

EL FEDERALISMO ALEMÁN ANTE LA INTEGRACIÓN EUROPEA*

Jorge Alguacil González-Aurioles**

SUMARIO

- 1.- *Integración europea y Estados compuestos.*
- 2.- *La regulación previa a la reforma.*
- 3.- *El camino de la reforma.*
- 4.- *La reforma del régimen federal en materia de integración europea.*
- 5.- *Conclusiones.*

1. INTEGRACIÓN EUROPEA Y ESTADOS COMPUESTOS

Conforme al principio de autonomía institucional, el ordenamiento europeo respeta las singularidades del Derecho interno, incluso cuando se trata de desarrollar y dar aplicación a sus propias disposiciones¹. Al margen de la vinculación a los principios mencionados en el artículo 6.1 TUE², caben diferencias significativas entre los sistemas políticos e institucionales de los Estados miembros: entre ellos existen monarquías y repúblicas, regímenes parlamentarios y presidencialistas, y también, claro está, Estados federales

* El estudio forma parte del proyecto I+D del Ministerio de Educación “La reforma de los Estatutos de Autonomía en el marco del proceso de constitucionalización de la Unión Europea” (SEJ2005-07735/JURI, 2005-2008), dirigido por Carlos de Cabo Martín.

** Profesor Ayudante de Derecho Constitucional. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

¹ Artículo 6.3 TUE: “La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros”.

² Artículo 6.1 TUE: “La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y en el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”.

y centralizados. El proceso de integración europea respeta la forma estatal de organización del poder; sólo exige que no afecte al deber de todo Estado miembro de lealtad comunitaria y a la garantía de la aplicabilidad y efecto directo del Derecho europeo (artículo 10 TCE).

En efecto, como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, todo Estado miembro es libre para distribuir como considere oportuno las competencias internas. Así, por ejemplo, en su resolución «International Fruit Company»: “Cuando las disposiciones del Tratado o de los Reglamentos reconozcan poderes a los Estados miembros o les supongan obligaciones a los fines de la aplicación del Derecho comunitario, la cuestión de saber de qué manera el ejercicio de esos poderes y la ejecución de esas obligaciones pueda ser confiada por los Estados miembros a órganos internos determinados, afecta únicamente al sistema constitucional de cada Estado miembro”³. Pero ello no debe incidir en los principios que rigen las relaciones entre ordenamientos y que, como es conocido, este tribunal, fijó desde un comienzo⁴. De hecho, la consecuencia de este “principio de indiferencia” del Derecho europeo respecto de la estructura interna del Estado miembro es que no cabe alegar por parte del Estado su estructura federal para justificar el incumplimiento de una obligación comunitaria⁵. Justo la necesidad de compatibilizar estos dos principios, la garantía de que el proceso de integración no afecte al sistema de distribución de competencias del Estado, y la responsabilidad que también adquiere éste de cumplir su deber de lealtad comunitaria, produce especiales dificultades en Estados descentralizados.

Desde la perspectiva europea, la descentralización política de los Estados puede resultar, en definitiva, relativamente indiferente⁶. Pero desde el punto de vista de los Estados miembros con descentralización política, la

³ STJCE de 15 de diciembre de 1971, Rec 1971, p. 1116.

⁴ Nos referimos a los conocidos principios de primacía y efecto directo, cfr. SSTJUE *Costa-Enel* de 15 de julio de 1964, as.4/64 y *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963 as 26/62.

⁵ Así se pronunció el TJCE, por ejemplo, en su sentencia de 25 de mayo de 1982: “Es verdad que cada Estado miembro es libre de distribuir como juzgue oportuno las competencias en el plano interno y de adaptar una directiva por medio de medidas acordadas por autoridades regionales o locales. Esto no podría, sin embargo, dispensarle de la obligación de traducir las disposiciones de la directiva en disposiciones internas que tengan carácter obligatorio”, STJCE, Rec. 1982-5, p. 1833.

⁶ Cfr en cualquier caso las observaciones realizadas por P. CRUZ VILLALÓN, “Las autonomías regionales en el Proyecto de Tratado/Constitución para Europa”, *La constitución inédita. Estudios sobre la constitucionalización de Europa*, Madrid: Trotta, 2004, p. 91 a 94.

integración europea plantea al menos dos tipos de problemas, situados respectivamente en los ámbitos de la creación y de la aplicación del Derecho europeo; podemos encontrar un tercer problema en la responsabilidad financiera del Estado por incumplimiento de las obligaciones que impone el Derecho europeo.

En la fase ascendente de creación del Derecho europeo parece necesaria la participación de representantes no sólo del Estado central en la toma de decisiones; las entidades políticas infraestatales deberían gozar también de alguna forma de participación cuando el Derecho que se vaya a crear afecte directamente al ámbito de competencias que les han sido constitucionalmente deferidas. La transferencia de competencias legislativas de los entes descentralizados a Europa parece exigir para éstos una cierta compensación en forma de participación en la adopción de las decisiones europeas, directamente o mediante la codeterminación de la posición que haya de adoptar el representante del Estado en las deliberaciones y decisiones comunitarias.

En efecto, el ingreso de un Estado compuesto en la Unión Europea supone tanto para el Estado central como para los entes descentralizados una pérdida de competencias. Cuando “la Constitución prevé la descentralización territorial, la habilitación competencial a la Unión afecta también a las regiones autónomas, especialmente si tienen competencias legislativas”⁷. Ahora bien, el Estado central puede ver compensada parcialmente tal pérdida por las posibilidades que se le abren de participación en las instancias europeas; no ocurre lo mismo, al menos en principio, con los entes descentralizados. Y como observa Montilla Martos, por “esta vía, los órganos centrales del Estado «recuperan» los poderes cedidos, o dicho con más rigor, la capacidad para poder influir sobre el ejercicio de la facultad atribuida, también el que correspondía a las instancias regionales, en la misma proporción en que, en su envés, lo pierden éstas (...) Ello “puede producir «descompensación» en el equilibrio interno de poderes, que beneficia a las tendencias «centrípetas» en el proceso de integración europea”⁸.

⁷ J. A. MONTILLA MARTOS, *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 23. Además, y para el caso español, puede sostenerse que estas facultades transferidas a la Unión son en buena parte de titularidad autonómica: el empleo, la política social, la agricultura y la pesca, el medio ambiente, la protección de los consumidores, los transportes, etc, son políticas autonómicas, pp. 23 y 24.

⁸ J. A. MONTILLA MARTOS, *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas*, op. cit., pp. 24 y 25. Para R. BUSTOS GISBERT “se ha producido la aparición de un nuevo factor de centralización de gran importancia: la cooperación internacional o supranacional.

Por eso parece lógico que se garantice también la participación de las entidades dotadas de autonomía política en los procedimientos decisorios de la Unión. Como observa Pérez Calvo, la preservación del equilibrio constitucional entre el Estado y los entes descentralizados exige no sólo el obligado respeto a la distribución de competencias; requiere también la organización de procedimientos que permitan la participación de los entes descentralizados en la formación de la voluntad comunitaria del Estado⁹. Se trataría, en definitiva, de reformular un principio básico de todo Estado complejo: el principio de unidad de acción exterior¹⁰. Las dificultades que esta propuesta pudiera ocasionar en la eficacia y la celeridad en la toma de decisiones europeas del Estado miembro no debería ser una dificultad insalvable.

La denominada fase descendente de aplicación del Derecho europeo hace necesario compatibilizar la eficacia de la incorporación del Derecho europeo con el necesario respeto que dicha aplicación ha de tener para con el sistema de distribución de competencias en el orden interno: la incorporación del Derecho europeo debe ser llevada a cabo por quien ostente la competencia sobre la materia en cuestión, el Estado central o los entes territoriales; mas la autonomía ejecutiva y presupuestaria de los entes descentralizados y del Estado central debe verse sustituida por una necesaria coordinación, a fin de dar cumplimiento al mandato de aplicación uniforme del Derecho comunitario.

Ante el hecho de que en un Estado compuesto no tenga que haber “forzosamente correspondencia entre el sujeto de la obligación internacional y quien deba cumplir con esa obligación en el ordenamiento interno”¹¹, Pérez Calvo aboga para el caso español por la conveniencia de acudir a vías de coordinación y colaboración entre el Estado central y los entes descentralizados como primer paso ante la posibilidad de que el Estado incurra en responsabilidad internacional¹². La separación competencial debe ser sustituida por la coordinación, y los diferentes instrumentos para alcanzar tal fin, previstos o no contemplados en la Constitución, deben estar

Factor centralizador que ha permitido que el poder central recupere el ejercicio de competencias que no le correspondían”, *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 408 y 409.

⁹ A. PÉREZ CALVO, *Estado autonómico y Comunidad europea*, Madrid: Tecnos, 1993, pp. 85 y 86.

¹⁰ R. BUSTOS GISBERT, *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas*, op. cit, p.437.

¹¹ A. PÉREZ CALVO, *Estado autonómico y Comunidad europea*, op. cit, p. 260.

¹² A. PÉREZ CALVO, *Estado autonómico y Comunidad europea*, op. cit, p. 263.

mediados por la cooperación entre entes. El reparto competencial en el proceso aplicativo del Derecho debe vincularse a relaciones de colaboración entre el Estado central y los entes descentralizados. Resulta tópico resaltar, observa Montilla Martos, “la importancia de la colaboración en cualquier articulación de ordenamientos, pues permite el tratamiento consensuado sin alterar la estructura del sistema de distribución del poder”¹³. Frente a fórmulas verticales de ejecución del nuevo Derecho, basadas en la autonomía entre ordenamientos, se ha de imponer la coordinación horizontal.

En último extremo, la falta de actuación de los entes territoriales y la consiguiente responsabilidad ante la Unión Europea, que es necesariamente del Estado central, no debiera irrogarle a éste competencias que pudieran alterar el sistema de reparto interno de distribución competencial. Más bien, parece que la responsabilidad financiera derivada del incumplimiento de las obligaciones comunitarias debe ser distribuida razonablemente entre el Estado central y los entes descentralizados.

2. LA REGULACIÓN PREVIA A LA REFORMA

Los problemas descritos resultaban abordados en Alemania, antes de la reforma, sólo parcialmente, mediante dos artículos de la Ley Fundamental y una ley sobre el trabajo conjunto de la Federación y los Länder en asuntos de la Unión Europea. Como veremos, sólo se daba respuesta al primero de los problemas que plantea la integración europea a los Estados descentralizados, el derivado de la fase ascendente de creación de este Derecho.

Los dos preceptos de la Ley Fundamental de Bonn que se encargaban de regular esta materia eran los artículos 23 y el 52 a). Como es conocido, la reforma que provocó en 1992 la creación del artículo 23 LF¹⁴ fue suscitada principalmente por los Länder. De los siete apartados de que consta el nuevo artículo, cinco (los apartados dos y cuatro a seis) están dedicados

¹³ J. A. MONTILLA MARTOS, *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas*, p.123.

¹⁴ Hasta la creación del artículo 23 LF la participación de los Länder en el proceso de creación de Derecho europeo estaba regulada en el artículo 2 de la Ley alemana de ratificación y aplicación del Acta Única Europea de 19 de diciembre de 1986. Tal participación, su insuficiencia y las razones que provocan por tanto las propuestas de reforma las analiza R. BUSTOS GISBERT, *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas*, op. cit., pp.181 a 199.

expresamente a regular la participación de los Länder en la toma de decisiones europeas; y el primero, como se sabe, no sólo constitucionaliza la participación de Alemania en la Unión Europea y lo somete a la reserva de la salvaguardia de los principios del Estado social y democrático de Derecho, así como de un nivel de protección de los derechos fundamentales equiparable en lo esencial al garantizado por la Ley Fundamental; también condiciona la participación de Alemania en el proceso de integración al respeto de su estructura federal, así como al principio de subsidiariedad.

El artículo 23 regula la participación de los Länder en el proceso de formación de la voluntad política de la Federación en asuntos de la Unión Europea, esto es, su intervención en la fase ascendente de creación del Derecho europeo, atribuyendo un especial protagonismo a la cámara de representación de los Länder, el Bundesrat¹⁵. El apartado primero del artículo 23 impone ya con carácter general que la atribución por ley de derechos de soberanía a las Comunidades Europeas requiere del acuerdo del Consejo Federal, Cámara de representación de los Länder¹⁶. En el apartado segundo se establece en términos generales que “en los asuntos de la Unión Europea participan (...) los Länder a través del Consejo Federal”. Los apartados cuatro a seis de este artículo concretan esta afirmación: en primer lugar, se determina «cuándo» participan: “el Consejo Federal participa en el proceso de formación de la voluntad política de la Federación en tanto que tuviera que participar en la formación de una decisión de naturaleza análoga o que la competencia interna correspondiera a los Länder” (apartado cuatro); en segundo término, «cómo» participan: “cuando en un ámbito de competencias exclusivas de la Federación se afecten los intereses de los Länder o cuando a la Federación corresponda la competencia legislativa (concurrente o marco)” el Gobierno Federal deberá en todo caso “tomar en cuenta el pronunciamiento del Consejo Federal”; si se afectan las competencias legislativas de los Länder (no sólo las exclusivas, sino también las concurrentes y las de desarrollo legislativo de la legislación federal marco) o se afecten su organización o procedimientos administrativos será determinante la postura que adopte el Consejo Federal (apartado 5). En cual-

¹⁵ En general, la participación del Bundesrat en el nuevo proceso la analiza I. PERNICE, “Artikel 23”, DREIER, *Grundgesetzkommentar*, pp. 393 y ss. Sobre el significado del Bundesrat, cfr recientemente en castellano, S. OETER, “La posición del Bundesrat en el sistema constitucional alemán. Consideraciones desde el punto de vista histórico y jurídico constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 16, 2005, pp.181 a 209.

¹⁶ Y ello con independencia de que las competencias transferidas correspondan a los Länder o a la Federación.

quier caso, la obligación que compete a la Federación de tomar en cuenta la postura del Consejo Federal se entiende “sin perjuicio de la responsabilidad de la Federación en cuanto al Estado en su conjunto” (apartado cinco «in fine»). Esta regulación, pues, reduce el margen de apreciación de los órganos federales competentes, pero no lo anula por entero. El Consejo Federal, por último, ha de pronunciarse necesariamente en asuntos que pudieran conducir bien a un aumento del gasto público federal, bien a una reducción de los ingresos de la Federación.

Además, el apartado sexto permite la atribución por parte del Gobierno federal del ejercicio de los derechos que corresponden a Alemania como Estado miembro de la Unión a un representante de los Länder designado por el Consejo Federal, cuando se afecten esencialmente sus competencias. Pero esta posibilidad está sometida a una serie de condicionamientos: en primer lugar, se realiza “sin perjuicio de la responsabilidad de la Federación en cuanto al Estado en su conjunto”; el Gobierno Federal goza así de un cierto margen de apreciación. Además, la representación de los Länder debe llevarse a término “con la participación del Gobierno Federal” y en sintonía con aquél¹⁷.

El apartado tercero a) del artículo 52 de la Ley Fundamental alude a la creación de una Comisión para Europa por parte del Bundesrat. Dispone: “Para asuntos de la Unión Europea, el Bundesrat puede crear una Comisión de Europa, cuyas resoluciones tienen el valor de acuerdos del propio Bundesrat. A efectos de tal Comisión, rige lo establecido en el artículo 51 apartados 2 y 3”. Estos dos apartados del artículo 51 regulan el funcionamiento del Bundesrat. Si por mor de su apartado segundo “cada Land tiene al menos tres votos, los Länder con más de dos millones de habitantes tienen cuatro, los Länder con más de seis millones cinco, los Länder con más de siete millones seis votos”, el apartado tercero concreta que “cada Land puede enviar al Bundesrat tantos miembros como de votos disponga. Los votos de un Land sólo pueden ser emitidos unitariamente y por los miembros presentes o sus representantes”¹⁸.

Una ley sobre el trabajo conjunto de la Federación y los Länder en asuntos de la Unión Europea, que entró en vigor a la par que el Tratado por

¹⁷ El nuevo procedimiento regulado en el artículo 23 LF lo analiza también M. BACIGALUPO, “El impacto del Tratado de la Unión Europea en la reforma constitucional alemana de 21 de diciembre de 1992: el nuevo artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 39, septiembre-diciembre, 1993, cfr. también R. BUSTOS GISBERT, *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas*, op. cit., p. 192 a 213.

¹⁸ Sobre la interpretación de este precepto, cfr. H. MEYER, “Los votos en el Bundesrat”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 17, pp 65 a 105.

el que se creaba una Unión Europea, el 1 de enero de 1993, desarrolla el precepto constitucional. Dispone en primer lugar la obligación de la Federación de informar a la Cámara Federal de todas las cuestiones europeas que puedan tener interés para los Länder (artículo 1); el Bundesrat debe poder pronunciarse ante cualquier proyecto europeo que afecte a los Länder (artículos 2 a 5). Por lo demás, el Bundesrat puede designar cuando se trate de una competencia exclusiva de los Länder a un representante de éstos para defender sus intereses en el Consejo de la Unión, que deberá actuar en coordinación y con el consentimiento del representante del Gobierno federal (artículo 6).

3. EL CAMINO DE LA REFORMA

La reforma del federalismo alemán tiene por objetivo modernizar el sistema federal: se pretende básicamente desliar la maraña que obstaculiza la democracia y la eficiencia entre Federación y Länder, que obstaculiza la eficiencia y la democracia¹⁹. Se había tomado conciencia, al menos, de tres tipos de problemas que afectaban al régimen entonces vigente²⁰: la Federación había utilizado todas las atribuciones que la Ley Fundamental le ofrecía en términos que, con el transcurso del tiempo, amenazaban con anular la capacidad de configuración política a disposición de los Länder²¹. A cambio, el Bundesrat, cámara de representación de los Länder, había adquirido cada vez más competencias²², que amenazaban con alterar el normal desenvolvimiento del régimen democrático parlamentario²³. Por lo

¹⁹ Proyecto de reforma del federalismo presentado el 7 de marzo de 2006.

²⁰ Cfr. I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, "La fallida reforma del federalismo alemán", *Teoría y Realidad Constitucional*, I n.º 16, pp. 378 a 382.

²¹ Si bien las competencias legislativas corresponden a los Länder entretanto la Ley Fundamental no disponga otra cosa (artículo 70 LF), la capacidad legislativa de éstos se encuentra restringida por ciertas atribuciones de la Federación: la legislación marco (artículo 75 LF, sometida a las condiciones del artículo 72.2 LF) y la legislación de principios en materias concretas (artículos 109.3 LF y 140 LF); a esto se añade la capacidad que tiene la Federación de influir sobre políticas que son en principio responsabilidad de los Länder en el ámbito de las llamadas tareas comunitarias (artículo 91 a y b LF) que dan lugar a la financiación mixta y mediante las ayudas financieras (artículo 104 a 4 LF).

²² Inicialmente se preveía que el concurso del Bundesrat sería imprescindible para adoptar leyes federales en un 10% de los casos; la cifra superaba en el momento de plantearse la reforma el 60%.

²³ El Bundesrat gozaba así de la capacidad para bloquear la mayor parte de las iniciativas legislativas apoyadas por la mayoría del Bundestag que sostiene al Gobierno. Uno de los objetivos básicos de la reforma es reducir el número de las leyes que exigen la aprobación de las dos cámaras, las denominadas *Zustimmungsgesetze*.

demás, el federalismo cooperativo, orientado hacia la participación de los diversos niveles territoriales en la adopción de decisiones unitarias, resultaba disfuncional a las necesidades competitivas que imponía la globalización. Estos tres problemas básicos orientan la reforma en un sentido bien preciso: distribuir con más claridad las competencias de los Länder y la Federación, reducir el peso del Bundesrat en la elaboración de la legislación federal y asumir un federalismo competitivo que otorgue una amplia capacidad de configuración autónoma a los Länder²⁴.

Los problemas planteados a nivel general determinan las discusiones sobre la eventual reforma del artículo sobre Europa. Como veremos, la participación del Bundesrat en la toma de decisiones europeas, que de forma tan generosa consagra el primigenio artículo 23 LF, se contempla por la Federación como disfuncional a las necesidades de eficacia que impone la toma de decisiones europeas; los representantes de los Länder podrían aceptar reducir su participación si se atribuye a cambio más peso a los Länder en la toma de decisiones europeas, pero ahora a través de la participación directa y exclusiva del Land que pueda resultar afectado por la competencia en cuestión. Así lo pone de manifiesto Stoiber en la sesión conjunta del viernes 14 de mayo de 2004 del Bundestag y el Bundesrat para la modernización del orden federal. En su opinión, sólo cabe hacer una reforma cuando fruto de ésta haya dos vencedores: la Federación y los Länder. Si aquélla quiere liberarse de las estrechas ataduras que impone la participación del Bundesrat en la toma de decisiones europeas habrá de aceptar un incremento de la capacidad de actuación autónoma de los Länder en los asuntos europeos que les incumben²⁵.

3.1. La comisión del Bundestag y el Bundesrat para la modernización del orden federal

La comisión conjunta del Bundestag y el Bundesrat, creada mediante resoluciones adoptadas los días 16 y 17 de octubre de 2003, tenía como objetivo elevar propuestas a las cámaras legislativas con vistas a la modernización del régimen federal de Alemania. Ciertamente, esta comisión no pudo llegar a un acuerdo sobre las reformas a realizar, y así se hizo saber el 17 de diciembre de 2004. Pero los debates desarrollados, y en concreto

²⁴ M. Á MARTÍN VIDA, "La reforma del federalismo alemán. Una visión general", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18.

²⁵ E. STOIBER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 127.

el desplegado el viernes 14 de mayo de 2004, en el que se celebró una sesión monográfica dedicada a la incidencia del orden europeo en el federalismo alemán, orientan sobre los conflictos existentes y las eventuales decisiones que en un futuro se habrían de adoptar.

Como hemos señalado más arriba, tres son los problemas que plantea el Derecho europeo a los regímenes federales; en torno a los mismos se articulan las discusiones. El primer aspecto del debate, que resultó también el más discutido, fue el relativo a la denominada fase ascendente de creación del Derecho europeo. Las facultades atribuidas al Bundesrat en el artículo 23 LF encaminadas a permitir la participación de los Länder en la toma de decisiones comunitarias se perciben por todas aquellas posiciones no defensoras exclusivamente de los intereses de los Länder como un bloqueo de las posibilidades de acción y decisión de Alemania en el contexto de la Unión Europea. La crítica a las mismas es muy dura: restringen directa o indirectamente la capacidad de maniobra de los representantes de Alemania en el Consejo de la Unión Europea; las rigideces impuestas por el mandato constitucional dificultan llegar a acuerdos con otros Estados miembros de la Unión. Se perjudica así la posibilidad de que Alemania negocie, reaccione y forme alianzas en función de los complejos debates europeos. Así se expresa, a modo de ejemplo, Schwall-Düren, para quien han de reducirse las posibilidades de participación de los Länder que otorga el artículo 23 LF; establecer un mandato imperativo en la representación dificulta hasta el extremo la posición negociadora de Alemania²⁶. El artículo 23 LF, se dice, incide de forma muy negativa, en definitiva, los intereses generales de Alemania, que incluyen a los de sus Länder. De hecho, se observa cómo los problemas y las dificultades impuestas por las rigideces del procedimiento se han evitado en la medida en que, pragmáticamente, se han desatendido u obviado las exigencias constitucionales; para la ministra Zypries, la representación de Alemania en Europa funciona bien, pero sólo porque los Länder no han usado en su plenitud los derechos que este precepto les otorga²⁷. Esto confirmaría la necesidad de modificar el precepto a fin de asegurar su normatividad.

La posición de los representantes de los Länder se articula a través de dos premisas básicas: de un lado, no encuentran razones para modificar un texto que en su opinión no ha planteado mayores problemas; el Gobierno

²⁶ A. SCHWALL-DÜREN, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 129.

²⁷ B. ZYPRIES, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 132.

ha prestado su colaboración en los problemas que la aplicación de este artículo ha conllevado, y la actuación del Bundesrat ha sido prudente y responsable²⁸. La ausencia de conflictos confirma precisamente la bondad de la disposición constitucional, que habría actuado como garantía preventiva de la posición de los Länder²⁹. Admiten, en cualquier caso, que quizá quepa una modificación del precepto, pero justo en el sentido contrario al propuesto. Cabría precisar y formalizar la obligación del Gobierno de atenerse a las indicaciones del Bundesrat en ciertos supuestos³⁰; entienden también necesario ampliar los supuestos en que la representación de Alemania debe deferirse a un comisionado de los Länder a todos los casos en los que la Unión trate sobre competencias que les correspondan³¹.

En cualquier caso, y como anticipa Robert Röttgen, en la Comisión parece insuperable la tensión entre eficiencia y democracia; el artículo 23 LF tampoco parece haber logrado resolverlo maximizando ambas variables. Una decisión que primara la eficiencia sobre la democracia debería permitir al Gobierno decidir en Europa sin la participación del Bundestag y del Bundesrat. El principio democrático impone tal participación, al menos para permitir el control parlamentario también en asuntos europeos³².

Como alternativa a este bloqueo, Dieter Grimm había propuesto reducir el precepto constitucional a principios básicos, sobre los que sí existía acuerdo. La Carta Magna únicamente debería hacer constar la garantía de la mayor participación posible del Bundestag y de los Länder en la determinación de los criterios de actuación de Alemania ante la Unión Europea, la máxima eficacia en la representación exterior de esos criterios, y por

²⁸ H. MARTIN, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 137, W. SCHÖN, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004 pp. 149 ss.

²⁹ W. GERHARDS, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 138. Ya lo había hecho notar el propio STOIBER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 84. GEIGER había replicado de inmediato que tal eficacia anticipada constriñe indebidamente la capacidad de acción alemana.

³⁰ R. SCHOLZ, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p.141, M. HUBER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004 p. 151.

³¹ R. BÖHMLER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 135.

³² N. RÖTTGEN, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004 p. 139.

tanto su concentración en manos del Gobierno federal; por último, la óptima articulación de mecanismos de control y rendición de cuentas por parte del Gobierno³³. En definitiva se trataría, a juicio de Grimm, de no confundir la función de la Constitución con la función de las leyes, de no pretender constitucionalizar modelos en el orden social cerrados que ahoguen el pluralismo político, de no constitucionalizar pretendidas soluciones estructurales a problemas coyunturales.

Sin embargo, la propuesta fue rechazada de inmediato por Edmund Stoiber que apeló al valor simbólico que para los Länder tenían las garantías institucionalizadas en el artículo 23 LF. Si este artículo ha sido el único precepto que en los últimos cuarenta años ha mejorado la posición de los Länder frente a la Federación, su reforma en el sentido indicado debe quedar definitivamente descartada³⁴. Hans Meyer insiste en que, en la tensión entre eficiencia de la representación de Alemania y organización federal y democrática, aquélla fija el marco de posibilidades de ésta; y, por lo demás, el elemento federal y el democrático debe ser organizado. Stoiber ha apelado al valor simbólico del artículo 23 LF; pero este precepto sería mucho más valioso si realmente se cumpliera³⁵.

La intervención de Hans Peter Schneider se articula a partir de la necesaria coordinación y colaboración que debe darse entre representantes de la Federación y de los Länder. Apuesta por insertar en la relación entre la Federación y los Länder mecanismos propios del federalismo cooperativo; y ello desde el convencimiento de que este modelo de federalismo es el que mejor se acomoda al vigente constitucionalismo³⁶. Entre sus propuestas está, en primer lugar, que el representante permanente del gobierno federal en Alemania cree junto con el representante de los Länder ante Bruselas un Consejo Consultivo de los Länder. Este Consejo, que en su opinión debería reunirse semanalmente, debería ser el foro adecuado para que los Länder y la Federación pudiesen negociar la posición de Alemania

³³ D. GRIMM, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 152.

³⁴ E. STOIBER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 152.

³⁵ H. MEYER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 155, 156

³⁶ El federalismo cooperativo ya había sido objeto de análisis por H. P. SCHNEIDER bastante tiempo atrás, "El Estado federal cooperativo. Problemas actuales del federalismo en la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos* nº 12, 1979, pp. 41 a 61. En su opinión, "el federalismo cooperativo no es una panacea, pero sí el mejor camino para un ulterior desarrollo del orden federativo dentro del derecho constitucional vigente", p. 61

ante la Unión. En segundo lugar, cree conveniente reforzar la cámara europea del Bundesrat, que debería ejercer realmente las funciones que el artículo 23 LF le encomienda. Tal reforzamiento debe conducir incluso a hacer del Presidente de esta comisión una suerte de apoderado de los Länder, que dirija, junto con el representante permanente de Alemania, el Consejo Consultivo de los Länder. Además, cree que el Gobierno federal debería crear un Ministerio para Europa que coordinara todas estas acciones; el ministro para Europa debería ser precisamente el representante permanente de Alemania³⁷. La forma de articular la toma de decisiones de Alemania en Europa combinaría así en dosis razonables eficacia y democracia. Los órganos de la Unión tan sólo deberían relacionarse con el representante permanente de Alemania. Pero éste habría de tomar sus decisiones en el Consejo de los Länder; cuando afectara a una competencia exclusiva de la Federación la decisión la adoptaría el representante permanente de Alemania de acuerdo con el representante de los Länder. Si la materia en cuestión afectara a una competencia exclusiva de los Länder la decisión la adoptará el representante de los Länder de acuerdo con el representante permanente de Alemania. Al reunirse este Consejo semanalmente se asegura la toma de decisiones de forma rápida y eficaz³⁸.

Steenblock y el propio Grimm consideran aceptables las propuestas de Schneider³⁹, pero como él mismo había indicado, no necesariamente deben introducirse en la Constitución. Precisamente por ello esta propuesta no encuentra mayor eco en la Comisión, orientada justamente a preparar reformas constitucionales. Los desacuerdos de principio entre la Federación y los Länder resultaban demasiado profundos; pero la realidad política inmediata no forzaba a superarlos. La poco conflictiva experiencia del artículo 23 LF resulta decisiva para acordar, en el tramo final de las negociaciones de aquella Comisión, el mantenimiento del «status quo».

El segundo punto del debate se articula a partir de los problemas que genera en un Estado compuesto como Alemania la ejecución del Derecho europeo. Brigitte Zipries alude ya a estas dificultades en la sesión constitutiva de la Comisión: los numerosos incumplimientos son en buena medida

³⁷ H. P. SCHNEIDER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 142.

³⁸ En el documento publicado por el Instituto para la investigación de la reforma del federalismo de la Universidad de Hannover dirigido por el Profesor SCHNEIDER puede verse un esquema de la propuesta realizada, KD 0042.

³⁹ R. STEENBLOCK *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 143.

responsabilidad de los Länder; mas también es decisiva la dificultad de precisar quién es responsable de incorporar directivas que en absoluto se adaptan a las delimitaciones competenciales establecidas por la Ley Fundamental⁴⁰. Geiger hace notar las dificultades de Alemania para incorporar el Derecho europeo; una de las razones, en su opinión, es la compleja distribución de competencias entre la Federación y los Länder. Ofrece el ejemplo de la regulación del medio ambiente: el Derecho europeo contempla en una misma normativa cuestiones referentes al aire, al agua y al suelo, competencias que en Alemania se encuentran repartidas entre la Federación y los Länder⁴¹.

Ciertamente, parece lógico partir del principio de autonomía institucional, como señala Gerhards: la incorporación del Derecho de la Unión Europea debe realizarse conforme al reparto de competencias interno⁴². Pero la Federación es quien ha de responder del incumplimiento de la obligación comunitaria, y también podría ser necesario que ésta pudiera asegurar su cumplimiento efectivo sea quien sea el encargado de realizarlo.

Para superar esta situación se plantean diferentes posibilidades: se podría atribuir a la Federación una competencia general al respecto; los Länder gozarían del derecho a apartarse de esta regulación⁴³. Precisamente la reordenación de la competencia legislativa concurrente entre la Federación y los Länder podría permitir adoptar esta solución. La propuesta de Gerhards sin embargo es más compleja: incluye una garantía a favor de la regulación de la Federación cuando se estime que la del Land es contraria al Derecho comunitario, a fin de reducir los supuestos de incumplimiento⁴⁴. Podría también articularse un procedimiento cooperativo que otorgara a la Federación una competencia general para dictar una legislación marco limitada a los principios exigidos al Estado por la normativa comunitaria; los Länder podrían regular las particularidades. Así lo plantean Scholz⁴⁵ y Schmidt-

⁴⁰ B. ZYPRIES, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 19.

⁴¹ H. GEIGER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 156.

⁴² W. GERHARDS, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, pp. 157 y 158.

⁴³ M. HUBER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, pp. 55 y ss. y 88.

⁴⁴ W. GERHARDS, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 156.

⁴⁵ R. SCHOLZ, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 74.

Jortzig⁴⁶; Geiger invoca las inevitables dilaciones que conllevaría tal proceso⁴⁷, poniendo de nuevo en evidencia las tensiones difícilmente articulables, en este caso, entre el principio federal y la eficiencia que exige el Derecho europeo en el cumplimiento de las obligaciones que impone al Estado.

La tercera cuestión discutida es a quién corresponde en un Estado federal la responsabilidad financiera derivada de los eventuales incumplimientos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la Unión Europea. Como es conocido, el Derecho europeo atribuye en exclusiva al Estado central, en nuestro caso a la Federación, la responsabilidad financiera derivada del incumplimiento de sus obligaciones. Pero si tales obligaciones se proyectan sobre competencias y tareas distribuidas en el seno del Estado federal, la situación generada parece injusta. Por lo demás, el déficit excesivo de Alemania amenaza con poner en marcha este régimen de responsabilidad y se hace imprescindible determinar un reparto de la responsabilidad entre la Federación y los Länder. Las intervenciones en esta materia son pocas: Schäfer pone de manifiesto que la Federación sólo es responsable del 47% del presupuesto total⁴⁸, y para Eichel sólo cabe tomar como base del reparto de responsabilidades las cifras de habitantes⁴⁹. En cualquier caso, Stoiber y Münterfering acuerdan en un texto el 13 de diciembre de 2004 cómo se determina la responsabilidad financiera, que se repartirá entre Federación y Länder en una proporción precisa: el 65% corresponde al Bund y el 35% a los Länder; de esta cifra, el 65% se distribuiría entre ellos en atención a la participación en el déficit, el 35% restante se atendería al criterio, que se estima solidario, del número de habitantes.

3.2. Del acuerdo de coalición a la aprobación de la reforma constitucional

El pacto de coalición entre democristianos (CDU), socialcristianos (CSU) y socialdemócratas (SPD) firmado el 18 de noviembre de 2005 pone fin a la situación de incertidumbre que habían causado los resultados de las elecciones celebradas en Alemania el 19 de septiembre de 2005. Incluye como uno de sus apéndices el resultado de las negociaciones entre la

⁴⁶ E. SCHMIDT-JORTZIG, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, pp. 75 y 76.

⁴⁷ H. GEIGER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, pp. 73, 75 y ss.

⁴⁸ A. SCHÄFER, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 159.

⁴⁹ H. EICHEL, *Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la modernización del orden federal*. Sexta sesión, viernes, 14 de mayo de 2004, p. 159.

Federación y los Länder sobre la base de las conversaciones entre Münterfering y Stoiber. En su última propuesta de diciembre de 2004 éstos habrían dejado fuera el tema del artículo 23 y, por ello, todo lo relacionado con Europa, por considerar imposible superar la situación de bloqueo. Sólo aparecía la cuestión del reparto financiero. En el acuerdo de coalición, sin embargo, se supera esta situación y se alcanza a proponer una mínima reforma en el artículo 23 LF. El acuerdo, por tanto, se extiende a todas las cuestiones debatidas en la sexta sesión conjunta del Bundestag y del Bundesrat del viernes 14 de mayo de 2004. Aborda tanto la fase ascendente de creación de Derecho europeo como la fase descendente de incorporación de este Derecho; también se tratan las consecuencias de los eventuales incumplimientos del Pacto de Estabilidad europeo. Para estos dos últimos supuestos se plantea la creación de un sistema claro de reparto de cargas entre la Federación y los Länder; pero además, las nuevas formas de articulación competencial podrían facilitar una respuesta más eficaz a la exigencia de incorporación de la normativa comunitaria.

Esto se articula mediante la reforma de dos apartados de dos artículos de la Ley Fundamental, el 23.6 y el 52.3 a, y la incorporación de dos nuevos apartados, el sexto del artículo 104 y el quinto del artículo 109, además de otras modificaciones legislativas. Se proponen asimismo mejoras para la coordinación entre la Federación y los Länder en la toma de decisiones europeas, mecanismos cooperativos en la línea postulada por Schneider. Sin embargo, al postergar su entrada en vigor a un eventual acuerdo entre la Federación y los Länder, la reforma no tiene propuestas concretas encaminadas a asegurar la introducción de mecanismos propios del federalismo cooperativo.

El proyecto de reforma del federalismo alemán presentado el 7 de marzo de 2006 por los grupos parlamentarios de la CDU/CSU y del SPD en el Bundestag y por cuatro Länder en el Bundesrat⁵⁰ recoge, como no podía ser de otro modo, las propuestas realizadas en el pacto de coalición, y comprende un proyecto de modificación de la Ley Fundamental de Bonn y una ley de acompañamiento que incluye la modificación y creación de diferentes leyes que afectan a las materias reformadas. El amplio respaldo popular con la que cuenta esta gran coalición entre los dos grandes partidos alemanes permite aprobar en el Parlamento sin dificultades la reforma constitucional propuesta.

⁵⁰ El proyecto de reforma de la Ley Fundamental de Bonn es la D 16/813; el proyecto de reforma de la ley de acompañamiento es la D16/814.

En la primera parte del proyecto de ley de modificación de la Ley Fundamental (D 16/813) constan las reformas planteadas: el artículo primero recoge las reformas de la Ley Fundamental y el artículo segundo regula su entrada en vigor, que será al día siguiente de su publicación. La segunda parte se dedica a explicar las modificaciones propuestas, y ello comprende tanto una explicación general de la reforma como una justificación específica de cada una de las modificaciones propuestas⁵¹. El apartado segundo del artículo primero postula la reforma del apartado sexto del artículo 23 LF: se reducen las competencias exclusivas de los Länder que les permiten una intervención directa en las instituciones europeas a la educación no superior, la cultura y la radiodifusión; en estas materias, como veremos, se refuerza la obligación de la Federación de delegar en los Länder la representación. Además se señala que en un convenio entre la Federación y los Länder se regulará la información y participación de éstos en asuntos que no afecten a las materias exclusivas a que se había hecho antes referencia. El apartado cuarto recoge la modificación del apartado tercero a) del artículo 52 LF, que suprime la referencia al apartado tercero del artículo 51 LF que alude, como hemos visto, a que cada Land pueda enviar al Bundesrat tantos miembros como votos disponga.

Merced al apartado decimosexto, debe añadirse después del apartado quinto del artículo 104 a) un apartado sexto que establece un sistema de reparto de responsabilidad entre la Federación y los Länder. El apartado vigésimo regula la creación de un nuevo apartado quinto al artículo 109; vuelve a insertar, como veremos, un sistema de reparto de la responsabilidad entre la Federación y los Länder para el supuesto de incumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento europeo. Si los Länder son un componente esencial del sector estatal contribuyen de forma también al déficit general del Estado, según se dice en la explicación de la modificación del artículo. El apartado séptimo del artículo 1 modifica el artículo 74 LF.

El artículo segundo del proyecto de ley de acompañamiento (D 16/814) plantea la reforma de la Ley sobre el trabajo conjunto de la Federación y los Länder en asuntos de la Unión Europea; el apartado segundo del artículo sexto se modifica a fin de regular la participación de los Länder también en materias de competencia exclusiva que no sean las conocidas de educación no superior, de cultura y de radiodifusión. Pero no se recogen las propuestas de mejora del trabajo conjunto entre la Federación y los Länder

⁵¹ La primera parte, en la que se exponen las modificaciones a la Ley Fundamental, consta de dos artículos; en el primero se hacen constar las reformas, el segundo regula la entrada en vigor de la ley. La segunda parte se dedica a explicar las modificaciones.

pues como se indica en el pacto de coalición éstas deben hacerse constar en un acuerdo entre éstos. Conforme al artículo 15 se crea la ley de reparto de cargas entre Federación y Länder en el supuesto de lesión de las obligaciones supranacionales o internacionales la ley de reparto de cargas entre Federación y Länder.

El 15 de mayo de 2006 comenzaron unas sesiones informativas sobre la reforma del federalismo en sesión conjunta del Bundestag y del Bundesrat. Se celebraron a lo largo de siete días⁵²; el martes, 16 de mayo, se trató el tema de la reforma del federalismo y Europa⁵³. Las sesiones se articulan a partir de preguntas formuladas por los representantes populares a una gran cantidad de expertos. A diferencia del debate celebrado el 14 de mayo de 2004, en el que los expertos formulaban sus criterios con autonomía, aquí se enfrentan a un texto concreto que han de valorar. En cualquier caso, las opiniones formuladas⁵⁴ nos servirán para la valoración final de la reforma. Especialmente interesantes son, como veremos, las observaciones realizadas por Hans Meyer, Christoph Möllers y Fritz Scharpf.

La ley definitivamente aprobada de reforma de la Ley Fundamental recoge en idénticos términos lo planteado en el proyecto; la ley de acompañamiento hace lo propio: el artículo segundo recoge la reforma de la Ley sobre el trabajo conjunto de la Federación y los Länder en asuntos de la Unión Europea; el artículo quince incorpora la ley de reparto de cargas entre Federación y Länder en el supuesto de lesión de las obligaciones supranacionales o internacionales. La reforma, aprobada por el Bundestag el 30 de junio y por el Bundesrat el 7 de julio, entró en vigor el primero de septiembre de 2006.

4. LA REFORMA DEL RÉGIMEN FEDERAL EN MATERIA DE INTEGRACIÓN EUROPEA

4.1. *Fase ascendente: creación de Derecho europeo*

La participación de los Länder en la fase ascendente de creación de Derecho europeo provoca la modificación parcial del apartado sexto del

⁵² Todas las sesiones pueden encontrarse en la página web que el Bundestag dedica a la reforma, <http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/foederalismusreform/index.html>

⁵³ http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/foederalismusreform/Protokolle/01_Protokoll_Allgemeir

⁵⁴ Estas opiniones no sólo se reflejan en la contestación directa a las preguntas de los diputados, también en los dictámenes que presentan los diferentes expertos y que se incluyen en las actas de la propia sesión.

artículo 23 LF y del apartado 3 a) del artículo 52 LF. En su versión original el artículo 23.6 LF dispone: “Si como asunto central son abordadas competencias exclusivas de los Länder, el ejercicio de los derechos que corresponden a Alemania como miembro de la Unión Europea debe ser transferido por la Federación a un representante de los Länder designado por el Bundesrat. Tales derechos son ejercidos con la participación y de acuerdo con el Gobierno Federal, sin perjuicio de la preservación de la plena responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto”. La modificación consiste, de un lado, en concretar las competencias exclusivas de los Länder en las que éstos pueden hacer uso de tal derecho. De otro, en reforzar la obligación de la Federación de delegar en ese caso el ejercicio de los derechos a los Länder.

Éstos sólo pueden disponer de las facultades que les otorga este artículo en materias de educación no superior, de cultura o de radiodifusión. El significado político de esta restricción es evidente, especialmente cuando la reforma amplía las competencias exclusivas de los Länder, que éstos por tanto podrían hacer valer a través del artículo 23.6 LF; también resulta significativa la vinculación de estas materias con la garantía de la identidad cultural de los Länder. En sentido contrario, se sustituye el deber de la Federación de transferir a los Länder su derecho de representar en Europa a la República Federal, cuya efectividad dependía de la decisión del Bundesrat de nombrar al correspondiente representante de los Länder, por una obligación incondicionada que reduce los márgenes de acción; si antes se empleaba la correspondiente forma del verbo «sollen», ahora se apela al valor del imperativo que incorpora el futuro construido con el modal «werden». El nuevo artículo quedaría así: “Si como asunto central son abordadas competencias exclusivas de los Länder «en materias de educación no superior, de cultura o de radiodifusión», el ejercicio de los derechos que corresponden a Alemania como miembro de la Unión Europea se transferirá por parte de la Federación a un representante de los Länder designado por el Bundesrat. Tales derechos son ejercidos con la participación y de acuerdo con el Gobierno Federal, sin perjuicio de la preservación de la plena responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto”.

En el texto de acompañamiento se reforma la Ley sobre el trabajo conjunto de la Federación y los Länder en asuntos de la Unión Europea⁵⁵, añadiendo en el apartado segundo de su artículo sexto a lo dicho sobre la

⁵⁵ BGBl I 1993, 313, 12 de marzo de 1993.

participación de los Länder (que el Bundesrat sólo puede designar a un representante de los Länder y que éste ha de actuar en coordinación y con el consentimiento del representante del Gobierno federal) qué ocurre cuando se tratan competencias que no son de educación no superior, de cultura o de radiodifusión, pero que sin embargo son también competencias exclusivas de los Länder. Para las reuniones del Consejo de Ministros el Bundesrat puede, como representante de los Länder, atribuir a miembros de sus gobiernos el rango ministerial para que estén autorizados, en coordinación con el representante del gobierno federal, a exponer las observaciones que estimen pertinentes. En el caso de proyectos sobre materias de exclusiva competencia de los Länder pero que sin embargo no sean las conocidas materias de educación no superior, de cultura o de radiodifusión, el gobierno federal realiza las funciones de negociación en los gremios consultivos de la Comisión y del Consejo en coordinación con el representante de los Länder.

El primigenio artículo 52.3 a), como indicamos anteriormente, disponía: “Para asuntos de la Unión Europea, el Bundesrat puede crear una Comisión para Europa, cuyas resoluciones tienen el valor de acuerdos del propio Bundesrat. A efectos de tal Comisión, rige lo establecido en el artículo 51 apartados 2 y 3”⁵⁶. La reforma supone que los votos de la Comisión para Europa no necesitan ser emitidos por miembros del Bundesrat que estén presentes en la correspondiente sesión; se suprime la referencia al apartado tercero del artículo 51 LF. Con ello se pretende facilitar que la adopción de decisiones finales se formalice con mayor agilidad, sin necesidad siquiera de “sesiones” a las que fueran “enviados” representantes al Bundesrat; de este modo, los votos de los Länder se podrían enviar incluso por escrito y sin deliberación.

Las propuestas de cooperación entre Federación y Länder formuladas en el Acuerdo de Coalición, como señalamos anteriormente, se relegan a un pacto ulterior, referido tanto a la fase inicial de preparación del Derecho como a la fase final de negociación y decisión en el Consejo. Respecto a la primera fase, se plantea mejorar la información recíproca entre la Federación y los Länder a fin de poder identificar las potenciales iniciativas más cuestionables. Por lo que se refiere a la última fase, los Länder aseguran

⁵⁶ Artículo 51.2 LF: “Cada Land tiene al menos tres votos, los Länder con más de dos millones de habitantes tienen cuatro, los Länder con más de seis millones cinco, los Länder con más de siete millones seis votos”. Artículo 51.3 LF: “Cada Land puede enviar al Bundesrat tantos miembros como de votos disponga. Los votos de un Land sólo pueden ser emitidos unitariamente y por los miembros presentes o sus representantes”.

su capacidad decisoria a través de la convocatoria de la Comisión de Asuntos Europeos, mientras que la Federación debe indicar a los Länder cuándo la coyuntura de decisión ha cambiado sustancialmente y por lo tanto es preciso una nueva toma de posición del Bundesrat.

4.2. Fase descendente: incorporación del Derecho europeo

La fase descendente de incorporación del Derecho europeo provoca la creación de un nuevo apartado sexto al artículo 104 LF. Dispone: “La Federación y los Länder soportan las consecuencias de una infracción de las obligaciones supranacionales o internacionales de Alemania de conformidad con la distribución de competencias y tareas en el seno del Estado. Los reintegros financieros a la Unión Europea que afecten a varios Länder son asumidos por la Federación y los Länder en una relación de 15 a 85; el conjunto de los Länder asume de forma solidaria el 35% del total conforme a un criterio de distribución general, mientras que el 50% restante será soportado por los Länder que hayan dado lugar al reintegro de forma proporcional al importe de los recursos percibidos. El desarrollo de este precepto corresponde a una ley federal adoptada con el acuerdo del Bundesrat”.

Esto supone que, en principio, responde por la lesión de las obligaciones internacionales o supranacionales quien según el orden interno de competencias debiera haber dado cumplimiento a la correspondiente obligación; así lo dispone, por lo demás, el artículo primero de la nueva ley de reparto de cargas entre la Federación y los Länder. Sólo hay correcciones financieras que repartir en los términos que dice la segunda parte del apartado sexto del artículo 104 LF cuando la Comisión haya determinado que las responsabilidades administrativas subyacentes afecten a todos los Länder (artículo 2 de la Ley de reparto de cargas entre la Federación y los Länder); que la Federación soporte en este caso una parte de la responsabilidad no tiene que ver con el principio de causalidad; se trata de una ayuda solidaria⁵⁷.

⁵⁷ La ley de reparto de cargas entre la Federación y los Länder en el supuesto de lesión de las obligaciones supranacionales o internacionales fija los principios básicos de este reparto en su artículo primero: las obligaciones financieras derivadas de una infracción del Derecho internacional o supranacional deben ser asumidas por el que haya provocado tal infracción, la Federación o el Land correspondiente. Si los dos, la Federación y el Land, han sido responsables, responderán en proporción a la infracción cometida. Únicamente, así dispone su artículo segundo, si la corrección financiera impuesta por la Comunidad Europea afectara a todos los Länder se repartirían las cargas. La nueva ley regula específicamente las responsabilidades derivadas del artículo 228 TCE (condena del Tribunal de Justicia consecuencia de un recurso por incumplimiento) y los incumplimientos causados por los tribunales; el último

Pero en relación con la fase descendente, como hemos observado antes, tiene especial importancia la nueva normativa sobre legislación concurrente. Los acuerdos adoptados en relación con esta fase descendente de incorporación del Derecho europeo no hacen referencia a la nueva normativa; pero lo cierto es que la supresión de legislación marco y la nueva distribución de materias permitiría a la Federación la regulación íntegra de numerosos ámbitos, asegurando así la incorporación del Derecho europeo, aunque ulteriormente los Länder puedan apartarse de esa regulación inicial de la Federación. Como es conocido, la nueva categoría de la legislación concurrente permite a la Federación legislar sin condiciones previas (esto es, sin que deba comprobarse si tal legislación es realmente necesaria), pero los Länder tienen la posibilidad de adoptar normas que se aparten de la normativa general⁵⁸. En la medida en que la Federación, en adelante, no se tiene que limitar a una legislación marco en esas materias, sino que tiene derecho a emitir una regulación completa, queda en situación de incorporar directivas él solo; ello reduce el peligro de que un Land deje pasar el plazo correspondiente. Pero también aquí los Länder ganan competencias, por cuanto antes se limitaban a rellenar el marco dado por la Federación, y ahora pueden a su vez adoptar una regulación plena, en la medida en que el nuevo artículo 72.3 LF, al aludir al núcleo del que los Länder no se pueden apartar, no haya incorporado de nuevo elementos propios de la “legislación marco”.

4.3. Responsabilidad financiera por incumplimiento del Pacto de Estabilidad

La necesidad de dar respuesta a los problemas que causa la responsabilidad financiera por incumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento se resuelve mediante un nuevo apartado quinto al artículo 109 LF. Merced al mismo, “las obligaciones de la República Federal de Alemania

artículo de la ley se dedica a regular el modo en que los Länder reembolsan a la Federación el importe del pago de infracciones de las que son responsables, cfr. U. HÄDE, “Zur Föderalismusreform in Deutschland”, *Juristen Zeitung* 19/2006, pp. 937 y ss.

⁵⁸ El artículo 74.1 LF permite a los Länder regular determinadas competencias que establece expresamente en tanto la Federación no las haya regulado. Y para que la Federación pudiese legislar sobre las mismas tal regulación había de evidenciarse como imprescindible. La reforma mantiene la legislación concurrente, pero limita la aplicación de esta cláusula de la imprescindibilidad a sólo alguna de estas competencias. Para algunas de las materias que ya no están sujetas a la cláusula de imprescindibilidad, los Länder pueden adoptar una regulación que se aparte de la federal, y no rige el principio de prevalencia federal, sino el criterio cronológico en la sucesión de normas para cuya ordenación se introducen unas extrañas cláusulas de carencia de seis meses en perjuicio de la legislación federal.

establecidas jurídicamente por la Comunidad Europea al amparo del artículo 104 TCE, que dispone el respeto a la disciplina presupuestaria, deben ser satisfechas de forma conjunta por la Federación y los Länder. Las medidas sancionadoras de la Comunidad Europea deben ser soportadas por la Federación y los Länder en una proporción de 65 a 35. La totalidad de los Länder asume de forma solidaria el 35% de las cargas de los Länder de conformidad con su cifra de habitantes; el 65% de estas cargas la asumen los Länder que las han causado de conformidad con su cuota de responsabilidad. El desarrollo de este precepto corresponde a una ley federal adoptada con el acuerdo del Bundesrat”.

El texto de acompañamiento al Pacto de Estabilidad establece que esta regulación contenida en la Constitución incluye una corresponsabilidad de los Länder que respetan los criterios del pacto de estabilidad para con los Länder que provocan las acciones por su déficit presupuestario. Esta responsabilidad puede afectar también a los Länder que se encuentren en una situación de excepción presupuestaria. La Federación aplazará para estos Länder las sanciones e intereses durante la duración de excepcionalidad presupuestaria, constatada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, y en el marco de un plan de saneamiento.

5. CONCLUSIONES

Los conocidos problemas que plantea la participación en la integración europea a los órdenes políticamente descentralizados habían sido abordados por el federalismo alemán antes de esta reforma. Pero esta regulación había sido parcial, pues sólo había tratado la fase ascendente de creación de Derecho europeo; además, su eficacia práctica era discutible. La nueva normativa busca, por tanto, no sólo tratar todas las cuestiones que plantea el proceso integrador al federalismo alemán; pretende también una nueva regulación que no carezca de eficacia.

Por lo que respecta a la fase ascendente de creación del Derecho europeo, y coherentemente con el federalismo cooperativo existente en la República Federal de Alemania antes de la reforma, se había atribuido en el artículo 23 LF a la Cámara de representación de los Länder, el Bundesrat, un protagonismo decisivo en la toma de decisiones europeas que afectasen a los intereses de aquéllos. Pero esta participación parece difícilmente conciliable con la eficacia que debe caracterizar la toma de decisiones de Alemania en el orden europeo. Por lo demás, como observa Meyer, el Bundesrat no es un órgano de representación de Alemania en el exte-

rior⁵⁹. Justo por ello, y en coherencia con la tendencia general de la reforma del federalismo, que se encamina a restar competencias al Bundesrat, se plantea reducir tales competencias en la Comisión del Bundestag y del Bundesrat para la reforma del federalismo. La negativa de los Länder a modificar el artículo 23 LF en este sentido, e incluso a reducirlo a sus principios más generales como había planteado Grimm, dejando a una ley la regulación de los detalles, lo impide. El hecho de que tal participación no se haya llevado a efecto con toda la extensión que permite el artículo facilita que se acepte inicialmente su mantenimiento. Ahora bien, si otra de las finalidades generales de la reforma del federalismo era determinar con claridad el reparto de competencias entre la Federación y los Länder, parece coherente que se hayan fijado expresamente los supuestos en que éstos pueden intervenir directamente en la defensa de sus intereses⁶⁰. Ello asegura en estas materias la participación directa de los Länder. Pero también supone reducir de forma considerable los asuntos en los que pueden participar de manera directa los Länder; algo que contrasta con la extensión general de las competencias exclusivas de los Länder que se ha producido en la reforma.

Podría intentarse un resumen de la situación diciendo que la Federación cede competencias legislativas de las que ya no dispone libremente, porque han pasado a Europa, con la condición de garantizar su intermediación exclusiva ante la Unión Europea; esto es, cede lo que ya no tiene y garantiza lo que aún conserva. Que esto no es exactamente así, y requiere al menos un análisis detallado por materias, lo pone de manifiesto el hecho de que la nueva situación se presenta como una conquista de los Länder. Habían sido muy fuertes las presiones de la Federación para eliminar este precepto que supuestamente hace ineficaz la representación alemana en Bruselas, como denuncia Mayer una vez más en la sesión informativa celebrada conjuntamente en el Bundestag y el Bundesrat el 16 de mayo de 2006⁶¹. Por lo demás, como observa Möllers, la democratización de la Unión

⁵⁹ H. MEYER, "Informe sobre la reforma del federalismo", *Sesión informativa conjunta del Bundestag y el Bundesrat sobre la Reforma del Federalismo*, op. cit, p. 266

⁶⁰ La claridad y la mejora de la seguridad jurídica son así elementos positivos que hacen que WIELAND valore positivamente la reforma en este extremo, "Informe sobre la reforma del federalismo", *Sesión informativa conjunta del Bundestag y el Bundesrat sobre la Reforma del Federalismo*, op. cit, p. 359.

⁶¹ H. MEYER, *Sesión informativa conjunta del Bundestag y el Bundesrat sobre la Reforma del Federalismo*, op. cit, p. 98. En cualquier caso, las dificultades para solucionar el problema de la participación de los Länder en la toma de decisiones en Europa son puestas de manifiesto por F. KIRCHHOF. En su opinión, si queremos un Estado alemán fuerte debe-

Europea pasa por el reforzamiento de las garantías establecidas en el apartado primero del artículo 23 LF, nada tiene que ver con esta modificación⁶².

Scharpf cree posible el establecimiento de procedimientos que permitan una coordinación dentro del Gobierno federal y entre la Federación y los Länder⁶³. Por eso parecía especialmente interesante la propuesta de cooperación entre Federación y Länder que ya en la Comisión del Bundestag y del Bundesrat de 2005 realizó Schneider y que asumió Grimm. Frente a la tendencia general existente en la reforma del federalismo alemán de tránsito de un federalismo cooperativo a un federalismo competitivo, insiste en la importancia de las instituciones de cooperación para el correcto funcionamiento del federalismo. Ciertamente, podría ser conveniente que tal cooperación no se plasmara en la Constitución más que en términos generales, como defendió Grimm; la Carta Magna se limitaría a consagrar los principios generales de este federalismo cooperativo, requiriendo una ulterior regulación por ley o mediante acuerdo entre la Federación y los Länder. Sin embargo, el pacto de coalición pospone las propuestas de coordinación entre Federación y Länder a un pacto ulterior, cuyos principios se recogen en términos generales, sin la concreción que ya les había dado Schneider. Por supuesto, si se tratara de darle concreción ya no haría falta volver a negociarlo.

Entretanto, la reforma podría haber moderado la tendencia general de la modificación del federalismo en Alemania: frente a la tendencia a la extensión de las competencias exclusivas de los Länder, se reduce la virtualidad de tales competencias para permitirles que de forma autónoma puedan participar en la toma de decisiones europeas. Aunque es cierto que únicamente cuando está en juego la eficacia de la representación de Alemania en Europa se restan competencias a los Länder, y no se modifican los apartados segundo a quinto del artículo 23 LF, que se orientan a configurar un modelo de federalismo cooperativo. En el bien entendido de que se mantienen estos instrumentos propios del federalismo cooperativo justo porque no se aplican. Por lo demás, la reforma del apartado tercero del artículo 53 LF ciertamente pretende facilitar la adopción rápida y ágil de

mos renunciar a toda vinculación federal; si queremos federalismo debemos renunciar a todo centralismo en la defensa internacional de los intereses. La cuadratura del círculo es imposible y la solución otorgada en la reforma podría ser, en este sentido, satisfactoria, *Sesión informativa conjunta del Bundestag y el Bundesrat sobre la Reforma del Federalismo*, op. cit, p. 112.

⁶² Ch. MÖLLERS, *Sesión informativa conjunta del Bundestag y el Bundesrat sobre la Reforma del Federalismo*, op. cit, p. 99.

⁶³ F. W. SCHARPF, *Sesión informativa conjunta del Bundestag y el Bundesrat sobre la Reforma del Federalismo*, op. cit, p. 101.

decisiones. Pero ello se hace a costa, como denuncia Meyer⁶⁴, de eludir la negociación pública que disponía el primigenio artículo 53 LF. Se subordinan instrumentos propios del federalismo cooperativo a la rapidez y eficacia en la toma de decisiones.

En la fase descendente o de ejecución del Derecho europeo parece lógico instaurar un sistema de responsabilidades. Ahora bien, el objetivo no debería ser la distribución de responsabilidades, sino el aseguramiento del cumplimiento de la obligación, en su caso mediante instrumentos del federalismo cooperativo. Al igual que los propuestos para el caso de la formación ascendente del Derecho europeo, podría haberse intentado garantizar una ejecución coordinada en plazo del nuevo Derecho; el sistema de responsabilidades quedaría circunscrito así a los supuestos en que ese sistema cooperativo no lograra funcionar.

Las propuestas presentadas en la Comisión conjunta del Bundestag y el Bundesrat para la reforma del federalismo parecían orientarse en este sentido: particularmente interesante parece, a primera vista, otorgar a la Federación una competencia general para dictar una legislación marco limitada a los principios exigidos por la normativa comunitaria; los Länder podrían regular las particularidades. Pero esta propuesta no tiene en cuenta que su adopción afectaría al sistema de distribución de competencias y, como es conocido, la facultad de que dispone el Estado central para asegurar la correcta ejecución del Derecho europeo no puede afectar al reparto competencial previsto en la Constitución.

La nueva legislación concurrente, que altera el sistema de distribución de competencias y en esta medida atribuye a la Federación una competencia general en ciertas materias, preservando el derecho de los Länder de apartarse de esta regulación, no fomenta la cooperación sino la competencia. La nueva regulación puede plantear problemas de eficacia en la incorporación del Derecho europeo: estima Häde que difícilmente el Tribunal de Justicia aceptará que los requisitos de la incorporación del Derecho europeo eficaz y dotada de seguridad jurídica se cubren con una regulación estatal de la que los Länder pueden apartarse cuando les parezca oportuno⁶⁵. Meyer entiende que la nueva regulación no desplegará en este sentido ningún papel⁶⁶.

⁶⁴ H. MEYER, "Informe sobre la reforma del federalismo", *Sesión informativa conjunta del Bundestag y el Bundesrat sobre la Reforma del Federalismo*, op. cit, p. 267.

⁶⁵ U. HÄDE, "Zur Föderalismusreform in Deutschland", *Juristen Zeitung* 19/2006, pp. 936 y 937

⁶⁶ H. MEYER, *Sesión informativa conjunta del Bundestag y el Bundesrat sobre la Reforma del Federalismo*, op. cit, p. 104.

La solución a que se llega para afrontar el problema que causan las posibles sanciones por incumplimiento del Pacto de Estabilidad no parece plantear mayores problemas. La participación de los Länder en el déficit general de Alemania es evidente; parece claro que ellos deben asumir también parte de la responsabilidad por la infracción compartida. Quizá hubiera sido también conveniente fijar constitucional o legalmente reglas expresas sobre el reparto entre la Federación y los Länder del déficit tolerado por la Unión.

Las propuestas de cooperación, en definitiva, no son asumidas para resolver los aspectos de la reforma que guardan relación con la fase descendente del Derecho europeo. Ciertamente, no parece que deba alterarse en ella el sistema de distribución de competencias; pero ello tampoco debería haber situado la solución exclusivamente en el reparto de responsabilidades. La distribución de competencias y la articulación de procedimientos en materia europea, seguramente ya más importante que la propia distribución de competencias entre Federación y Länder, no han recibido por tanto una respuesta constitucional que se acomode al federalismo propio del constitucionalismo social, el federalismo cooperativo⁶⁷.

RESUMEN

Los conocidos problemas que plantea la participación en la integración europea a los órdenes políticamente descentralizados habían sido abordados por el federalismo alemán antes de esta reforma, si bien de forma parcial y con escasa eficacia. La nueva normativa busca paliar las deficiencias existentes. Por lo que respecta a la fase ascendente de creación del Derecho europeo, se reducen las competencias en las que los Länder pueden participar directamente. La reforma del apartado tercero del artículo 53 LF pretende facilitar la adopción rápida y ágil de decisiones. En la fase descendente o de ejecución del Derecho europeo parece lógico instaurar un

⁶⁷ La relación entre este modelo de federalismo y el vigente constitucionalismo mediado por el postulado social puede verse en G. CÁMARA VILLAR, "El principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas", *Revista de Derecho Constitucional Europeo* nº 1, 2004.; <http://www.ugr.es/~%7Eredce/ReDCE1>, también, J. TAJADURA TEJADA, *El principio de cooperación en el Estado autonómico*, Granada: Comares, 2000. Por lo demás, C. DE CABO insiste en la íntima conexión de la solidaridad entre entes descentralizados, propia del federalismo cooperativo, con el constitucionalismo del Estado social, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 95.

sistema de responsabilidades, si bien el objetivo no debería ser la distribución de responsabilidades, sino el aseguramiento del cumplimiento de la obligación, en su caso mediante instrumentos del federalismo cooperativo. Si la participación de los Länder en el déficit general de Alemania es evidente, parece claro que ellos deben asumir también parte de la responsabilidad por la infracción compartida.

PALABRAS CLAVE: Autonomía institucional, competencias exclusivas de los Länder, federalismo competitivo, federalismo cooperativo, responsabilidad por incumplimiento del Derecho europeo.

ABSTRACT

The well-known problems that the participation in European integration creates to the orders politically decentralized had been already confronted by the German federalism before this reform, although only in a partial way and achieving little effectiveness. The new regulation tries to palliate these existing deficiencies. Regarding the ascending phase of creation of the European Law, the competitions in which the Länder can participate directly have been reduced. The reform of the third section of article 53 FL tries to facilitate a fast and easy decision-making. In the descendent phase or execution phase of the European Law it seems logical to establish a system of responsibilities, although the objective would not have to be the distribution of responsibilities, but the securing of the fulfilment of the obligation, maybe by means of the instruments of the cooperative federalism. If the participation of the Länder in the general deficit of Germany is evident, it seems to be clear that they must also assume part of the responsibility for the shared law breakings too.

KEY WORDS: Institutional autonomy, exclusive competitions of the Länder, competitive federalism, cooperative federalism, responsibility for European law breaking.