
ESTUDIOS

EL ESTADO FEDERAL EXPERIMENTAL

Lothar Michael*

Traducido del alemán por Juan Luis Fuentes Osorio

SUMARIO

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

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

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

* Catedrático de la Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

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

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

Con frecuencia se ha reprochado a las teorías del Estado federal bien que no son útiles, bien que han enmarañado la dogmática constitucional sin estar, empero, suficientemente ancladas en el Derecho constitucional vigente². Al respecto, tendríamos que hacernos la siguiente pregunta: ¿qué estudian y qué finalidad tienen las teorías del Estado federal?³ Esta cuestión no ha recibido una respuesta uniforme en todas las teorías del Estado federal, hecho por el que deben ser objeto de explicación y crítica.

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

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

2.1.a) Descripción y conceptualización

El punto de partida de buena parte de las teorías del Estado federal es la descripción del fenómeno y su específica historicidad⁴. En el centro de estas teorías se encuentra siempre el concepto de «Estado federal»⁵. La función conceptual de la teoría del Estado federal se diferencia desde el principio de sus consecuencias (igualmente normativas)⁶. Estos conceptos,

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

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

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

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

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

indiscutidos en el ámbito del Estado federal (como por ejemplo la nacionalidad o la soberanía), son eventualmente los flancos de argumentos dogmático-constitucionales⁷. La provocativa cuestión sobre si la impronta unitaria de Ley Fundamental especialmente se refiere a un Estado federal o, «encubriendo el abandono del federalismo», realmente a un «Estado unitario de facto»^{8 9}, debería cesar con la reforma federal de 2006. La República Federal siempre ha sido un auténtico Estado federal. Esta afirmación queda confirmada por el hecho de que la reforma de 2006 sea un compromiso compensatorio entre Estado y Länder. La reforma, con sus elementos experimentales, es una reconfiguración y no una reintroducción del Estado federal.

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

La teoría del Estado federal se utiliza para distinguir, por un lado, al regionalismo del federalismo; por otro, al Estado federal del Estado confederal. Esta separación conceptual abre perspectivas de comparación de los diferentes niveles entre sí, incluso planteando cuestiones sobre la transferencia parcial de elementos de la teoría del Estado federal al regionalismo o a la estructura de la Unión Europea. De este modo las teorías del Estado federal pueden tener consecuencias ambivalentes. Ello dependerá de si sus elementos deben tener específicamente vigencia y sólo en el Estado federal o si pueden ser trasladados a otros sistemas con varios niveles. Las teorías del Estado federal también aportan fundamentos para la comparación constitucional¹⁰. Esta comparación no sólo es valiosa entre los diferentes Estados federales sino también entre aquellos países que se encuentran a caballo entre el regionalismo y el federalismo, a saber, España e Italia. Se espera y desea que el paso de un Estado federal unitario a otro experimental encuentre atención también fuera de Alemania.

2.1.c) Propósitos de política constitucional

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

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

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

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

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

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

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

Un desafío especial para la teoría del Estado federal es el art. 79.3 GG, que sustrae a la modificación constitucional los «principios» del art. 20 GG y, con ello, igualmente el «Estado federal». Esta norma, como específico Derecho constitucional alemán, no es remisión global alguna a un principio del Estado federal supraestatal o predeterminado. Ahora bien, tampoco puede ser obtenida de la conformación concreta del principio del Estado federal en la Ley Fundamental, cuya modificación en verdad no excluye sino que sólo limita. Aquí, los conceptos, la legitimación, cuestiones de política constitucional y de constitucionalidad aparecen como en un espejo ustorio donde se concentran las teorías generales y especiales del Estado federal. El Derecho constitucional sólo puede cumplir su función protectora si pone a prueba su capacidad de adaptación. Ello vale igualmente para el principio del Estado federal para cuya conformación la misma «cláusula de eternidad» del art. 79 GG deja un espacio de juego. Precisamente, el principio del Estado federal refleja, en circunstancias ideales, el correspondiente Estado de integración¹¹ de la comunidad. Dicho Estado de integración está sujeto per se a un constante cambio. El último, sin embargo, fue dirigido por la fuerza normativa del Derecho constitucional (Konrad Hesse). De este modo Derecho constitucional e historicidad se interrelacionan recíprocamente.

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

2.1.e) La legitimidad del Estado constitucional

¿Se puede considerar que la cuestión relativa a la legitimación constitucional del federalismo es puramente académica sobre todo si se tiene en cuenta que la supresión del principio de Estado federal no es posible según el art. 79.3 GG? ¿Acaso una justificación, en cierto modo «defensiva», del Estado federal confirma únicamente un profundo escepticismo de la teoría del Derecho del Estado¹² frente al Estado federal? No, especialmente porque cuando se pondera el principio del Estado federal con otros principios constitucionales, semejantes motivos de legitimación y su concreta afectación pueden ser decisivos. Una perspectiva eventualmente «más positiva» del federalismo puede, como preconcepción, marcar la dogmática y la política constitucional. Así, quedarían a la vista frutos de la teoría de la legitimación del federalismo con la reforma del Estado federal de 2006, que busca renovar y reforzar el federalismo. Tres motivos de legitimación se sitúan en el primer plano. En primer lugar, el federalismo refuerza la libertad cultural en la medida en que se constitucionaliza la variedad regional. Además, en el ámbito estatal sirve para la protección de las minorías y crea requisitos de integración ciudadana ya que la formación de la mayoría cambia regionalmente. En segundo lugar, el federalismo sirve a la realización de la autodeterminación democrática en un sistema de diferentes niveles de ordenación territorial. Igualmente en este punto encaja la ventaja de la flexibilización de la concurrencia de ideas. En tercer lugar, a través de la descentralización el federalismo alcanza una división adicional, en este caso «vertical», de los poderes. Por consiguiente, no sólo significa un freno de la actividad estatal, lo que a veces se ha reprochado al Estado federal, sino que también posibilita, en el sentido de una adscripción funcional de los poderes, un reparto más efectivo (en cuanto descentralizado) de las competencias.

2.2. Teorías generales del Estado federal

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

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

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

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

El concepto de «Estado federal» está vinculado a una determinada cualidad de los dos niveles de un sistema multinivel. Si el nivel «inferior» no posee esta cualidad entonces hablamos de regionalismo. Si es el nivel superior, en cambio, el que carece de esta cualidad, se trata de una confederación de Estados. La discusión en torno a qué caracteriza conceptualmente al Estado federal está en los orígenes de la teoría política y constitucional. Ya desde el comienzo de la teoría alemana del Derecho político, con la constitucionalización de la nacionalidad soberana en el siglo XIX, produjo quebraderos de cabeza aclarar cómo dos niveles de un Estado federal podían ser ambos estatales y soberanos. Ahora se encuentran cada vez más opiniones (por cierto, en cierta medida de forma paralela a las cuestiones sobre la constitucionalización de los Estados miembros de la UE) que se desprenden de los conceptos de nacionalidad y de soberanía¹³. Con independencia de la cualidad de Derecho del Estado de los diferentes niveles se puede utilizar la teoría, igualmente discutida en Derecho administrativo¹⁴, de la relación jurídica¹⁵, la cual desde luego tiene una naturaleza predominantemente heurística¹⁶. Un pilar más relevante, quid de la cualidad de los ordenamientos federales, será la autonomía constitucional. Mientras que las regiones y los entes locales únicamente tienen una autonomía derivada (del mismo modo que la UE únicamente puede otorgar una Constitución por la vía del acuerdo entre los Estados miembros), en un Estado federal la Federación y los Länder tienen autonomía constitucional.

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

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

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

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

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

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

Los fines y causas de legitimación del Estado federal también pueden ser un punto de partida apropiado de las teorías del Estado federal. Me refiero, en concreto, a la diversidad cultural, por un lado, y a la concurrencia tanto económica como ideal, por otro lado. El Estado federal experimental reforzará precisamente la diversidad cultural y la concurrencia de los Länder. El refuerzo del federalismo cultural y de concurrencia¹⁷ consiste en que proporciona argumentos que resuelven cuestiones jurídicas dudosas. Con ello se corre, empero, el peligro de que lo deseado políticamente se superponga al derecho constitucional vigente en ese ámbito concreto, piénsese por ejemplo en el convenio financiero¹⁸. La historia alemana se encarga de probar que el federalismo cultural no sólo es un fenómeno condicionado históricamente, sino que por el contrario también es un ejemplo para la conformación de la realidad a través del Derecho y así un principio de la teoría general constitucional. El federalismo cultural puede preservar, e igualmente crear, la diversidad cultural. En verdad, la identidad cultural de los Länder ya no se puede comparar con la «marcada individualidad» de los Estados particulares de 1871¹⁹. En verdad, el carácter actual viene condicionado a veces por las circunstancias casuales del periodo de ocupación. No obstante, a partir de estas perturbaciones han crecido nuevas identidades culturales. Así, la ruptura de Prusia ha tenido un efecto positivo sobre la estructura del Estado federal. Incluso la historia del periodo de postguerra produce, como proceso cultural, productos nacionales, dentro de los que también se puede incluir (sobre todo si se ve como un esfumado cultural) la integración de los refugiados. Evidentemente, el federalismo cultural también está históricamente marcado: la nueva conforma-

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

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

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

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

2.2.c) Teorías mixtas del Estado federal

Las teorías mixtas del Estado federal²¹ exigen armonizar diversos enfoques. En vez de responder al conjunto de las concretas cuestiones dogmáticas desde una sola perspectiva, esta teoría ofrece una oportunidad al equilibrio, lo que en un Estado federal es muy difícil de alcanzar y mantener. En vez de reprocharle su discrecionalidad²², sería mucho mejor continuar con el desarrollo de este planteamiento. A ello también podría contribuir la teoría jurídica, por ejemplo con la inserción de un «sistema flexible» de diferentes elementos. Dentro de ese contexto se podría discutir sobre los elementos concretos y su organización. Se puede decir lo mismo de otras teorías con enfoques más o menos mezclados (por ejemplo la de la existencia de dos centros de decisión cuya relación recíproca viene marcada por los principios de libertad, igualdad, solidaridad y por elementos cooperativos²³), sobre las que siempre queda pendiente discutir sobre su corrección y posterior ampliación.

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

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

2.3.a) El Estado federal unitario

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

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

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

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

²³ KORIOTH, (nota 13), p. 97.

cias legislativas pero mucha influencia en la legislación federal. Ello responde a la seguridad jurídica y a la división de poderes. Ahora bien, no es totalmente acertado describir esta conformación característica como la sustitución de una competencia por un federalismo participativo²⁴ ya que también las suficientemente amplias competencias administrativas y jurisdiccionales de los Länder y la aportación de las experiencias de administración de los Länder sobre un Bundesrat ejecutivamente marcado pertenecen de manera esencial al modelo del Estado federal unitario. El punto débil de esta teoría se halla, primero, en que minusvalora el valor intrínseco de los Länder y de las oportunidades de diversidad. Segundo, se reprocha al Estado federal unitario el peligro de la interconexión o confusión política²⁵, ante lo cual ya no es posible una clara imputación de la responsabilidad política.

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

Allí donde se mantienen las competencias de los Länder tampoco es la diversidad la consecuencia necesaria. Y es que la cooperación «a un mismo nivel» es otra posibilidad, inmanente al modelo del Estado federal unitario, de la unificación del Derecho. El Estado federal cooperativo²⁶ no se presenta como alternativa al Estado federal unitario sino como una variante del mismo.

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

El refuerzo del principio de subsidiariedad a través de la nueva redacción del art. 72.2 GG (1994) es un elemento atribuible al modelo del Estado federal unitario. La idea de la subsidiariedad es la corrección cuantitativa de todas las evoluciones centralistas. El principio de subsidiariedad²⁷ rebaja de forma gradual y parcial el centralismo. Cuanto más unitario venga determinado un sistema multinivel más necesario será el uso de una cláusula de subsidiariedad.

²⁴ HANEBECK, (nota 2), p. 33.

²⁵ F. SCHARPF, *Politikverflechtung*, 1999.

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

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

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

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

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

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

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

En cada sistema multinivel hay una tendencia a la unificación del Derecho en el nivel superior. La unificación del Derecho tiene jurídica y económicamente evidentes ventajas. Y es que no sólo pertenece a los motivos de la fundación de Estados federales o de confederaciones de Estados, sino que incluso determina su desarrollo. Evidentemente, la unificación del Derecho conoce sus límites a través de las competencias y eventualmente a través del principio de subsidiariedad; unificación y descentralización se encuentran en una permanente tensión²⁸. El efecto jurídico de semejante unificación del Derecho depende de la relación entre el Derecho de cada nivel.

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

En lo que afecta a los niveles supraestatales es un problema muy complejo. La jurisprudencia sobre concurrencia entre el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal de Justicia de la UE en Luxemburgo, relativa a la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho comunitario, prueba esto de igual manera a como lo hace la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sobre la vinculación de los tribunales alemanes al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo. Mientras que el Derecho comunitario exige una aplicación preferente, los mecanismos de eficacia del Convenio Europeo de Derechos Humanos ya no pueden ser descritos con la categoría de la primacía, pues por un lado el Convenio sólo es válido como Derecho federal ordinario, pero por otro la Ley Fundamental y el Derecho ordinario han de ser interpretados en el sentido del Convenio²⁹.

Sin embargo, en el Estado federal unitario de la Ley Fundamental hay, según el art. 31 GG, una clara y estricta primacía del Derecho federal en relación con el de los Länder, lo que promete condiciones favorables para un Derecho unificado: «el Derecho federal se impone sobre el Derecho del Land» («Bundesrecht bricht Landesrecht»). Ello se encuentra en la tradición del Estado federal alemán³⁰: desde su fundación en 1871 tenía principalmente como objetivo conseguir la unidad jurídica en materias tan importantes como, por ejemplo, el Derecho civil. Este resorte unitario que activa la unidad jurídica presenta excepciones en la reforma federal del 2006, de modo que en el futuro será posible un Derecho del Land distinto. La conocida imagen de la pirámide de las fuentes del Derecho (ya quebrada por el Derecho comunitario europeo y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque tuviera su justificación en el Estado federal unitario puro, fracasa en el ámbito del federalismo.

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

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

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

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

una legislación concurrente según indica la nueva redacción del art. 72.3 GG (por ejemplo, respecto a la caza, a la protección de la naturaleza, del suelo y las aguas, al acceso a los estudios superiores) y, sobre todo, en cuestiones de procedimiento y de organización administrativa, asuntos que con anterioridad eran objeto de regulación unitaria por la Federación con el acuerdo del Bundesrat (Senado) (art. 84.1 GG antigua redacción). Según el art. 72.2.3 o el 84.1.4 GG (a. r.) en lugar del art. 31 GG rige la primacía de la ley posterior. En consecuencia, en esos ámbitos se puede llegar a alcanzar una legislación «concurrente» en el pleno sentido de la palabra. Ello tiene ventajas y desventajas: la lentitud que genera el enfrentamiento en torno al Derecho unitario (hecho que debe ser aceptado) deja paso a una flexible diversidad de normativas. El conjunto recuerda al corte del nudo gordiano con la espada: las fuertes cuerdas que mantienen unido el Estado federal unitario serán anudadas de nuevo. Y es que se ha afectado a las premisas del Estado federal unitario: según Konrad Hesse³¹ la «unidad e igualdad» del Derecho (su «amplia unificación objetiva») es una necesidad interna de la «evolución al Estado social de Derecho». Esta unidad se diluye, obviamente, sólo para determinadas materias, a favor de una nueva diversidad jurídica en el Estado federal alemán. Esta profunda reforma constitucional del sistema se logró mediante un compromiso político que afectó compensatoriamente también a otros elementos del Estado federal unitario.

3.2. La cooperación de los Länder en el nivel federal

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

³¹ HESSE, (nota 1), p. 13.

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

La cuestión relativa a la institucionalización de la representación de los Länder ha encontrado en Derecho comparado diversos modelos. Así, en la Cámara alta, se puede distinguir principalmente el modelo alemán (Bundesrat) del modelo americano (Senado). Lo característico de este último es que los senadores, como representantes electos del pueblo, son parte del legislativo. En cambio, el Bundesrat alemán está compuesto, según el art. 51.1.1 GG, por «miembros de los gobiernos de los Länder», es decir, representantes del ejecutivo, de modo que los votos de un Land únicamente pueden ser emitidos en bloque y sometidos a indicaciones del ejecutivo del Land. Este modelo tiene precedentes históricos en el periodo previo a la formación del Estado federal alemán. Me refiero al «Ständevertretung» (Estados Generales), el conocido «Reichstag» del Sacro Imperio Romano Germánico (no confundir con el posterior Parlamento igualmente denominado «Reichstag», 1871-1919). En el imperio («Kaiserreich») de 1871 se componía el Bundesrat «con los representantes de los miembros de la Federación» (art. 6 de la Constitución imperial – «Reichsverfassung» – de 1871). Como esa Federación era del monarca, dicho órgano servía de corrección monárquica, entre otras instituciones, al parlamento. Rudolf von Gneist³² habla de un «contrapeso», que correspondía a «los intereses de los gobiernos concretos para la auto-conservación», y, en consecuencia, a «antiguos instintos básicos corporativos». Federalismo y feudalismo están históricamente relacionados en Alemania. El modelo del Bundesrat se trasladó a la constitución republicana de 1919 (art. 63.1 WRV: «los Länder serán representados en el Reichsrat por miembros de sus gobiernos») y fue recogida por la Ley Fundamental de 1949. En el modelo del Estado federal unitario el Bundesrat es algo más que una simple reliquia con sentido histórico. Konrad Hesse³³ busca la legitimidad del modelo en un «elemento específicamente administrativo en los Länder», esto es, en un aspecto funcional de la división de poderes: la «experiencia administrativa de los Länder» podría, a través del Bundesrat, «ser fructífera para la legislación federal». Si ello se corresponde en este momento con la realidad política resulta incierto. En todo caso, el modelo del Bundesrat influye de forma relevante en el sistema de gobierno parlamentario y, con ello, en las ordenaciones constitucionales de los Länder. La política federal se apoya así en el centro de la

³² R. V. GNEIST, *Der Rechtsstaat*, 1872, pp. 179 y s.

³³ HESSE, (nota 1), pp. 25, 28 y s.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Constitución no alcanza a realizar en este punto una función importante: la capacidad para hacer posible la política y clarificar las responsabilidades políticas. Informalización y depreciación del procedimiento previsto fueron las consecuencias³⁶. Los debates en el Bundestag y Bundesrat suelen degenerar en foros de recriminación recíproca. Las decisiones recayeron, si acaso, en las comisiones mixtas, compuestas por representantes del Bundestag y el Bundesrat, que no se celebran públicamente.

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

Aquí se rompe una de las evoluciones inmanentes al Estado federal unitario: ya durante la época Weimar vio Rudolf Smend que la participación de los Länder en el poder imperial era una compensación por el poder que éstos habían perdido. Mediante la reforma se invierte esta relación. Los Länder han renunciado al derecho de veto, para recibir (de vuelta) competencias³⁷.

3.3. Reparto y delimitación de competencias

3.3. a) Reparto de competencias

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

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

³⁷ SMEND, (nota 1), p. 119 (270).

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

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

3.3. b) Subsidiariedad como corrección al ejercicio de competencias

Hace ya diez años el legislador constitucional intentó, por lo menos, ralentizar la unitarización de la legislación, así como el grado de erosión de la legislación de los Länder, mediante la cláusula de la subsidiariedad en su nueva formulación del art. 72.2 y 75.2 GG de 1994. Ello ha conducido a que recientemente³⁸ el Tribunal Constitucional alemán revisara³⁹ la necesidad de las normativas de ámbito federal y, en concreto, ha rechazado⁴⁰ en el 2004 la legislación marco sobre la escuela superior. Esta jurisprudencia ha reforzado de forma decisiva la posición negociadora de los Länder en la reforma federal, especialmente para suprimir las competencias marco y sustituirlas por competencias de los Länder.

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

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

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

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

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

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

4. CONCLUSIÓN

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

tivados políticamente. Precisamente el derecho procesal administrativo pertenece a aquellas materias en las que experimentos innovadores de desarrollo jurídico más amplio pueden ser de mayor utilidad. A la teoría constitucional le queda por reconocer que la teoría del Estado federal unitario desvalora el potencial de bloqueo de la colaboración del Bundesrat en la legislación federal y que ha idealizado los elementos cooperativos del Estado federal. Por ello, el modelo cooperativo-unitarista del Estado federal alemán será completado, y en parte sustituido, por elementos de un modelo de Estado federal experimental. No obstante, muchos elementos de la teoría del Estado federal unitario se mantienen vigentes y ganan incluso en importancia: en tanto que le sean reconocidas competencias exclusivas a los Länder valdrá para dichas competencias lo que hasta ahora les fue válido: no excluye recíprocas recepciones, acuerdos que finalmente conduzcan a una situación jurídica relativamente homogénea. El valor de estas competencias del Land reside en las oportunidades de la descentralización de las iniciativas⁴¹.

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

RESUMEN

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

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

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

ABSTRACT

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

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