lugar, Sibylle Kessal-Wulf, magistrada de profesión con años de servicio en diversos tribunales; en fin, Doris König es una mujer especialista en derecho internacional y conocida europeísta, profesora en una Universidad privada, se destaca de ella su condición de independiente de los partidos políticos pero fue propuesta por los socialdemócratas.

Con lo dicho por estos tres jueces se ha acabado la discusión. Y anoto: cuando me dispuse a escribir este comentario lo primero que hice fue rastrear en la prensa alemana a través de la Red las noticias relacionadas con esta decisión de los jueces de Karlsruhe y para mi sorpresa advertí pronto que mucho material no iba a encontrar.

¿Por qué? Se trata de un asunto, este de la independencia de Baviera, que cuenta con algún respaldo popular en ciertas encuestas pero que prácticamente ningún partido político ha hecho suyo. Tan solo uno minoritario, el *Bayernpartei*, lo ha enarbolado como bandera.

Este partido comenzó su andadura en 1946 como una organización que aglutinó en su seno a figuras muy conservadoras de la política bávara, incluidos monárquicos —dispuestos a restaurar la dinastía de los Wittelsbach,

desaparecida tras la Primera Guerra Mundial— y separatistas bávaros. Conoció algunos éxitos electorales en los momentos fundacionales e incluso participó en los años cincuenta en un gobierno regional, pero ya en los sesenta se redujo su presencia, que quedó muy debilitada ante la opinión pública por un escándalo de corrupción. Con todo, siguen participando en los procesos electorales, incluidos los dirigidos a ocupar escaños en el Parlamento de Estrasburgo, con resultados poco satisfactorios. Está presente en el mundo local y así en el Ayuntamiento de Múnich es el cuarto partido, si bien ello se ha debido a que han recibido en su seno a algunos trásfugas.

El objetivo del *Bayernpartei* es la independencia de Baviera, en la órbita de los partidos que tienen análogas pretensiones en Flandes, en Cataluña, en el norte del Italia... En política europea defienden una Europa de las regiones, en lugar de la Europa de los Estados que caracteriza a la actual UE. Cuando han intentado reunir firmas para un referéndum la cifra máxima que han alcanzado ha sido poco más de 7 000, cuando se precisaban 25 000. Se les considera un partido «de derechas, muy conservador» y como curiosidad señalaré que han combatido en solitario la legislación antitabaco, plegándose de esta forma a la presión ejercida por los intereses de la industria tabaquera.

Su argumentación respecto de la independencia bávara se inscribe en la tradicional en estos casos. Baviera es más grande que Suecia y que Austria, a quienes nadie niega su condición de Estados independientes. Los bávaros están discriminados financieramente porque han de pagar a otros *Länder* y por ello sienten que son «exprimidos» por Berlín y por las capitales de los *Länder* con dificultades económicas, especialmente los de la antigua DDR (por sus siglas en alemán) y además invocan el «derecho de autodeterminación» que está en la Carta de las Naciones Unidas y en el Acta de Helsinki de 1975 (que habla de la «libre determinación de los pueblos»), pasando por alto el pequeño detalle de que Carta y Acta se refieren a los países coloniales. Mueve a la hilaridad pensar en Baviera como un país sometido a la presión de una potencia extranjera.

Naturalmente rechazan la intromisión de Bruselas en los asuntos bávaros y han criticado sin descanso la tesis de la preeminencia del derecho europeo sobre los derechos nacionales.

La decisión judicial que motiva este comentario ha sido recibida por el *Bayernpartei* obviamente con críticas, aunque, como luego diré, no promovió el pleito que motiva esta decisión judicial.

Pero, con todo, han aprovechado sus dirigentes para declarar que es comprensible la decisión de Karlsruhe y por ello han recordado un dicho muy conocido en alemán: «quien quiere secar una charca nunca debe preguntar a las ranas». Y razonan: cuando los jueces constitucionales sostienen que los *Länder* no son «señores de la Constitución» olvidan que precisamente la Constitu-

ción alemana de 1949 tuvo que ser aprobada por los *Länder* y que Baviera la rechazó. Pero ellos, a su vez, olvidan que, junto a los *Länder*, intervino el *Parlamentarischer Rat*, compuesto por 65 parlamentarios con derecho a voto de los territorios ocupados y 5 sin derecho a voto procedentes de Berlín. Al final, 53 votaron a favor del texto constitucional al que se opusieron fundamentalmente los comunistas y parte de la CSU bávara. Porque sí es cierto, como recordaba el dirigente del *Bayernpartei*, que la única representación de los *Länder* que votó en contra de los trabajos que condujeron a la GG fue Baviera: 101 contra 63 votos y 9 abstenciones, llevando la voz cantante en el rechazo el propio Gobierno del *Land* de Baviera en manos de la CSU (los socialistas y los liberales a favor). Utilizaron el argumento del temor a una excesiva influencia de la Federación sobre los *Länder* y por ello defendieron —entre otras causas perdidas— igualar en peso político al *Bundestag* (la representación de los ciudadanos) y al *Bundesrat* (la de los *Länder*).

Hoy, en el «auto» de Karlsruhe, como hemos visto, se ha invocado el principio de que los *Länder* «no son los señores de la Constitución». Es evidente que los magistrados firmantes han incorporado aquí la terminología procedente del mundo europeo y de su propia jurisprudencia, en la que una y otra vez se insiste en que «los Estados miembros de la UE son los señores de los Tratados», hilo conductor que está sirviendo para tejer sus juicios sobre los asuntos que les llegan desde las instituciones europeas. Conocen bien los jueces de Karlsruhe la fuerza de esa doctrina y por eso la alegan con toda razón: el derecho interno alemán se halla regido por la lógica federal en la que no son los *Länder* quienes atribuyen competencias a la Federación, lo que sí es el caso en el actual derecho europeo, donde son las partes las que dan legitimidad al todo.

Como he adelantado, pocas reflexiones y poco eco podemos encontrar en los medios de comunicación alemanes a este *Beschluss* al que simplemente no han prestado atención. La misma que los jueces del Tribunal, quienes han despachado el asunto en una página escueta.

Tan escueta y sobria que he debido indagar, con mis medios, la personalidad del demandante y los antecedentes del caso, la vía previa recorrida, etc. Para ello escribí al Tribunal una carta en su página *web* y, ante la lentitud de la respuesta, pedí ayuda a mi admirado amigo Michael Stolleis, quien, amable como siempre, me puso en contacto con uno de los magistrados firmantes, Peter M. Huber (después ya me han enviado explicaciones en dos ocasiones desde los servicios del propio Tribunal).

La contestación de nuestro colega y magistrado ha sido contundente: me aclara que el demandante fue un señor particular (no por tanto el *Bayernpartei*), quien, previamente, se había dirigido a la presidencia del Gobierno bávaro con la pretensión de que organizara el referéndum de independencia. El

Gobierno le contestó que tal petición carecía de encaje constitucional y que, además, de producirse, tendría que tener lugar en el conjunto del territorio federal y no solo en Baviera.

Huber me añade que, a su juicio, la argumentación del Tribunal debía producirse en términos claros.

Para evitar, añado yo, perder el tiempo de forma tan lastimosa.

Aquí ha acabado la aventura de este caballero cuya identidad no me ha sido desvelada pero que sin duda se ha alimentado de las fabulaciones que algunos, incluso organizados políticamente, mantienen en Baviera.

Y ya que estamos en ello, si echamos la vista atrás, lo que siempre es aleccionador, debemos reconocer que Baviera ha sido lugar de discordia en la construcción de la unidad alemana. Un territorio durante siglos regido por la familia Wittelsbach y que adquirió la condición de reino como concesión de Napoleón por la fidelidad a él demostrada por quien sería el primer «rey», Maximiliano I José de Baviera, a quien seguiría Luis I..., hasta ser abolida la monarquía en 1918. Hay en todo ese período gobernantes importantes, como el conde Montgelas, un político ilustrado autor de importantes reformas administrativas (se suele citar al barón von Stein, pero se olvida a Montgelas), y el rey Luis I, a quien se debe la construcción de los espacios culturales más importantes que visita cualquier turista hoy en Múnich.

Baviera siempre tuvo, pues, una conciencia de territorio especial —aunque cambiante con las guerras sucesivas— que jugaba sus bazas con Prusia y la vecina Austria. Precisamente, entre las filigranas que hubo de hacer Bismarck para forjar el *Reich* se hallaba la forma de incorporación de los Estados alemanes del sur a la nueva organización. El canciller tuvo que actuar con muchos miramientos prometiendo a Baviera una serie de privilegios como presidencias y competencias exclusivas en el correo, el telégrafo o los ferrocarriles y, al fin, pudo convertir la *Federación del Norte* en el *Imperio alemán* (acuerdos tras la guerra franco-prusiana con los Estados de Hessen, Baden, Baviera y Württemberg). Estos derechos especiales se llamaron *Reservatrechte*, una suerte de nuestros «derechos históricos», que fueron eliminados sin contemplaciones por los legisladores constitucionales de Weimar (Hugo Preuß, aunque siempre cauto, fue muy contundente al referirse a ellos).

Los acuerdos de Bismarck debieron ser ratificados por los órganos constitucionales competentes y en Baviera fueron muchos los diputados que, pese a las cesiones, se abstuvieron o votaron en contra (como vemos, la historia de la actual GG cuenta con precedentes). Al cabo, con algunas dificultades, el *Reich* unido nacía como una modificación y una ampliación de lo fundado por Bismarck en el Norte tras la guerra con Austria. Aunque inicialmente las denominaciones fueron las de Federación alemana y Presidencia federal, al

final se adoptó la de *Deutsches Reich* (imperio alemán) y *Kaiser* (emperador) para designar al conjunto y a su cabeza visible respectivamente.

Es curioso recordar que, en la amplia atención que siempre han dedicado todos los profesores alemanes al concepto de soberanía, fue un jurista, de nuevo bávaro, Max von Seydel, quien se pronunciaría en un trabajo publicado en 1872 (*Über den Bundesstaatsbegriff*) de una forma que ya entonces era solitaria y aun extravagante entre sus compañeros de oficio: la soberanía es indivisible —sostenía— y esta ha quedado residenciada en los Estados (los *Länder* diríamos hoy), por lo que el *Reich* no sería más que una confederación de Estados y el *Bundesrat* una «reunión diplomática». Como digo, Seydel, defendiendo estas opiniones, se quedó prácticamente solo en la doctrina, ya que las mejores plumas (Laband, Georg Jellinek, Georg Meyer...) atribuyeron resueltamente la soberanía al conjunto, no a los Estados, supuesto su carácter indivisible.

Hoy día todo esto es agua que no mueve molino.

Porque, a lo largo de la vigencia de la actual GG, conviene saber que la jurisprudencia constitucional ha ido precisando algunos caracteres del federalismo alemán considerado como una seña de identidad del Estado que, como tal, está incluida en la cláusula de «eternidad» del artículo 79.3.

Y así, en la muy importante y temprana sentencia acerca de la vigencia del concordato con la Iglesia católica de 1933 (26 de marzo de 1957), un pleito en el que se discutía la competencia de la Federación en materia de legislación escolar, el Tribunal subrayó la básica «unidad» de la República federal. Después es constante la atribución a la Federación (al *Bund*) de «la competencia sobre la competencia», lo que significa que la Federación, representante del todo, dispone de facultades para, a través de la reforma constitucional, atribuirse nuevas competencias que hayan pertenecido a los *Länder*.

Interesantes resultan también las afirmaciones de los magistrados sobre la «reorganización territorial» de los *Länder* (reducción o aumento de su número, hoy son dieciséis), una ocupación también temprana del Tribunal motivada por la conflictiva formación del *Land Baden-Württemberg*. En este punto se aseguró (octubre de 1951) que tal «reordenación» era competencia exclusiva de la Federación de manera que la existencia misma de un *Land* se encuentra a disposición de la legislación federal. La realidad era la siguiente: se habían constituido tres *Länder* tras la guerra, Württemberg-Baden, Baden y Württemberg-Hohenzollern. Como se quería por los aliados su unificación, en septiembre de 1950 se consultó a la población sin que se alcanzara ningún resultado indubitado por la diversidad de la respuesta en esos territorios. Se recurrió a una ley federal a la que debía seguir un referéndum acerca de cuyos términos nadie se puso de acuerdo. Entonces es cuando se produce el recurso

en Karlsruhe de resultas del cual se logra constituir el actual (y potente) *Land* de Baden-Württemberg.

Pero la más recurrente de las expresiones manejadas por la jurisprudencia constitucional es la de «lealtad federal». Acerquémonos a ella. En los primeros años del siglo XX fue Smend el autor que se ocupó de definir sus contornos en el marco de sus trabajos sobre derecho constitucional. Smend advierte que es perceptible una relación funcional entre el *Bund* y los *Länder* que está más allá de las fórmulas organizativas concretas puestas en pie por el texto constitucional. De aquí parte su constatación de que existen principios constitucionales «no escritos», uno de los cuales sería este de la fidelidad de los Estados a los compromisos aceptados, lo que también puede formularse como obligación de mantener una relación positiva o constructiva en las relaciones que traban los diversos componentes de ese Estado. Smend maneja mucho en su trabajo los modelos americano y suizo y, a partir de sus enseñanzas, habla de «deberes de conducta amistosa hacia el *Reich*» o de «amabilidad federal». Pese a estas denominaciones, estos principios tienen carácter jurídico-constitucional y su fundamento se halla en el «contrato» sobre el que el propio *Reich* se asienta. Estas consideraciones de Smend se inscriben en el ámbito de los escritos que en aquellos años se producían en Alemania sobre los cambios constitucionales que el *Reich* estaba viviendo desde Bismarck, cambios silenciosos, no previstos ni programados, pero que poco a poco iban configurando un Estado en cierta manera nuevo y más moderno.

Partiendo de estas reflexiones y de otras que vendrían después, el Tribunal Constitucional actual ha ido perfilando esta idea. En tal sentido, es de destacar que, para este órgano judicial, se trata de un «componente característico» del orden constitucional federal del cual son fácilmente deducibles consecuencias jurídicas porque una señal distintiva de la ordenación federal es la permanente colaboración, la vida en común de las partes, no el enfrentamiento. Según una fórmula temprana (de 1952), «el principio de la lealtad federal significa que todos los participantes de la unión constitucional que supone el Estado federal están obligados a colaborar en el mantenimiento de su esencia así como a contribuir a su fortalecimiento y a su salvaguardia. La obligación de entendimiento no tiene efectos tan automáticos como los que derivan del principio democrático de las mayorías y, sin embargo, es suficientemente fuerte para la adopción adecuada de las necesarias decisiones comunes, sirviendo además para poner barreras a la superioridad del *Bund* en interés de los *Länder*». Representa un elemento fundamental de las relaciones entre las instancias territoriales y se origina en el principio básico del federalismo llamado a desplegar todos sus efectos allá donde no existan otras técnicas o instrumentos previstos expresamente en el ordenamiento jurídico.

Se trata, sigue hablando el Tribunal alemán, de un principio constitucional no escrito, aunque no constituye un nuevo tipo de relación jurídica sino

que más bien justifica, modifica o limita derechos y deberes en el marco de una relación jurídica ya existente que, por lo demás, está en íntimo parentesco con las múltiples prohibiciones de «abuso del derecho» conocidas ya de antiguo. Por ello su función es servir de «patrón», de «medida» no escrita en los pleitos constitucionales para «mantener a raya el egoísmo del *Bund* y de los *Länder*», razón por la cual domina no solo las relaciones entre uno y otros sino también las de los *Länder* entre sí.

En esa tarea de «juridificación» del concepto, el Tribunal ha acertado a formular ya concretos deberes jurídicos (siempre dentro del respeto a la libertad política que asiste de forma consustancial a quienes integran un Estado federal) y así: a) nadie puede escapar a la aplicación del principio con el argumento de que otros también lo han hecho (principio que se llama «tu quoque»); b) de él se derivan no solo prohibiciones (un referéndum municipal sobre una cuestión de competencia federal queda vedado por la «lealtad», según expreso pronunciamiento del Tribunal) sino que fundamenta de igual forma «obligaciones de actuar», por ejemplo en materia financiera (los *Länder* más fuertes deben prestar ayuda a los más débiles), de información general, de respeto a las otras partes, de observancia de obligaciones internacionales que haya contraído la Federación (el *Bund*); y c) fundamenta intervenciones de vigilancia en la actividad de los *Länder*.

Pero la mayor importancia la ha adquirido esta idea de la lealtad como «barrera en el ejercicio de las competencias» y, en virtud de ella, aunque una determinada competencia tenga una clara cobertura legal no puede ser ejercida de forma abusiva, sin tener en cuenta los intereses del *Bund* o los de los *Länder*, de forma pues que la aplicación del principio debe tener como consecuencia que nadie resulte dañado por las decisiones de otro.

En fin, respecto de este delicado edificio federal, como lo llamó ya en los años veinte Richard Thoma (*labiler Bundesstaat*), podríamos seguir y seguir escribiendo hasta hacer interminable este breve comentario. Procede observar que, cuando Golo Mann —que no era jurista y veía el panorama desde la óptica del historiador culto e inteligente— escribe en los años sesenta acerca del federalismo de su país (*Deutsche Geschichte des XIX und des XX Jahrhunderts*, 2009), señala que «los *Länder* actúan con acierto como *defensores de la Constitución* y no les faltan ni competencias importantes ni funciones decorativas. Pero la tendencia hacia el *centro*, hacia Bonn, ha ido muy deprisa. La República Federal [...] es un Estado unitario dividido regionalmente [...]». Y en efecto así es: ¿no fue en 1962 cuando apareció en las librerías el libro de Konrad Hesse *Der unitarische Bundesstaat* (El Estado federal unitario)?

Y en esas estamos. La reforma de 2006, de un lado, aumentó algunas de las competencias que venían ostentando los *Länder* en materias como el

derecho de funcionarios, las instituciones docentes, la ejecución penitenciaria de las penas, el derecho de manifestación, el medio ambiente... Pero, de otro, se recortó el inmenso poder que estos habían ido acumulando en el *Bundesrat* al rebajar drásticamente el número de leyes que precisan su acuerdo o consentimiento —lo que había llevado en buena medida al bloqueo en el funcionamiento de los Gobiernos, Kohl y Schröder podrían contarnos...— y asimismo la Federación podría actuar con manos más libres en sus relaciones con Bruselas.

Más allá de estos datos normativos, conviene tener conocimiento de la «temperatura» social que se vivió en torno a esta reforma, tal como quedó reflejada en los medios de comunicación. Para el observador español la lección más importante a extraer es que lo pretendido en Alemania fue una reforma estrictamente técnica, destinada a solventar algunos problemas de funcionamiento del federalismo. Sin pasión política alguna, sin «identidades» en juego, sin «naciones» de por medio, ni deseos por supuesto de separación o ruptura... tampoco de la tradicionalmente conflictiva Baviera, cuyo Gobierno mantiene discrepancias muy serias con el de Berlín, un Gobierno —el bávaro— que le vemos como frecuente demandante ante el Tribunal Constitucional pero que acepta sin rechistar sus decisiones.

De los compromisos alcanzados en 2006 queda en pie, sin que nadie se atreva a abordarlo, el de la reducción del número de *Länder*: dieciséis son demasiados (a juicio de muchos expertos y buena parte de la clase política).

En torno a la financiación, la última Conferencia de Presidentes de los *Länder* que se ha celebrado bajo la presidencia de la canciller (diciembre de 2016, más de diez horas de debate) ha llegado a un acuerdo que en cierta manera supone una vuelta de tuerca en el refuerzo de la Federación frente a los *Länder*. Es probable que obligue a una modificación de la Constitución (lo que allí no se vive como ya he dicho con el *pathos* y los desgarros que empleamos en estos pagos) y que consiste fundamentalmente en reducir la solidaridad interterritorial (que tanto irrita a Baviera) a base de sustituirla por aportaciones del Gobierno federal con transferencias de cuantiosas sumas a partir del año 2020, que es cuando entra en vigor el nuevo modelo. Pero, a cambio, esa aportación federal supone una mayor presencia de Berlín en materias como las infraestructuras o la gestión de las escuelas municipales en situación de crisis, que ahora corresponde a los *Länder*. Hay prevista asimismo una simplificación de la administración de los impuestos y se dotará de mayores poderes al Consejo de Estabilidad (algo parecido a nuestro Consejo de Política fiscal y financiera) para atribuirle un control más determinante sobre el endeudamiento de las administraciones públicas.

Con ocasión del atentado perpetrado en Berlín en la navidad de 2016 ha sido el ministro del Interior quien ha suscitado la necesidad de centralizar las

competencias en materia de seguridad y lucha contra el terrorismo, muy desperdigadas como consecuencia del ejercicio por los *Länder* de sus atribuciones tradicionales en materia de policía (que vienen de muy atrás en la historia). Sus declaraciones han desatado una gran polémica y aun críticas descalificadoras, pero el asunto está planteado y quién sabe si no acabará resolviéndose de una forma muy cercana a la preconizada por el ministro.

Volvamos, para poner punto final, al principio y al *Beschluss* del Tribunal de Karlsruhe que motiva estas páginas. Vemos cómo Alemania, que dispone del sistema federal más afinado de cuantos existen en Europa, aborda la crisis del mismo, hermana de la gran crisis que las instituciones viven en medio mundo, aplicando el tratamiento cauto de los acuerdos entre los actores de la vida política y tomando las medidas que son posibles en un orden jurídico irisado que ha de estar alejado de las convulsiones salvadoras que propician mentes poco maduras.

Y a quien quiera emprender un viaje hacia la erección de nuevas fronteras con herrumbrosos candados proteccionistas y hacerlo llevando en el morral el alimento de pasiones localistas ponzoñosas, unos jueces le recuerdan lacónicamente que «en la República Federal de Alemania, Estado nacional fundamentado en el poder constituyente del pueblo alemán, los *Länder* no son *señores de la Constitución*. En la Constitución no existe ningún espacio para las aspiraciones secesionistas de los *Länder*. Son contrarias al orden constitucional».

Y nadie con autoridad jurídica desenfunda la pluma para hacer distinguos en estas palabras ni aportar sutilezas que permitan seguir dándole al manubrio.

