

UN SISTEMA COMPETENCIAL MULTINIVELL: L'ADAPTACIÓ DEL SISTEMA COMPETENCIAL ALEMANY AL PROCÉS COMUNITARI

Maribel González Pascual

Professora visitant de Dret Constitucional a la Universitat Pompeu Fabra

RESUM: 1. Introducció. – 2. L'adaptació del federalisme alemany al procés comunitari. – 3. L'esgotament de la compensació mitjançant la participació. – 4. La reforma del sistema competencial alemany: la presa en consideració de la transposició de les directives comunitàries. 4.1. Els problemes del sistema competencial: l'expansió de les competències del Bund. 4.2. La desaparició de la normativa marc. 4.3. La responsabilitat derivada de l'incompliment. – 5. Un sistema competencial multinivell: els límits de la reforma. – *Resum-Resumen-Abstract.*

1. Introducció

L'estudi del repartiment de competències entre la Unió Europea i els Estats membres ha canviat de perspectiva al llarg dels anys. Si al principi la qüestió era quines competències s'havien de transferir a les Comunitats Europees des d'una visió més o menys europeïsta, a partir de Maastricht la transferència de competències ve de la mà d'un èmfasi creixent en els possibles límits en el seu exercici¹.

En aquest sentit el primer toc d'atenció a l'abast de les competències de la Unió Europea va ser la inclusió del principi de subsidia-

Article rebut el 16/03/2009; acceptat el 06/07/2009.

El present treball va ser realitzat entre els mesos de setembre i desembre de 2008 al Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht gràcies a una beca concedida per l'Institut d'Estudis Autònoms.

1. Nettesheim, M., "Die Kompetenzordnung im Vertrag über eine Verfassung für Europa", *EuR*, 2004, p. 515.

rietat al Tractat de Maastricht, que conjuntament a l'ampliació de competències cerca limitar-ne l'abast². Aquesta tendència es mantindrà. El Tractat de Àmsterdam va fer un pas més mitjançant el protocol sobre l'aplicació dels principis de subsidiarietat i proporcionalitat, si bé el Tractat de Niça marca un punt d'inflexió en establir en la seva declaració vint-i-tresena que s'hauran d'estudiar *"les modalitats per establir i mantenir una més exacta delimitació de les competències entre la UE i els Estats membres, que reflecteixi el principi de subsidiarietat."* Aquest és potser el primer document comunitari constitucional que fa referència a la necessitat de delimitar les competències de la UE³.

Com a conseqüència de tot això, en la Convenció es crearan dos grups de treball, el Grup I, dedicat al principi de subsidiarietat, i el Grup V, a les competències complementàries. Les novetats principals del Tractat pel qual s'estableix una Constitució per a Europa haurien estat un cert augment de la transparència en el repartiment de competències i la presa en consideració dels Parlaments dels Estats Membres. En aquest sentit es pretenia una divisió de competències més clara mitjançant la definició de les categories principals, així com mitjançant un catàleg de les competències exclusives i complementàries. Així mateix, es proposava la reforma del protocol sobre l'aplicació dels principis de subsidiarietat i proporcionalitat⁴. Tanmateix, el principal canvi era el paper que es conferia als Parlaments dels Estats Membres, introduint tant un control institucional del compliment del principi de subsidiarietat com la possibilitat d'una legitimació indirecta per interposar recurs de nul·litat davant del TJCE per incompliment del principi de subsidiarietat⁵.

2. De Burca, G, "Limiting EU Powers", *EuConst* 2005 1, p. 97.

3. Chiti, M. P. "¿Delimitación o reparto de competencias entre Unión Europea y Estados miembros?", *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, García de Enterría, R. / Alonso García, R. (Dir.), Civitas, Madrid, 2002, p. 71.

4. Sobre les reformes que el Tractat pel qual s'establí una Constitució per a Europa preveia en matèria competencial consulteu, entre d'altres, Nettesheim, M., ob. cit., Craig, P., "Le competenze dell'Unione europea tra chiarezza, attribuzione, delimitazione e riconsiderazione", *Diritto e Cultura* n. 1-2, 2003; Mayer, F. C., "Competences-reloaded? The vertical division of Powers in the EU and the new European constitution", *IJCL*, 3, 2005; Epiney, A., "Zur Abgrenzung der Kompetenzen zwischen EU und Mitgliedstaaten", *Jura*, 2006; Goucha Soares, "The Division of Competences in the European Constitution", *European Public Law*, 2005, pp. 603 i ss.

5. Art. 8 del Protocol sobre l'aplicació dels principis de subsidiarietat i proporcionalitat.

Aquestes novetats seran recollides pel Tractat de Lisboa, el qual no solament destaca la necessitat de delimitar les competències de la UE⁶, sinó que confereix als Parlaments un dret de vet de la normativa comunitària en el protocol sobre l'aplicació del principi de proporcionalitat i subsidiarietat⁷. Al Tractat de Lisboa batega una clara intenció de "contenir" les competències de la UE.

Al darrere d'aquest creixent èmfasi de la necessitat de limitar l'abast de les competències de la UE han estat sempre els Länder alemanys⁸. Aquesta situació no és d'estranyar ja que la tantes vegades esmentada expansió de les competències de la UE no solament ha portat causa en la interpretació de les mateixes per part del TJCE o de les institucions comunitàries, sinó que els mateixos Estats han perseguit aquest increment de les potestats comunitàries, com han posat de manifest les successives reformes dels Tractats⁹.

En definitiva, els Governos centrals participen de manera directa en el procés comunitari de presa de decisions des del començament del projecte fins a la implementació de la mesura en el seu propi Estat. És més, en moltes ocasions poden sentir-se més lliures a la UE per prendre decisions políticament poc populars en el seu propi Estat quan manquen del control de la resta dels actors nacionals, entre els quals no solament es troben els Parlaments¹⁰ sinó també les Re-

6. Són diverses les previsions que al llarg del Tractat de Lisboa posen de manifest una desconfiança creixent dels Estats davant les competències de la UE, així s'insisteix reiterativament en el principi d'atribució, on el reconeixement de drets no implica l'ampliació de competències de la UE, o s'estableix un protocol sobre l'exercici de les competències compartides, per citar-ne alguns exemples. Al respecte, Martín y Pérez de Nanclares, J., "Estudio preliminar", pp. 26 i ss. www.realinstitutoelcano.org.

7. L'Art. 7.3 del Protocol sobre l'aplicació dels principis de subsidiarietat i proporcionalitat estableix que si la majoria simple dels vots atribuïts als Parlaments nacionals considera que una proposta és contrària al principi de subsidiarietat, i l'esmentada opinió és compartida pel 55% dels membres del Consell o per la majoria simple del Parlament Europeu la proposta de la Comissió serà desestimada.

8. Bogdandy, A. i Bast, J., "El orden competencial vertical de la UE: contenido y perspectivas de reforma", *La encrucijada constitucional*, ob. cit., pp. 19-20; DI Fabio, U., "Some Remarks on the Allocation of Competences between the European Union and its Member States", *CMLR*, 2002, p. 1300; Mayer, F. C., "Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte", *ZäöRV*, 2001, p. 614.

9. Craig, P. y de Burca, G., *EU Law*, Oxford, 2008, p. 107.

10. La literatura sobre aquest punt resulta inabastable, però entre d'altres es pot citar Moravcsik, "Why the European Union Strengthens the State: Domestic Politics and Inter-

gions¹¹. Parlar de la “*paradoxa del feble*”, que fa referència a com la pèrdua d'autonomia dels actors estatals i la disminució de la seva capacitat autònoma de negociació, com a conseqüència del procés comunitari, pot comportar un guany d'espais de poder davant la seva societat¹². Sota aquesta circumstància la pregunta és òbvia, per què volien controlar l'ampliació de competències de la UE¹³?

La situació dels Länder era completament diferent, no solament perdien gradualment competències a favor de la UE, fins i tot en sectors particularment sensibles per a ells¹⁴, sinó també a favor del Bund. El Bund negociava en àrees que queien dins de les competències dels Länder i implementava normativa comunitària en matèries que, si més no, havia de compartir amb els Länder. La pèrdua de competències com a conseqüència de la integració europea era molt més gran per als Länder que per al Bund. Mentre els primers apareixien com a perdedors nats del procés, el Bund era compensat en certa mesura pel sacrifici de les seves competències¹⁵. El sistema competencial constitucional ha estat *de facto* alterat per la integració europea.

national Cooperation”, *Center for European Studies*, Harvard University. Working Paper, 1994; Goetz, K. H and Hix, S., *Europeanised politics? European Integration and National Political Systems*, Frank Cass, 2001, p. 13. No obstant això, altres autors emfatitzen el progressiu augment de la majoria com a regla de decisió així com el poder real dels actors comunitaris, per concloure que no s'hauria produït aquest reforçament dels executius. Marks, G.; Hooghe, L. & Blank, K., “European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multi-Level Governance”, *JCMS*, 1996.

11. Al respecte, entre d'altres, Weatherill, “The Challenge of the Regional Dimension in the European Union”, *The Role of Regions and Sub-National Actors in Europe*; Weatherill, S. And Bernitz, U. (ED), *Hart Publishing Oxford*, 2005; Evans, A., “Regional Dimensions to European Governance”, *ICLQ*, 2003.

12. Grande, E, “Das Paradox der Schwäche: Forschungspolitik und die Einflußlogik europäischer Politikverflechtung”, *Europäische Integration*; Jachtenfuchs/ Kohler- Koch (Hrsg.), Leske Budrich, Opladen, 1996, pp. 388-389.

13. Weiler, J. H. H, “Le competenze della Comunità Europea”, *L'Italia in Europa*; Weiler, J. H. H / Cartabia, M., *Il Mulino*, 2001, pp. 117-118. De fet a mesura que la unanimitat va perdent pes com a sistema de presa de decisions, augmenten els recels dels Estats cap a les competències de la UE. Dehousse, R., “Community Competences: Are there Limits to Growth?” *Europe after Maastricht, An Ever Closer Union?*, Dehousse, R. (Ed) C. H. Beck, München, 1994 pp. 107-108.

14. Una anàlisi completa de les competències dels Länder que han estat assumides per la UE a Reich, D. O, “Zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Kompetenzen der deutschen Bundesländer”, *EuGRZ*, 2001, pp. 1-18.

15. Isensee, J., “Der Bundesstaat- Bestand und Entwicklung”, *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Zweiter Band*, Badura, P. und Dreier, H. (Hrsg.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, p. 752.

La UE ha produït canvis en les estructures polítiques nacionals, en els processos i en els mateixos continguts, fins al punt que és plausible afirmar que en els sistemes polítics dels Estats membres la creixent dissolució del vincle territorial de la política i les alteracions en el repartiment de les competències entre diferents nivells han implicat canvis fonamentals en els principis constitucionals¹⁶. El principi federal no ha estat aliè a aquestes modificacions, no és per això d'estranyar que els Länder exigissin mesures que reconeguessin aquesta realitat.

2. L'adaptació del federalisme alemany al procés comunitari

Des dels inicis del procés comunitari va ser evident que s'estava produint un desplaçament de potestats cap a estructures en les quals les Regions no estaven convidades, per compensar aquest efecte es van desenvolupar mecanismes que tendien a una major participació de les Regions en les estructures comunitàries¹⁷. En aquest sentit el federalisme alemany va ser particularment pioner.

La seva adaptació al procés europeu va començar l'any 1956 amb la creació del Länderbeobachter. Un any més tard, a propòsit de la Llei de ratificació del Tractat de Roma, es va establir l'obligació d'informació del Govern Federal al Bundesrat.¹⁸ El 1979, després de la carta del canceller Schmidt sobre la cooperació dels Länder i el Bund en les Comunitats Europees¹⁹, es va ampliar la participació dels Länder fixant l'obligació del Bund de respectar-ne la posició comuna quan es veiessin afectades les seves competències legislatives exclusives. No obstant això,

16. Jachtenfuchs/ Kohler-Koch "Regieren im dynamischen Mehrebenensystem", Europäische Integration, ob .cit., p. 29.

17. Olsen, J. P., "The many faces of Europeanization", JCMS, 40 (5), 2002, p. 935.

18. Si bé a partir de l'acord Kramer/ Heubl de 1968 es va possibilitar la inclusió de representants dels Länder en las delegacions alemanyes en els comitès del Consell i la Comissió sempre que el Bund precisés personal especialitzat dels Länder. Per tant, no es contemplava com a conseqüència de les competències dels Länder. Lang, R., *Die Mitwirkungsrechte des Bundesrates und des Bundestages in Angelegenheiten der Europäischen Union gemäß Artikel 23 Abs. 2 bis 7 GG*, 1997, Duncker & Humblodt, Berlin, pp. 38 i ss. Morawitz /Kaiser, *Die Zusammenarbeit von Bund und Ländern bei Vorhaben der Europäischen Union*, Europa Union, Bonn, 1994, pp. 48-53. El texto del acuerdo se puede consultar en Morawitz / Kaiser, ibid, pp. 141-148.

19. Text a Morawitz / Kaiser, ob. cit, pp. 153-155.

el Bund podia apartar-se de l'esmentada posició comuna per motius relatius a la política exterior i a la integració europea. A més, si els Länder ho exigien, el Bund havia d'incloure en els Comitès de la Comissió i en els Grups de Treball del Consell representants dels Länder, quan abordessin matèries concernents a les seves competències exclusives. D'aquesta manera, des de 1979 els Länder tenen representants per dret propi en els Comitès de la Comissió i en els Grups de Treball del Consell²⁰.

Tanmateix, aquest sistema va resultar poc efectiu i es va reformar arran de l'AUE ja que, encara que abans de 1992 la Grundgesetz no ho exigia, el Govern Federal va demanar al Bundesrat que ratifiqués l'AUE, amenaçant els Länder per primera vegada de recórrer al poder de vet del Bundesrat per ampliar la seva capacitat de participació en la UE²¹. Encara que aquesta reforma no va ser gens negligible²², el punt d'inflexió en la posició dels Länder davant de les institucions comunitàries vingué de la mà del TUE. La seva conclusió suscitava per a la doctrina alemanya múltiples qüestions constitucionals, i va advocar per una reforma de la Grundgesetz²³. Ja que la reforma constitucional exigia una majoria de dos terços en el Bundesrat no és d'estranyar que els Länder tinguessin una decisiva influència en la nova redacció de l'Art. 23 GG²⁴.

L'Art. 23 GG, a la seva redacció després de 1992, estableix que els Länder participen a la UE a través del Bundesrat. Així, la transfe-

20. Respecte això, Lang, R., ob. cit., p. 38 i ss.

21. Börzel, T. A., *States and Regions in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p 65.

22. A partir de la Llei de ratificació de l'AUE, el Bundesrat podia fixar la seva posició en aquelles matèries que afectessin els interessos essencials dels Länder o les seves competències legislatives exclusives i podia determinar la postura del Govern Federal davant les Comunitats Europees. En els supòsits esmentats el Bundesrat podia exigir també que s'integressin representants dels Länder als Comitès de la Comissió i als Grups de treball del Consell. A més, si era possible i les competències legislatives exclusives dels Länder eren afectades, el Govern Federal podia incloure en la delegació alemanya davant el Consell de la UE dos representants dels Länder. En tots aquests casos, corresponia la direcció de la delegació alemanya així com la decisió sobre el torn de paraula al Govern Federal. No obstant això, prèvia acceptació del cap de la delegació alemanya, podien prendre la paraula els representants dels Länder. Lang, R., ob. cit., 58-60. La Llei de 28 de febrer de 1986 de ratificació de l'AUE pot consultar-se a Morawitz /Kaiser, ob. cit., p. 157 i ss.

23. Scholz, R, "Europäische Union und deutscher Bundesstaat", *NVwZ*, 1993, p. 817.

24. Di Fabio, U., "Der neue Art. 23 des Grundgesetzes", *Der Staat*, 1993, p. 191.

rència de sobirania a la UE exigeix l'autorització del Bundesrat, que a més serà informat i participarà en la presa de decisions europees en funció del repartiment intern de competències. El Bundesrat pot adoptar posicions comunes en matèries de competència federal sempre que afectin interessos dels Länder²⁵. Aquesta posició determina la posició del Govern Federal davant de la UE quan el projecte comunitari afecti de manera essencial les competències legislatives dels Länder o la seva organització o procediments administratius. En cas de desacord entre el Bundesrat i el Govern Federal, si el primer confirma la seva posició per una majoria de dos terços, el Bund ha de seguir-la en les negociacions comunitàries. No obstant això, si la mesura suposa un augment de despeses o una disminució d'ingressos per a la Federació l'acord entre ambdues parts (Bundesrat i Govern Federal) és obligatori.

Així mateix, quan fossin afectades les competències legislatives exclusives dels Länder un dels seus representants gaudiria de les prerogatives de la RFA en el Consell de la UE amb capacitat per comprometre l'Estat alemany²⁶. Aquest article es feia ressò del llavors Art. 146 TCE, article sobre la inclusió del qual van tenir una decisiva influència les Regions belgues i que estableix que el Consell estarà compost per un representant de cada Estat membre de rang ministerial, facultat per comprometre el Govern de l'esmentat Estat.

D'aquesta manera, des de 1992, els ministres de les Regions poden ocupar la posició dels ministres dels Governos centrals en el Consell de la UE si poden comprometre l'Estat. La capacitat dels Länder de representar la RFA va ser estesa en idèntics termes als Comitès de la Comissió i els Grups de Treball del Consell mitjançant Llei de 12 de març de 1993 sobre el Treball Conjunt de la Federació i els Länder en Assumptes relacionats amb la UE (EUZBLG) i l'acord de 29 d'Octubre de 1993²⁷.

25. En aquest cas si el Govern Federal no segueix la postura del Bundesrat tan sols ha de justificar-ho si el Bundesrat ho demana expressament. Pahl, M. O., *Regionen mit Gesetzgebungskompetenzen in der Europäischen Union. Eine rechtsvergleichende Analyse ihrer Mitwirkung an der EU-Rechtsetzung*, Nomos, Baden, 2004, p. 311.

26. Pernice, I. "Artikel 23", *Grundgesetz Kommentar Band II*, H. Dreier (Hrsg.), Mohr Siebeck, Tübingen, 1998; und Scholz, R. "Artikel 23 n. F.", *GG Kommentar*, Maunz/ Dürig, Beck, München, 1996.

27. Morawitz /Kaiser, ob. cit., pp. 171 i ss.

Per tant, el Bundesrat nomena representants dels Länder en diferents òrgans de la UE, la capacitat d'actuació de la qual dependrà novament del repartiment intern de competències. Si els Länder ostenten competències legislatives o administratives o si el Bundesrat ha de participar en l'esmentada matèria, prèvia exigència dels Länder i acceptació del Bundesrat, s'incorporaran en les delegacions alemanyes un o dos representants dels Länder. (Art. 6.1 de l'EUZBLG). Atès el concepte ampli de competència empleat, legislativa o administrativa, no sent necessari ostentar-la en exclusivitat, així com l'expressió també ambigua "*assumptes en què el Bundesrat ha d'intervenir*", qualsevol competència de la Federació pot veure's afectada i es pot exigir la inclusió del representant del Land. Aquesta ha estat la pràctica²⁸.

Tanmateix la major novetat és la possibilitat que el representant dels Länder dirigeixi la negociació en el Consell de la UE, els Grups de treball del Consell i els Comitès de la Comissió. El Bundesrat pot nomenar representants dels Länder que dirigiran les esmentades negociacions quan siguin afectades de manera essencial les competències legislatives dels Länder²⁹.

D'aquesta manera el federalisme alemany va emfatitzar la participació dels Länder en les estructures comunitàries sempre fidel a la màxima de compensació mitjançant participació, però aquesta perspectiva va començar a ser cada vegada més insuficient. Davant del continu increment de les competències de la UE en perjudici de l'àm-

28. R. Lang, ob. cit, pp. 199-202 .

29. Aquesta participació no implica la direcció de la delegació alemanya, limitant-se al punt de l'ordre del dia que afecti de manera essencial les seves competències exclusives i no abasti la resta de qüestions a tractar en cada reunió. Així mateix, queda exclosa la participació dels Land en la Presidència del Consell de la UE i en els punts A del Consell de la UE, així com del Comitè Especial d'Agricultura i del Coreper. R. Lang, ob. cit, pàg. 214, R. Morawitz / W. Kaiser, ob. cit, pàg. 113, Baier, CH, *Bundesstaat und Europäische Union*, Duncker & Humblot, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, pàg. 53 A l'Acord del Beobachter del Länder, en vigor des de gener de 1995, s'estableix que ha d'acudir a les reunions del Coreper, participar i informar posteriorment als Länder, tanmateix la Federació no en forma part i no hi està obligada, de manera que pot denegar-ne l'esmentada participació. En aquest sentit, la pràctica és que el Bundesrat nomeni dos representants que poden acudir a les reunions del Govern Federal preparatòries del COREPER i del Comitè Especial d'Agricultura. Sobre això, Escher, H, "Ländermitwirkung und der Ausschuss der Ständigen Vertreter". *Europapolitik der deutschen Lands*; Borkenhagen, F. H. O (Hrsg.), *Leske Budrich*, Opladen, 1998, pp. 51 i ss; Pahl, M. O, ob. cit., pp. 306-309.

bit competencial dels Länder, la participació es va convertir més en un pal·liatiu que en una compensació³⁰.

No podia substituir-se la competència d'un Land amb la participació en el Bundesrat, en el qual està obligat a arribar a un consens i pot quedar en minoria³¹. Perquè en definitiva, què ofereix als Länder la possibilitat de participar en el Consell de la UE? Primer s'han de posar d'acord entre ells i després amb el Govern Federal, per finalment participar en el Consell de la UE com a representants de la RFA i no del seu Land. Després no serien més que la boca que transmet la posició d'un Estat membre, posició en la formulació de la qual han jugat un petit paper³².

Qüestions competencials són qüestions de poder. Una ampliació de competències d'un ens és un desplaçament de poder³³, l'ampliació de les competències de la UE implicava un buidament de la capacitat de decisió dels Länder a favor de la UE i del Bund. Era necessari un canvi de perspectiva que englobés el conjunt de problemes que la integració en la UE suposava per a l'espai constitucionalment garantit als Länder. Aquest canvi de perspectiva ve impulsat pels mateixos canvis en el federalisme alemany.

3. L'esgotament de la compensació mitjançant la participació

El sistema federal alemany ha estat objecte en els últims anys de nombroses crítiques, i ha tingut múltiples problemes que la doctrina ha apuntat sobre la seva configuració i actuació³⁴, fins al punt

30. Pernice, I, "Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?", DVBl, 1993, p. 919.

31. Breuer, R., "Die Sackgasse des neuen Europaartikels (art. 23 GG)", NVwZ, 1994, p. 426.

32. Bogdanor, V., *Devolution in the United Kingdom*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 280.

33. Breuer, R., "Bundesstaatliche Kompetenzordnung im europäischen Staatenverbund", Die Ordnung, der Freiheit, DDUU, Mohr Siebell, München, 2004.

34. Sobre la necessitat de la reforma entre d'altres Arndt, W., "Erneuerter Föderalismus. Thesen zu einer veränderten Balance zwischen Bund und Ländern", *Föderalismus zwischen Konsens und Konkurrenz*, Männle, U. (Hrsg.), Nomos, Baden, 1998, Sachs, M., "Das parla-

que s'ha afirmat que el sistema està en crisi³⁵. Així, s'assenyalava, entre altres anomalies, la inamobilitat de les seves estructures, la dificultat per assolir consensos, amb continus bloqueigs entre els Länder i la Federació, la instrumentalització del Bundesrat pels grans partits amb el consegüent perjudici a projectes polítics d'importància, la pèrdua de pes dels Parlaments dels Länder, l'excessiva confusió de competències i responsabilitats, la falta de transparència del sistema de decisió, així com la disfunció i precarietat del sistema de finançament³⁶.

Tanmateix, la qüestió central des de la perspectiva dels principis constitucionals era el despullament dels Länder dels seus espais de decisió. La interpretació de les competències legislatives del Bund, en particular la legislació marc i concurrent, va ser desplaçada lentament la competència a favor del Bund³⁷. La potestat legislativa dels Länder es trobava absolutament indefensa i es va deixar el camí lliure al Bund per configurar un ordre unitari soscant els espais dels Länder³⁸. Aquest desplaçament es buscava compensar amb la participació dels Länder en el Bundesrat, així com mitjançant mecanismes de cooperació³⁹.

mentarische Regierungssystem und der Bundesrat– Entwicklungsstand und Reformbedarf", *VVDStRL* 58, 1999, Arndt, W et al., "Zehn Vorschläge zur Reform des deutschen Föderalismus", *ZRP*, 2000, AA.VV, *Jahrbuch des Föderalismus* 2004, Nomos, Baden-Baden, 2004, Kirchhof, F., "Ein neuer Ansatz zur Reform des Grundgesetzes", *ZG*, 2004, Klein, K., "Lage und Zukunft des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland", *ZG*, 2004.

35. Nettesheim, "Wettbewerbsföderalismus und Grundgesetz", *Der Staat des Grundgesetzes-Kontinuität und Wandel*, Brenner, M., Huber, P. und Möstl, M., Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, p. 363.

36. Hrbek, R. "Der Deutsche Bundesrat in der EU. Die Mitwirkung der deutschen Länder in EU-Angelegenheiten als Gegenstand der Föderalismus-Reform", a Gaitanides, CH., Kadelbach, S., Rodriguez Iglesias, G. C. (Hrsg.), *Europa und seine Verfassung*, Nomos, Baden-Baden, 2005, pp. 258-259, Papier, H. J., "Aktuelle Fragen der bundesstaatlichen Ordnung", *NJW*, 2007, p. 2145.

37. Sobre aquest procés, Büllinger, M., "Die Zuständigkeit der Länder zur Gesetzgebung", *DöV*, 1970 i Hesse, K., *Der unitarische Bundesstaat*, Müller, Karlsruhe, 1962.

38. Scholz, R., "Ausschließliche und Konkurrierende Gesetzgebung-Kompetenz von Bund und Ländern", *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Zweiter Band, Starck, Ch. (Hrsg.), J. C. B, Mohr, Tübingen, 1976, p. 258.

39. Tot i que teòricament la cooperació comporta el treball conjunt de companys independents, que poden decidir lliurement sobre l'objecte de la cooperació, tanmateix, aquesta situació rarament és certa. Hesse, K., "Aspekte des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik", *Festschrift für Gebhard Müller*, Ritterspach, T. und Geiger, W. (Hrsg.), J. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, p. 150. De fet, a la pràctica, és inherent als mecanismes de cooperació una certa preponderància del poder federal. Vergottini, G., "Stati federali

Les coartades van ser la implantació de l'Estat social, les característiques del funcionament i desenvolupament d'una societat industrial avançada, la guerra freda i el rearmament, i finalment, la reunificació i la integració europea. Tots aquests factors van implicar el naixement d'un Estat federal unitari que buscava la uniformitat de les polítiques públiques⁴⁰.

Però la cooperació i la participació no són una alternativa vàlida a un sistema de competències que mantingui l'espai de decisió propi dels Länder. El nucli dur de l'ordre federal és el sistema competencial, que assegura a les diverses parts un espai de llibertat propi per decidir si i com fer ús de les seves potestats, és a dir, quins fins polítics perseguiran en la legislació, i com l'aplicaran⁴¹. La protecció de les competències dels Länder li garanteix la seva capacitat d'autodeterminació, com els Drets Fonamentals preserven l'espai de decisió dels ciutadans⁴², per això la cooperació no pot plantejar-se com a alternativa a l'existència d'un sistema competencial⁴³.

Davant d'aquesta situació no és d'estranyar que els intents de reforma en les últimes dècades fossin constants⁴⁴. El 1973 va tenir lloc la primera reforma federal, que va pretendre reforçar les competències dels Länder⁴⁵, però va fracassar. El 1994 el Tractat de reunificació va propiciar l'acord i es va reformar la Grundgesetz per endurir els requisits de la legislació concurrent i marc, ambdues de potestat fe-

e stati regionale", *Stati nazionali e poteri locali. La distribuzione territoriale delle competenze, Esperienze straniere e tendenze attuali in Italia*, Gambino, S. (cura di), Maggioli Editore, Rimini, 1998, p. 52.

40. Wieland, J, "Deutschland Zukunft als Bundesstaat", *Freiheit des Subjekts und Organisation von Herrschaft*, Enders, CH. und Masing J. (Hrsg.), Duncker & Humboldt, Berlin, 2006, p. 88.

41. Isensee, J., ob. cit., p. 739.

42. Lerche, P., "Zum Apotheken-Urteil des Bundesverfassungsgerichts", *BayVBl*, 1958, p. 235.

43. Isensee, J., ob. cit., p. 740.

44. Sobre les reformes de l'Estat federal alemany, Selmer, P. "Die Föderalismusreform-Eine Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung?", *JuS*, 2006, pp. 1052 i ss.

45. Els documents de l'esmentat intent de reforma poden consultar-se a *Beratungen und Empfehlungen zur Verfassungsreform II. Schlußbericht der Enquête Kommission Verfassungsreform des Deutsches Bundestages. Teil II. Bund und Länder, Bundestag, Bonn, 1976*.

deral, i centre de les crítiques⁴⁶. El Bundesverfassungsgericht va confirmar aquesta interpretació més restrictiva de les potestats legislatives del Bund⁴⁷, però els resultats finals eren insuficients i aviat va ser evident la necessitat d'una altra reforma⁴⁸.

Els moviments més clars cap a una reforma global van començar l'any 2000, en la qual destacava la petició d'una millora del sistema federal en la trobada de representants dels Parlaments dels Länder el 23 de maig del 2000. Encara que el punt àlgid d'aquest moviment des dels Länder té lloc el 27 de març del 2003: la Conferència de Presidents dels Länder aprova un elenc de directrius concernents a la modernització de l'Estat federal. El 31 de març va tenir lloc a Lübeck la primera Convenció Federal dels Parlaments dels Länder.

Els documents aprovats en ambdues reunions⁴⁹, amb un ampli consens, van forçar la Federació a iniciar un procés d'estudi del model federal. Els dies 16 i 17 d'octubre del 2003 el Bundestag i el Bundesrat conformen una Comissió Paritària per a la Modernització de l'Ordre Federal. Malgrat tots els esforços, la Comissió es va tancar sense acord el 17 de desembre del 2004. Tanmateix, els resultats electorals de la

46. Entre d'altres, Scholz, R., ob. cit., Achterberg, N., "Die Entscheidung über das Bedürfnis für die Bundesgesetzgebung (Art. 72 Abs. 2 GG)", DVBl, 1967, pp. 775-776, Gruson, M., *Die Bedürfniskompetenz. Inhalt und Justiziabilität des Art. 72 Abs. 2 des Grundgesetzes*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1967, pp. 99 i ss, Pestalozza, Ch., "Artikel 72", *Das Bonner Grundgesetz*, Band VIII, v. Mangoldt, H. und Klein, F., Franz Vahlen, München, 1996, pp. 120-122, Büllinger, M., ob. cit., p. 799, Kisker, G., "Neuordnung des Bundesstaatlichen-Kompetenzgefüges und Bund-Länder-Planung", *Der Staat*, 1975, p.188, Krüger, M., "Zur Bedeutung des Art. 72 Abs. 2 GG für die Gesetzgebungskompetenz des Bundes", BayVBl, 1984, pp. 546-547, Callies, C., "Die Justiziabilität der Art. 72 Abs. 2 GG vor dem Hintergrund von kooperativen und kompetitiven Föderalismus", DöV, 1997, pp. 894-895.

47. Es tracta en particular de les Sentències de 24 d'octubre de 2002 (Altenpflegegesetz. BVerfG, 2 BvF 1/01 vom 24.10.2002 www.bverfg.de/entscheidungen), 27 de juliol 2004 (Juniorprofessur BverfG, 2 BvF 2/02 vom 27.7.2004. www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen) i la de 26 de gener de 2005 (Gebührenspflicht BVerfG 2 BvF 1/03 vom 26.1.2005 www.bverfg.de/entscheidungen) Aquesta línia jurisprudencial va ser analitzada a González Pascual, M., "El papel de la Justicia Constitucional en las controversias competenciales (El cambio de paradigma en la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht)", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 26, 2005.

48. Kadelbach, S., "Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen", *Bundesstaat und Europäische Union zwischen Konflikt und Kooperation*, VVDStRL, 2007, p. 15.

49. Sobre les propostes dels Länder, Robbers, G., "Entwicklungsperspektiven des Föderalismus", *Der Staat des Grundgesetzes*, ob. cit., pp. 431 i ss.

tardor del 2005 i la consegüent "Gran Coalició" van permetre l'acord. En l'apartat cinquè de l'Acord de Coalició es va preveure la reforma del model federal. Aquesta es va dur a terme ràpidament i gairebé sense discussió, i va prendre com referència els resultats de la Comissió per a la Modernització de l'Ordre Federal. El març de 2006 es presenta el projecte davant del Bundestag, i l'1 de setembre d'aquell mateix any entra en vigor la major reforma del federalisme alemany des de l'aprovació de la Grundgesetz⁵⁰.

La idea central de la reforma federal era reduir el dret de veto del Bundesrat⁵¹, incrementant a canvi les competències legislatives dels Länder. És a dir, la idea central és apartar-se de la participació com a adequada substituta del propi espai de decisió. Així mateix es busca un augment de la transparència i el repartiment de la responsabilitat per les decisions, ja que la compensació mitjançant la participació havia portat a una situació en la qual "tots decideixen sobre tot"⁵². Paral·lelament s'incrementen les possibles diferències normatives entre Länder, en tant que necessitat cada més sentida després de la reunificació⁵³.

Amb aquesta finalitat, es du a terme una complexa reforma del sistema de competències, el Bundesrat perd la facultat de vetar les

50. Aquest procés no ha acabat. El 8 de març 2007 es constituí la Comissió Mixta Bundesrat-Bundestag per abordar el sistema de finançament, tema encara obert.

51. Al voltant del 60% de les lleis de la federació podien ser objecte de veto per part del Bundesrat, i aquestes al mateix temps suposaven el 90% de les lleis més importants. Scholz, R., "Zur Reform des bundesstaatlichen Systems", *Der Staat des Grundgesetzes*, ob. cit., p. 505.

52. Arribant-se a parlar d'una "organitzada pèrdua de responsabilitat administrativa". Huber, P., pp. 3-4, Kommissionsdrucksache 0008, www.bundesrat.de.

53. Cada Alemanya té una herència cultural diversa, com a conseqüència del passat més recent, dades de partida econòmiques i d'infraestructures molt diferents, una diferent concepció dels estàndards ecològics, un horitzó polític-social molt diferent, com menys una certa diferència quant a la socialització, una falta de familiaritat entre les condicions mínimes de vida dels uns i els altres, així com una certa actitud reticent a la construcció d'un camí comú. Bauer, H., "Die Verfassungsentwicklung des wiedervereinigten Deutschland", *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band IX, Isensee, J. und Kirchhof, P. (Hrsg.), Müller, Heidelberg, 1997, p. 703. Aquesta situació ha incrementat el perfil polític dels Länder al voltant de l'eix nord-sud, est-oest. El federalisme de la concòrdia s'hauria anant aproximant a un federalisme competitiu de partits polítics. Sobre això, Schneider, H. P., "Die bundesstaatliche Ordnung im vereinigten Deutschland", NJW, 1991.

lleis que afectin l'organització o procediment administratiu dels Länder, a canvi que els Länder guanyin la competència per adoptar normes diferents en l'esmentada qüestió. També hi ha novetats en matèria financera, encara que en aquest punt continua oberta la discussió. Es modifica lleument la participació dels representants dels Länder en les institucions i òrgans europeus i es preveu el repartiment de les sancions per incompliment d'obligacions internacionals o supranacionals⁵⁴.

D'aquesta manera el federalisme alemany dóna un nou gir. Després de la reunificació va passar de qualificar-se de *federalisme cooperatiu* a titllar-se de *federalisme competitiu*⁵⁵. I després de la reforma de 1994 i la jurisprudència sobre això a partir de l'any 2002 es va afirmar que s'havia deixat enrere el *federalisme d'execució*⁵⁶. Amb la reforma del 2006 s'introdueixen elements que l'aproximen al federalisme asimètric⁵⁷.

Als efectes d'aquest treball, la gran qüestió són les reformes que pretenen donar resposta a la integració del sistema de competències en un sistema a tres nivells⁵⁸, evitant caure en l'error de la reforma de 1994, que no va tenir en compte que el sistema constitucional de competències estava integrat al seu torn al sistema comunitari⁵⁹.

54. Sobre la reforma, per tots, Starck, CH., "Einführung", *Föderalismusreform*, Starck, CH., (Hrsg.), Beck, München. 2007, p. 3-4, Nierhaus, M. und Rademacher, S., "Die große Staatsreform als Ausweg der Föderalismusfalle?", LKV, 2006, pp. 385-432; Huber, P. H. *Entflechtung der Verwaltungskompetenzen als Leitidee der Föderalismusreform*, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaft*, vol 6, n° 2, 2008, Häde, U., "Zur Föderalismusreform in Deutschland", JZ, 2006.

55. Arndt, W., "Erneuter Föderalismus", ob. cit., pp. 31-32.

56. Callies, Ch., "Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung", *EuGRZ*, 2003, p. 193.

57. Von Beyme, K., *Föderalismus und regionales Bewusstsein*, Beck, München, 2007, pp. 188 i ss.

58. Sobre la reforma de l'Art. 23 GG ens remetem al nostre estudi González Pascual, M., "¿Deben continuar los Länder negociando en el Consejo de la UE? De la Landesblindheit a la Europafähigkeit en el marco de la reforma federal de 2006" *REDE*, 29, 2009.

59. Reh binder, E. und Wahl, R., "Kompetenzprobleme bei der Umsetzung von europäischen Richtlinien", *NVwZ*, 2002, p. 24.

4. La reforma del sistema competencial alemany: la presa en consideració de la transposició de les directives

La necessitat de reformar el sistema competencial era compartida per la majoria de la doctrina alemanya⁶⁰, així com la necessitat de disminuir els supòsits de veto del Bundesrat respecte de la legislació federal. Era necessari garantir els espais de decisió dels Länder, en particular dels seus parlaments, augmentant les seves competències exclusives, adequar el sistema a la integració comunitària, i aclarir els espais de decisió respectius del Bund i dels Länder⁶¹. En aquest sentit la Reforma del 2006 perseguia diferents finals que podien resumir-se a modernitzar el sistema, " desburocratitzar-lo" i fer-lo més efectiu davant les exigències de la UE⁶². Del conjunt de canvis que van ser aprovats ens limitarem als que van afectar alguns dels trets més característics del sistema competencial alemany.

4.1. Els problemes del sistema competencial: l'expansió de les competències del Bund

Per comprendre millor la reforma cal recordar succintament les línies mestres del sistema competencial⁶³. L'art. 70.1 GG fixa la competència dels Länder sobre totes les matèries no expressament atorgades al Bund. Paral·lelament, s'estableix un ampli catàleg de matèries sobre les quals correspon al Bund la competència exclusiva, la fixació de normativa marc o legislació concurrent. Les categories particularment problemàtiques han estat la legislació marc i concurrent. Aquesta última implicava que l'aprovació d'una llei federal en una matèria inclosa en el seu àmbit (arts. 74, 105.2 i 115.c.1 GG) desplaçava la normativa dels Länder, efecte que no es produïa en la direcció inver-

60. Scholz, R., "Zur Reform.", ob. cit., p. 495.

61. Oeter, "Die Änderungen im Bereich der Gesetzgebungskompetenzen", *Föderalismusreform*, ob. cit., pp. 9-10.

62. Degenhart, Ch., "Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform", *NVwZ*, 2006, p. 1209.

63. Sobre això, Pechstein, M. / Weber, A., "Gesetzgebungskompetenzen nach dem Grundgesetz", *Jura*, 2003, pp. 82 ss.

sa⁶⁴. Quant a les lleis marc, les conegudes Rahmengesetze (art. 75 GG), limitaven la potestat del legislador federal a una part de la regulació de la matèria, no podent entendre's la norma final sense la col·laboració indispensable de la legislació dels Länder⁶⁵.

Per delimitar l'abast de la competència federal sobre la normativa marc i concurrent es va introduir l'art. 72 GG, que fixava una sèrie de premisses reductores a la capacitat legislativa sobre les matèries reservades a l'esmentat tipus⁶⁶. L'ambigüitat dels seus termes demanava la seva concreció per la jurisprudència constitucional, tanmateix el Bundesverfassungsgericht va declarar la seva pròpia incapacitat per determinar l'abast dels límits fixats a l'art. 72.2 quan es tractaria d'una "decisió política prèvia, que el BVerfG ha de, fonamentalment, respectar. Si el Legislador federal afirma la necessitat d'una regla federal, el control del BVerfG se cenyeix a avaluar si ha interpretat correctament els principis acollits a l'art. 72.2 GG i s'ha mantingut a l'esmentat marc"⁶⁷. En conseqüència, mai una llei federal no va ser declarada contrària a l'art. 72 GG, i el precepte es va erigir en el motor de la unitarització del sistema federal alemany⁶⁸.

Quant a la normativa marc, a la pràctica el Bund tendia a esgotar la matèria no respectant els espais dels Länder⁶⁹. El Bundesverfas-

64. Von Münch, I., "Art. 72 (konkurriente Gesetzgebung)", Grundgesetz-Kommentar, Band 3, art. 70 bis art. 146, von Münch, I. (Hrsg), C. H. Beck, München, 1983, p. 24.

65. Maunz, Th., "Artikel 75" Grundgesetz-Kommentar. Band V, Maunz-Dürig, Beck, München, 2003, p. 14.

66. L'art. 72 a la seva redacció abans de la reforma de 1994 establia:
A l'àmbit de la legislació concurrent els Länder tenen dret a legislar, mentre el Bund no faci ús del seu dret a legislar.
En aquest àmbit el Bund té la potestat legislativa, en la mesura que existeixi la necessitat d'una llei federal perquè:

Un assumpte no pugui ser regulat de mode efectiu per la legislació dels Länder o
La regulació mitjançant una llei del Land pugui perjudicar els interessos d'un altre Land o de la comunitat o

Ho exigeixi la preservació de la unitat jurídica o econòmica, en especial el manteniment de la uniformitat de les condicions de vida més enllà del territori del Land.

67. BVerfGE 26, 338 (382, 383), E 78, 249, (270), E 13, 237, (239)

68. Stern, K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band II, C.H. Beck, München, 1980, p. 597.

69. Büllinger, M., ob. cit., p. 765, Degenhart, C., "Art. 75. Rahmengesetzgebung", Grundgesetz Kommentar, Sachs, M (Hrsg.), CH Beck'sche, München, 2003, p. 1061, Gramm, C., "Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes für ein Umweltgesetzbuch", DöV, 1999, p. 542.

sungsgericht tampoc no va frenar la normativa exhaustiva del Bund, ja que va acceptar que una norma marc contingué "regles acabades d'aplicació directa si existeix un fort i legítim interès en la regulació unitària de la qüestió, de l'anàlisi conjunta de la norma es dedueix que els Länder conserven cert espai a completar mitjançant una decisió pròpia"⁷⁰.

L'any 94 es modifiquen els arts. 72⁷¹ i 75⁷² GG per intentar augmentar l'espai dels Länder⁷³. A més es fa una crida directa a la jurisprudència constitucional perquè fixi l'abast d'ambdós preceptes⁷⁴, tasca que durà a terme en les ja citades sentències *Altenpflegegesetz*, *Juniorprofessur* i *Gebührenspflicht*.

Conforme a la nova redacció del precepte, per determinar si el Bund ostenta la competència, s'han de contestar abans dues preguntes. La primera si la norma és indispensable per protegir el bé jurídic contingut a l'art. 72 GG. I la segona quin ha de ser l'abast de la norma del Bund, això és, en quina mesura és indispensable. Precisament l'indispensabilitat és el punt central per determinar la competència del Bund. La *Grundgesetz*, afirma el Tribunal, atorga als Länder la prioritat en el seu dret a legislar, i el criteri de la indispensabilitat

70. BVerfGE 43, 291 (343).

71. Art. 72 GG:

En l'àmbit de la legislació concurrent els Land tenen la facultat per legislar només quan el Bund no hagi fet ús de la seva competència normativa mitjançant llei.

El Bund té en aquest àmbit el dret de legislar si i en la mesura que la creació de condicions de vida equiparables al territori del Bund o el manteniment de la unitat jurídica o econòmica a favor de l'interès general faci indispensable una norma federal.

Mitjançant llei federal pot establir-se que una norma federal que ja no sigui indispensable en el sentit del paràgraf anterior sigui substituïda pel dret dels Land.

72. A l'art. 75 GG se li afegixen dos nous paràgrafs:

Sota les premisses fixades a l'article 72, la federació té el dret a dictar disposicions marc per la legislació dels Länder en les matèries següents [...]

1 a) Els principis generals de l'Ensenyament Superior [...]

2 Només excepcionalment les disposicions marc podran entrar en detall o contenir regulacions d'aplicació immediata.

73. Sobre la reforma, entre d'altres, Rybak, H. und Hofmann, H., "Verteilung der Gesetzgebungsrechte zwischen Bund und Ländern nach der Reform des Grundgesetzes", *NVwZ*, 1995, pp. 230 i ss.

74. Art. 93. 1. El BVerfG decideix:

a: En cas de controvèrsia sobre si una llei federal s'adequa a las premisses de l'art. 72.2, a petició del Bundesrat, del govern d'un Land o l'Assemblea Legislativa d'un Land.

remet “la legislació del Bund a la menor interferència possible en l’esmentat dret dels Länder. La llei federal només serà indispensable en la mesura que sense l’esmentada llei [...] els finals de l’art. 72.2 [...] no poguessin ser assolits o s’aconseguissin d’una manera insuficient”. (Absatz 338)⁷⁵.

Quant a la normativa marc, el *leading case* és el Juniorprofessur. La controvèrsia porta causa en la llei federal que modifica la llei marc d’ensenyament superior, la principal novetat de la qual és la introducció d’una nova figura en l’estructura del personal universitari, el Juniorprofessur. Es tracta, per tant, d’una llei emparada a l’art. 75.1 a. GG. En conseqüència, ha de respectar quatre límits: caràcter marc de la norma; exclusió de normes detallades i preceptes d’aplicació immediata; indispensabilitat de la norma federal i limitació a principis generals⁷⁶.

El tribunal comença recordant que la configuració definitiva de la Rahmengesetz necessita la col·laboració entre el legislador del Land i del Bund. Per a això el Bund ha de fixar un marc al qual s’adaptarà la normativa del Land, sense predeterminar de manera absoluta la decisió del Land, la potestat legislativa del qual no pot reduir-se a l’estricta elecció entre possibilitats preestablertes ni a la mera execució. La Rahmengesetz es dirigeix fonamentalment al legislador del Land, com ha destacat la reforma de 1994, i no ha de contenir dret directament vinculant per als ciutadans. La paraula marc (Rahmen) és una crida al legislador del Land. Una norma acabada és descartada, entenent també que revesteix aquest caràcter quan de la interpretació de la Rahmengesetz s’infereixi que els seus espais només poden completar-se d’una manera fixada pel Bund. La llei ha de permetre diferents solucions.

Hi cap la inclusió eventual de normes detallades, però “en la interpretació de cas excepcional, recollit ara a l’art. 75.2 GG, ha de prendre’s com a rerefons la reforma constitucional, i des d’ara emfatitzar-se de manera especial que la norma marc del legislador federal permeti al Land una configuració legislativa pròpia” (Absatz 92)⁷⁷.

75. BVerfG, 2 BvF 1/01 vom 24.10.2002 www.bverfg.de/entscheidungen.

76. Aquesta última com a barrera addicional en la matèria “Ensenyament Superior”, introduïda també en la reforma de 1994.

77. BVerfG, 2 BvF 2/02 vom 27.7.2004. www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.

Aquest nou paràgraf “fonamenta formalment un reforç de l'exigència al Bund de justificació”, és a dir, “per apartar-se del cas constitucional general de l'art. 75.1 GG el Bund necessita raons especials” (Absatz 93). El recurs a un interès legítim i fort ja no és suficient “atès el fi de la reforma constitucional de reforçar sensiblement les possibilitats competencials normatives dels Länder” (Absatz 94)⁷⁸.

En últim lloc, s'ha de respectar l'art. 72.2 GG, “sense que les exigències de les premisses de l'art. 72.2 siguin menys estrictes que respecte de la legislació concurrent”. (Absatz 96) Per tant, la reforma constitucional exigeix que una norma marc es dirigeixi directament al legislador del Land, restringeix qualitativament la possibilitat d'una excepció a l'esmentada regla, i endureix les premisses de l'art. 72.2.

D'aquesta manera el Bundesverfassungsgericht constrenyí clarament les possibilitats del Bund d'aprovar tant normativa marc com a concurrent fixant una sèrie de requisits addicionals respecte del contingut i final de la norma⁷⁹. Tanmateix, aquestes premisses patien d'enorme ambigüitat que podrien reclamar una contínua intervenció de la Justícia Constitucional⁸⁰. Així mateix en virtut de l'Art. 125a.2.2 no eren aplicables a la norma aprovada abans de 1994, llevat que una llei federal així ho establís, sent una potestat absolutament facultativa dels Länder tal com va confirmar la pròpia jurisprudència del Bundesverfassungsgericht⁸¹. El final de la reforma de 1994 d'ampliar els espais dels Länder va quedar en gran manera frustrat, amb la paradoxa que sobre certes matèries el Bund ja no podia legislar més, però els Länder encara no⁸².

78. D'aquesta manera juga un important paper la reforma constitucional, de fet assevera “la praxi constitucional ha estat fins ara gaire generosa, per això s'ha d'accentuar el caràcter cooperatiu de la competència. Les implicacions centrals d'aquesta norma com a procés de fixació de normes cooperatiu no van ser convenientment considerades. En la reforma constitucional hi ha una clara advertència del poder de reforma al BVerfG perquè modifiqui la jurisprudència fins ara defensada”. (Absatz 90)

79. Faßbender, K, “Eine Absichtserklärung aus Karlsruhe zur legislativen Kompetenzverteilung im Bundesstaat”, JZ, 2003, p. 332 i ss, Kenntner, M. “Der Föderalismus ist (doch) justiziabel! Anmerkungen zum Altenpflegegesetz– Urteil des BVerfG”, NVwZ, 2003, p. 821 i ss.

80. Vot particular dels Magistrats Osterloh, Lübke– Wolff i Gerhardt a la Sentència *Junior-professur*.

81. Ipsen, J., “Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle”, NJW, 2006, pp. 2081-2082.

82. Oeter, ob. cit., p. 12.

4.2 La desaparició de la normativa marc

La reforma del sistema constitucional de competències del 2006 pretenia assolir tres objectius: augmentar l'àmbit propi dels Länder, permetre una major diferenciació normativa entre els mateixos i garantir una adequada transposició de la normativa comunitària.

Com ha estat esmentat el desgast del model de compensació mitjançant participació va fer que la separació de competències com a paradigma guanyés força en la doctrina alemanya, així mateix l'augment de les diferències després de la reunificació van propiciar una petició de major capacitat per part de cada Land per prendre decisions divergents de la resta⁸³. Quant a la transposició de les directives, la preocupació pel correcte compliment de les imposicions comunitàries sobre això havia anat en augment, plantejant-se si la República Federal no tindria una estructura poc apta per traslladar en temps i forma les directives⁸⁴. La reforma busca els tres fins simultàniament mitjançant tres mesures interdependents; la desaparició de la normativa marc, l'augment de les competències exclusives dels Länder i la regulació del dret a divergir (Abweichungsrecht).

La normativa marc va començar a ser considerada un problema per a la correcta transposició de les directives, en particular després de la reforma de 1994 i la jurisprudència del Bundesverfassungsgericht sobre això⁸⁵. Ja no podia esgotar-se pel Bund tota la matèria, com havia estat el costum anteriorment cada vegada que ens trobésim davant d'una directiva. Certament l'art. 75. 2 GG establia la pos-

83. Aquestes diferències també són visibles en quant a la visió més o menys europeista dels Länder. Així mentre alguns Länder es confessen incapaços d' atendre les demandes de la UE, d'altres com Baden-Württemberg, Bayern, Nordrhein-Westfalen han reforçat les seves administracions als últims anys precisament per poder respondre a les exigències UE. Grobe Hüttmann, M, "Wie europafähig ist der deutschen Föderalismus?", APuZ, 2005, p. 30.

84. En aquest sentit posava Rupert Scholz de relleu en la Comissió Paritària per la Modernització de l'Ordre Federal que, conforme als Informes de la Comissió Europea de 21.1.2004, Alemanya era el tercer Estat que més incomplia amb l'obligació de transposició de les directives comunitàries. Scholz, R, Kommissionsdrucksache 40. Si bé, como afirmà Arthur Benz la causa podia ser aliena a l'Estat federal ja que França era un país més infractor que Alemanya de l'obligació de transposar conforme a l'esmentat Informe. Benz, A., " Zur Reform der Kompetenzverteilung im Bundesstaat", Kommissionsdrucksache 007. www.bundesrat.de.

85. Nierhaus, M. und Rademacher, S., ob. cit., p. 387.

sibilitat que la norma marc del Bund contingués regles immediatament aplicables en casos excepcionals i singulars i, paral·lelament, el seu apartat tercer fixava l'obligació dels Länder de desenvolupar la normativa marc dins del termini fixat per la llei. Una lectura conjunta podria haver permès contemplar com a cas excepcional de regulació detallada la inacció dels Länder davant de la transposició d'una directiva⁸⁶.

Lògicament això derivava en la necessitat de dos procediments legislatius, cosa que implicava un problema de temps, a més dels problemes per diferenciar "marc" de "detall" i, en conseqüència, adjudicar les competències a un o un altre. Aquests problemes van anar en augment en acudir la UE cada vegada amb major freqüència a procediments de coordinació que comportaven una "escombrada horitzontal" en matèries que a Alemanya estaven sotmeses a aquest règim de normativa marc⁸⁷, amb el medi ambient com a exemple⁸⁸.

En aquest sentit el sistema competencial alemany no resultava prou apte per a la transposició de les directives comunitàries, perquè no semblava sensat que hi hagués dues normes marc seguides⁸⁹. Més encara si es té en compte que en moltes ocasions les directives pràcticament esgoten la matèria, sent en ocasions més un problema de densitat normativa que de títols competencials⁹⁰. Precisament en aquests supòsits, en els quals l'espai a repartir entre el Bund i els Länder és nul o poc significatiu, serien els únics en els quals clarament podria utilitzar-se la possibilitat excepcional d'aprovar una normativa marc detallada per part del Bund⁹¹.

86. Müller, M. D., *Auswirkungen der Grundgesetzrevision von 1994 auf die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Länder*, Juristische Schriftenreihe, Münster, 1995, p. 163, JARASS, H., "Allgemeine Probleme der Gesetzgebungskompetenz des Bundes", NVwZ, 2000, p. 1093.

87. Reh binder, E und Wahl, R., ob. cit., pp. 21-22. En sentit semblant, Pechstein, M. / Weber, A, ob. cit., p. 91.

88. Sobre això, Sendler, H., "Deutsche Schwierigkeiten mit dem EG-Recht-Zur Misere der Umsetzung von EG-Umweltschutz-Richtlinien", NJW, 2000, pp. 2871 i ss.

89. Reh binder, E. und Wahl, R., ob. cit., p. 23.

90. Bogdandy, A., / Bast, J., ob. cit., p. 53.

91. Jarass, H., ob. cit, pp. 1095-1096.

Tanmateix, ja que el Bund no feia distinció, i emprava com a coartada la seva potestat marc per traslladar les directives, amb independència del seu contingut i amb una clara tendència a esgotar la matèria⁹², usar la possibilitat excepcional de l'art. 75.2 GG podria haver frustrat els objectius de la reforma del 94 cada vegada que es tractés de dret comunitari⁹³. Aquest fet s'ha de posar en connexió amb la pròpia importància qualitativa i quantitativa de la normativa comunitària per a la legislació dels Estats membres. No en va, s'ha calculat que més d'un 30% de les normes que s'aproven pel Bund tenen el seu origen en normativa comunitària⁹⁴.

Es van postular diverses alternatives per reformar la normativa marc en la Comissió Paritària per a la Modernització de l'Ordre Federal, que anaven des de la transformació en normes de principi d'abast, per tant, més limitat, fins a la seva dràstica reducció o eliminació. Aquesta era última l'opció que es va prendre en el 2006. La lògica conseqüència va ser que les matèries que abans formaven part de la normativa marc havien de ser "repartides" entre el Bund i els Länder. Aquest repartiment es va fer conforme diversos criteris.

Algunes matèries que abans queien en l'àmbit d'aplicació de la normativa marc passen a ser competència exclusiva dels Länder⁹⁵, altres del Bund⁹⁶, però la majoria serà inclosa en la legislació concurrent, que, al seu torn, es regirà per nous criteris.

92. Bartelt, S., "Die Europafähigkeit des Grundgesetzes und die Föderalismuskommission", DöV, 2005, p. 900.

93. Sobre els perills d'una interpretació àmplia de les excepcions de l'art. 75 advertia el mateix Bundesverfassungsgericht en la citada sentència Juniorprofessur, (Absätze 92-94). Sobre això, Hufen, F., "Unvereinbarkeit der Juniorprofessur mit dem Grundgesetz- Grenzen der Rahmengesetzgebung des Bundes", JuS, 2005, p. 68.

94. Tietje, Ch. "Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen", *Bundesstaat und Europäische Union zwischen*, ob. cit., p. 53.

95. És el cas de la carrera professional, retribució i previsió social dels funcionaris dels Land. No obstant això, després de la reforma els Land també guanyaran com a competències exclusives l'execució de les penes i de la presó preventiva, la protecció a ancians i discapacitats, la fixació dels horaris dels centres comercials, així com tot el relatiu a hotels, restaurants, casinos, fires, mercats, prevenció del soroll, trànsit immobiliari rústic i ajuts socials a l'habitatge. Sobre això, Schneider, H. P., "Gestaltungsföderalismus statt Verwaltungsföderalismus: Chancen und Risiken der Landesparlamente", ZEuW, vol 6, n. 2, 2008, p. 331-332.

96. Es tracta de les matèries de cens i expedició de documents nacionals d'identitat, i protecció del patrimoni cultural nacional contra l'exportació.

Després de la reforma la legislació concurrent es divideix, al seu torn, en tres categories: dret de la Federació a legislar sense cap condició adicional; necessitat que es presenti la indispensabilitat de la mesura, i matèries en les quals els Länder tenen dret a "apartar-se".

Així, el Bund guanyarà certs espais perquè matèries abans sotmeses a la necessitat de complir les premisses de l'art. 72.2 GG, particularment estrictes després de la reforma de 1994, queden fora de l'àmbit d'aplicació de les mateixes. Indubtablement això implica un augment de l'espai de decisió del Bund en matèries com a dret de la competència, dret de reunió, seguretat social o dret laboral, per esmentar-ne algunes de les més rellevants. No en va aquestes matèries passen a ser competència pràcticament exclusiva del Bund⁹⁷. No obstant això continuen havent de complir les esmentades premisses matèries particularment sensibles per als Länder com a estrangeria, seguretat social, dret de l'economia (indústria, energia, comerç, banca i borsa, activitats professionals i artesanals) o investigació científica entre d'altres. En aquest sentit s'ha afirmat que el criteri seguit seria el de les matèries políticament més rellevants per al Bund o els Länder⁹⁸.

Ara bé, la novetat principal de la reforma és el dret dels Länder a diferenciar-se en algunes matèries reservades a la legislació concurrent. En aquesta categoria s'inclouran la major part de les matèries que abans de la reforma s'englobaven sota la normativa marc: caça, protecció de la naturalesa i el paisatge, ordenació territorial, distribució del terra, aigües, admissió i obtenció del títol en els centres d'Ensenyament Superior. Conforme al nou art. 72.3 GG en aquestes matèries els Länder poden aprovar una norma que desplaci la norma del Bund, de manera que s'obre la possibilitat no només de diferents normes entre els Länder, sinó que en alguns Länder sigui d'aplicació una norma del Bund però d'altres s'aprovin les seves pròpies normes. I per això s'hagi denominat "el dret a divergir".

En aquestes matèries guanyen espais clarament nous els Länder perquè ja no s'han d'ajustar a la normativa marc del Bund. En cas de no ser d'acord amb la norma federal en podran aprovar una de diferent.

97. Sobre les competències que "guanya" amb la reforma el Bund, Heintzen, "Die ausschließliche Bundesgesetzgebung", *Föderalismusreform*, ob. cit., pp. 41 i ss.

98. Oeter, ob. cit., p. 13.

D'aquesta manera, a més, tenen un major camp d'influència sobre la legislació federal que tendirà a evitar les normes divergents i serà més procliu el Bund a aproximar la seva posició a la dels Länder. A més, per primera vegada s'introdueix en el sistema alemany un tret clar de federalisme competitiu asimètric⁹⁹. Model que per a alguns autors és més ajustada a la realitat actual de l'Estat federal alemany que l'establiment forçós d'una uniformitat des del Bund o la transferència uniforme a tots els Länder amb independència del seu propi interès o capacitat¹⁰⁰.

El possible conflicte entre successives normes del Bund i dels Länder es resoldrà conforme el criteri cronològic, establint-se una concurrència perfecta¹⁰¹, ja que ambdues normes poden desplaçar-se entre si. Ara bé, la norma federal no podrà entrar en vigor fins a 6 mesos després de la seva aprovació, donant-li temps als Länder per reaccionar. Aquest termini sols podrà ser escurçat mitjançant l'aprovació pel Bundesrat, el qual no solament està conformat per representants dels Länder sinó que pren les seves decisions per majoria absoluta. D'aquesta manera per a aquestes matèries es trenca la clàusula general de la prevalença del dret federal continguda a l'Art. 31 GG¹⁰².

Aquest nou repartiment de les competències legislatives permetria un compliment més adequat de les exigències del dret comunitari, ja que tots els supòsits que passen a ser competència exclusiva del Bund o del Land situen sota el camp d'acció d'un únic legislador la transposició o execució de la norma comunitària.

Pel que fa als supòsits de concurrència perfecta, quan el Bund pot aprovar normes exhaustives pot complir en temps amb les exigències de la UE, evitant els problemes de dos legisladors¹⁰³. Però en per-

99. Oeter, ob. cit. pp. 15-16.

100. Scharpf, F. W., Anmerkungen zum "asymmetrischen und lernfähigen Föderalismus", Kommissionsdrucksache 0080 www.bundesrat.de.

101. Ipsen, J., ob. cit., p. 2804.

102. Degenhart, Ch., "Die Neuregelung", ob. cit., p. 1212. Oeter, ob. cit., pp. 18-19.

103. En aquest sentit, donada la complexitat a la qual ha arribat la normativa comunitària mediambiental el nou Art. 125 b l 3 GG no permet entrar la concurrència perfecta en la matèria de medi ambient fins el 2010 per permetre a la RFA complir amb les últimes obligacions sobre el tema i no frustrar les reformes que el Bund ja havia començat. Nierhaus, M. und Rademacher, S., ob. cit., p. 390.

metre als Länder apartar-se de la norma federal, s'aconsegueix simultàniament el màxim d'autonomia, de manera que queda a la voluntat de cada Land aprovar una norma diferent sempre en els marges que atorgui la norma comunitària¹⁰⁴. Així mateix, la diversitat de normes també dóna compliment d'aquest altre fi de tot sistema federal de permetre experimentar solucions diferents que faran possible trobar-hi la solució més adequada.

D'aquesta manera, el fi d'atorgar un espai major de decisió als Länder s'assoleix sense que sofreixi el compliment de les obligacions comunitàries. La possible necessitat d'un mínim denominador comú normatiu en algunes matèries per tal d'assolir un cert nivell d'igualtat entre els ciutadans, o la unitat econòmica o jurídica necessària per a l'adequat desenvolupament de la vida economicosocial del conjunt, ja es compleix amb la normativa comunitària. Els esmentats valors no estan en joc normalment si hi ha una directiva comunitària, de manera que la seva concreció cau en l'esfera de l'autonomia dels Länder. La norma federal perd el seu sentit¹⁰⁵. En definitiva, l'existència d'un sistema jurídic multinivell també precisa noves respostes en matèria competencial¹⁰⁶.

4.3. La responsabilitat derivada de l'incompliment.

Dins de la reforma federal, com ja s'ha afirmat, un altre dels fins principals era el repartiment adequat de la responsabilitat. En aquest sentit, la indeterminació i la falta de transparència del titular de cada potestat comporta que la responsabilitat del poder públic es difumini, motiu pel qual és desitjable una certa transparència en qualsevol sistema de repartiment de competències¹⁰⁷.

Pel que fa a la UE, si bé els Estats membres són lliures de "repartir les competències en el pla intern i d'executar els actes de dret comunitari que no siguin directament aplicables per mitjà de mesures adoptades per les autoritats regionals o locals, sempre que l'esmentat

104. Huber, Kommissionsdrucksache 0008, p. 9. www.bundesrat.de.

105. Sobre això, Benz, A. "Zur Reform", ob. cit., p. 11 i Pernice, I., "Föderalismus im Umbruch", Kommissionsdrucksache 044, p. 7 www.bundesrat.de.

106. Mayer, F. C., "Die drei Dimensionen", ob. cit., p. 606.

107. Mayer, F. C., "Die drei Dimensionen", ob. cit., p. 583.

repartiment de competències permeti una correcta execució dels referits actes de dret comunitari¹⁰⁸, el responsable últim per l'incompliment de les obligacions que imposa és sempre l'Estat. Així, davant d'una eventual transposició d'una directiva contrària a l'ordenació comunitària l'Estat respon davant de la Unió Europea independentment de l'òrgan que va prendre la decisió¹⁰⁹.

Lògicament són múltiples les decisions que corresponen als Länder però que són susceptibles d'inferir en l'esfera comunitària, de la qual es deriva una eventual responsabilitat del Bund¹¹⁰. En aquest sentit, el Bundesverfassungsgericht va assenyalar que tant el Bund com els Länder han d'actuar així d'acord amb el principi de lleialtat federal en tot el que fa referència al compliment de les obligacions comunitàries¹¹¹. Tanmateix, en tant que l'obligació dels Länder se cenyeix al camp de l'execució, el Bund té les facultats derivades de l'alta inspecció per assegurar-se del correcte compliment de les obligacions comunitàries¹¹². No obstant això, li manca algun control davant d'una competència legislativa. Aquest fet era més urgent davant de la possible ratificació del Tractat de Lisboa, ja que agilita el procés per exigir davant del TJCE una suma a tant alçat o una multa en el seu cas per incompliment de l'obligació d'informar sobre la transposició de les directives al nou Art. 260 TCE¹¹³.

Encara que alguns autors han intentat al·ludir a la possibilitat d'una inspecció federal "independent"¹¹⁴, aquesta possibilitat ha estat

108. TJCE Sentència de 9.9.1999 Feyrer c. Landkreis Rottal-Inn (C-374/97), fund. 34.

109. TJCE Sentència de 22.6.1989. Costanzo c. Ayuntamiento de Milán (C-103/88) fund. 30-32.

110. Isensee, J., ob. cit., pp. 754 i ss.

111. BVerfGE 92, 203 (230).

112. Isensee, J., ob. cit., p. 759.

113. Bartelt, S., ob. cit., p. 901.

114. Sobre la possibilitat de la facultat esmentada segueix sent imprescindible l'obra de Frowein, J., *Die selbständige Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz*, Ludwig Rührscheid, Bonn, 1961. Sobre la seva possible aplicació a les obligacions derivades del dret comunitari, entre d'altres, Pechstein, M. / Weber, A., ob. cit., p. 91 Vogel, K., "Selbständige Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz, besonders bei der Anwendung europäischen Rechts", *Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65 Geburtstag*, Burmeister, J. (Hrsg), C. H. Beck'sche, München, 1997, pp. 824 i ss.

majoritàriament rebutjada¹¹⁵. I pel que es refereix a la lleialtat federal, confiar aquest problema a un principi tan eteri va arribar a ser qualificat d'“ingenuïtat platònica”¹¹⁶.

En perdre el Bund la seva capacitat d'aprovar normes tant per l'increment de les competències exclusives cap als Länder com pel dret d'aquests a aprovar normes divergents en algunes matèries, podia quedar inerm davant d'eventuals incompliments d'obligacions comunitàries pels Länder. I si bé res no permet considerar que els Länder n'incompleixin més amb el dret comunitari que el Bund, aquesta possibilitat sempre és esgrimida a favor del poder federal¹¹⁷. Així mateix, dins de la definició de *competència* s'ha d'englobar la responsabilitat derivada del seu correcte exercici¹¹⁸.

Per això no és d'estranyar que la doctrina unànimement considerés que s'havia d'arbitrar algun mecanisme per fer els Länder responsables del seu propi incompliment¹¹⁹. Ja que els Länder quan incompleixen no tenen una relació directa amb la UE, no preveure la seva responsabilitat implicava que la Grundgesetz era impermeable a la realitat d'una relació a tres nivells¹²⁰.

En aquest sentit, el nou Art. 104. a. 6 GG estableix en el seu primer paràgraf que “el Bund i els Länder responen de les violacions de les obligacions de caràcter supranacional o internacional de la República Federal Alemanya conforme el repartiment intern de competències i tasques”.

115. Lerche, P., “Artikel 84. Landesverwaltung und Bundesaufsicht”, Grundgesetz Kommentar. Band IV, Maunz, T. und Dürig, C. H. Beck, München, 2003, p. 105, BROb, S., “Art. 84. “Landesverwaltung und Bundesaufsicht”, Grundgesetz–Kommentar, Band 3, Art. 70–146, von Münch/ Kunig (Hrsg.), C.H. Beck, München, 2003, pp. 355-356. Pel que fa al *Bundesverfassungsgericht* considera que la possibilitat d'una inspecció “independent” pertany a l'època de Triepel, i no ha estat prevista per la Grundgesetz. La seva funció és parcialment substituïda per la possibilitat que el Bund es dirigeixi al Tribunal, per tal de determinar si el Land ha executat les lleis federals d'acord amb la Constitució. BVerfGE 8, 122 (131, 132).

116. Schmidt-Jortzig, E. *Kommissionsdrucksache* 0037, p. 13. www.bundesrat.de

117. Bartelt, S., ob. cit., p. 101.

118. Nettesheim, M., “Wettbewerbsföderalismus”, ob. cit., p. 372.

119. Kirchhof, F., “Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?”, DVBl, 2004, p. 984, Benz, A., “Zur Reform”, ob. cit., p. 13, Pernice, I., “Föderalismus”, ob. cit., p. 7, Scholz, R., *Kommissionsdrucksache*, ob. cit., pp. 12-13.

120. Isensee, J., ob. cit., p. 758.

D'aquesta manera la responsabilitat davant de la UE deixa de ser una excusa per ampliar les competències de la Federació, el sistema aconsegueix una major transparència i cada nivell és responsable de les seves pròpies decisions. Paral·lelament, quan el Land respon en última instància de l'incompliment en tots els procediments que siguin iniciats davant del TJCE que puguin implicar la responsabilitat d'un o més Länder davant del Bund conforme al nou Art. 104. a. 6, és necessari fixar mecanismes d'accés dels Länder al propi Tribunal. Amb aquesta finalitat, l'Acord de 12 de Juny de 2008 firmat pel Bund i els Länder sobre el treball conjunt en matèries relatives a la UE, estableix que en els esmentats supòsits la defensa serà duta a terme pel Bund però amb la necessària aprovació del Land al llarg de tot el procés.

Evidentment aquests canvis necessiten que s'aprovi la segona fase de la reforma federal que afecta la Constitució financera i el repartiment d'ingressos i càrregues entre el Bund i els Länder, que continua sent discutida en el Bundestag. El resultat final de l'esmentada negociació marcarà el futur del sistema federal alemany.

En els sistemes multinivell s'està caient en una dinàmica conforme a la qual els nivells superiors aproven normativa que ha de ser executada i sufragada pels inferiors, en l'administració dels quals es recolzen. Per ajudar a costejar aquesta execució el mecanisme són les subvencions, però aquestes sempre comporten un cert arrossegament de competències, una ingerència en les potestats alienes. Un federalisme funcional exigeix tanmateix que l'aprovació de la norma i l'assegurament de les tasques estiguin a les mateixes mans, a més, la política de les subvencions hauria de desaparèixer. L'ideal del federalisme fiscal, és a dir, la unitat de tasques, despeses i ingressos s'assoliria. Cada nivell seria responsable de les seves pròpies decisions i es faria càrrec de les conseqüències, sent aquesta la regla bàsica de la democràcia¹²¹ que batega darrere de qualsevol sistema de descentralització política.

5. Un sistema competencial multinivell: els límits de la reforma

La reforma del 2006 ha fet front a la realitat d'un sistema competencial que s'ha d'integrar amb un altre sistema competencial, el comunitari. La idea que batega darrere d'aquest ha estat augmentar la transparència, la responsabilitat per les decisions i simplificar, des del sistema constitucional nacional, les relacions entre sistemes jurídics. En aquest sentit s'ha buscat una relació el més directa possible entre les competències dels Länder i les de la UE, apartant el Bund com a mitjancer quant a la normativa marc com a gran reforma. L'èxit d'aquesta dependrà de l'evolució de múltiples variables que van des del manteniment d'una cooperació lleial dins de la RFA al futur de la reforma financera, passant pels mateixos avatars del sistema competencial comunitari.

En aquest sentit s'han apuntat els seus límits pels mateixos condicionants de les competències de la UE¹²². No en va els Länder no només han pretès reformar el sistema competencial previst en la Grundgesetz sinó també el comunitari¹²³, fent especial recalcament en una major transparència en el repartiment de competències que respongui al sistema de separació davant el sistema finalista, i en el principi de subsidiarietat.

Els tractats no estableixen matèries competencials sinó polítiques comunitàries, en aquest sentit s'estableixen les competències conforme als objectius de la UE¹²⁴, sent especialment destacat el cas de l'art. 308¹²⁵ i, en particular, de l'art. 95 TCE¹²⁶. Aquesta definició finalista de

122. Si bé alguns autors destaquen que el nou sistema competencial alemany és excessivament complex i això impedirà qualsevol possible adaptació al comunitari. Degenhart, Ch., ob. cit., p. 1215, Häde, U., ob. cit., pp. 936-937.

123. Schwarze, J., "Kompetenzverteilung in der Europäischen Union und föderales Gleichgewicht", DVBl, 1995, p. 1265, Mayer, F. C., "Die drei", ob. cit. 614, Breuer, R., "Bundesstaatliche", ob. cit., p. 170.

124. Diez Hochleitner, J. "El futuro del sistema competencial comunitario: algunas propuestas de reforma", *La encrucijada*, ob. cit., p. 86, Chitti, M. P., ob. cit., p. 78.

125. Des dels 90 l'ús de l'art. 308 ha decaigut bastant tant perquè exigeix unanimitat com pel fet que la UE no precisa tant d'acudir al mateix en ostentar més competències. Nettesheim M. "Die Kompetenzordnung", ob. cit., p. 521, Craig, P. *EU Administrative Law*, Oxford, 2006, p. 410.

126. No en va han estat qualificades de competències finalistes transversals, ja que no limiten la seva actuació a un àmbit material prèviament acotat sinó que els seus objectius

les competències unida al seu continu augment, tant per la reforma dels Tractats com per la pràctica de les mateixes institucions comunitàries¹²⁷, ha portat que es reclami pels Länder una clara delimitació de les competències així com un reforçament del principi de subsidiarietat, en un intent de compatibilitzar els sistemes. En definitiva, analitzar, comprendre i fixar el sistema competencial comunitari de manera simultània al federal intern, com a via apta per garantir les competències dels Länder¹²⁸.

Tanmateix, tot sistema competencial ha de respondre a les característiques centrals de l'ordre jurídic que intenta ordenar¹²⁹. No s'ha d'oblidar que la UE depèn de les administracions dels Estats membres¹³⁰, que pren les seves decisions després d'un complicat procés de recerca del consens, té un caràcter evolutiu i ha d'adaptar-se a exigències molt diverses¹³¹. La flexibilitat és un valor en si mateix en un sistema d'interdependència i cooperació entre múltiples actors¹³².

Si la separació neta de competències és qüestionable com a principi funcional en els mateixos Estats, com a paràmetre per regir el repartiment de competències a la UE es descarta de manera gairebé unànime¹³³. Caldria una modificació substancial del mateix substrat del procés comunitari¹³⁴. Més enllà d'una major transparència en el

abasten una multitud de possibles matèries, Bogdandy, A., / Bast, J., ob. cit., p. 33. Sobre l'ús d'aquestes clàusules, entre d'altres, Breuer, R.

127. Craig, P., "Le kompetenze", ob. cit., p. 309.

128. Breuer, R., "Bundesstaatliche", ob. cit., p. 185.

129. Nettesheim, M., "Die Kompetenzordnung", ob. cit., p. 511, Schwarze, J., ob. cit., pp. 1268-1269.

130. Temple Lang, J., Article 10 CE- "The most important General Principle of Community Law", *General Principles in a process of development*, Kluwer, 2008, p. 76, Bogdandy, A., / Bast, J., ob. cit., p. 29, Mayer, F. C., "Competences-reloaded?", ob. cit., p. 504.

131. Di Fabio, U., "Some remarks on the allocation of competences between the European Union and its member states", CMLR, 2002, pp. 1289 i ss.

132. Craig, P., "Le kompetenze", ob. cit., p. 333.

133. Sobre aquest tema segueix sent imprescindible Lenaerts, K., "Constitutionalism and the many faces of Federalism", *The American Journal of Comparative Law* 1990, pp. 205 i ss. Resulten també d'interès, entre d'altres, Dehousse, R., ob. cit., pp. 124-125, Schütze, R., "Dual federalism constitutionalised: the emergence of exclusive competence in the EC legal order", *ELRev*, 32, 2007, p. 28.

134. Bogdandy, A., / Bast, J., ob. cit., p. 50.

repartiment de les competències¹³⁵, no es perfila en la doctrina cap altra proposta de reforma que es consideri respectuosa amb la idiosincràsia de la UE.

Pel que respecta al principi de subsidiarietat, pot ser considerat una resposta a la sensibilitat legítima de la diversitat regional i local, així com a la pròpia autonomia. En aquest sentit pretén assistir a la implementació i elaboració de les polítiques europees en un nivell local i regional davant la centralització¹³⁶. L'esmentat principi exigeix que la Comunitat acrediti que "el pot realitzar millor que els Estats membres separadament (test de l'eficàcia comparativa), que l'acció de la Comunitat resulta necessària per ser insuficient la dels Estats membres (test de suficiència) i que l'acció necessita d'actuació comunitària per la seva dimensió no merament estatal (test de dimensió)"¹³⁷.

No obstant això el seu èxit ha estat escàs. El TJCE ha estat bastant poc inclinat a tractar el principi de subsidiarietat com a principi sobre la base del qual es revisi l'acció comunitària, i quan ho ha fet no ha seguit un estàndard particularment rigorós¹³⁸. Referent a això s'ha afirmat que la justiciabilitat d'aquest principi és més que qüestionable¹³⁹, de manera que és improbable que pugui significar un canvi profund del sistema¹⁴⁰, tret que pretengui modificar-se la mateixa essència del repartiment finalista de competències¹⁴¹ o la posició del

135. Nettesheim, M., "Die Kompetenzordnung", ob. cit., p. 525. Bogdandy, A., / Bast, J., ob. cit., p. 49, Pernice. I., "Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund", JZ, 2008, p. 75.

136. De Burca, G. "Legal principles as an instrument of differentiation? The principles of proportionality and subsidiarity", *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, DE Witte, B, Hanf, D. and Vos, E. (Ed.), Intersentia, NY 2001, p. 133.

137. Martin y Perez de Nanclares, J. "La flexibilidad como instrumento básico del futuro modelo competencial de la Unión Europea", *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, Liñan Noguerras, D. (Dir.), Comares, Granada 2003, p. 91, nota 14.

138. De Burca, G., "Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law", *General Principles of European Community Law*, Bernitz, U. and Nergelius, J. (Ed.) Kluwer Law, 2000, pp. 104-105.

139. Diez Hochleitner, J., ob. cit., p. 90.

140. Nettesheim, M., "Die Kompetenzordnung", ob. cit., p. 534.

141. Dehousse, R., "Community Competences", ob. cit., p. 117.

TJCE¹⁴². No és d'estranyar que la precaució del mateix TJCE davant d'aquest principi sigui aplaudida¹⁴³, ja que normalment la seva eficàcia es considera limitada a compel·lir les institucions comunitàries a explicitar que han complert¹⁴⁴, però hi ha pocs autors que defensin la seva justiciabilitat¹⁴⁵.

Tanmateix, possiblement en renunciar a una remodelació de les competències s'emfatitza la importància del principi de subsidiarietat. Com ja s'ha comentat, el Tractat de Lisboa reprèn la idea del Tractat pel qual s'estableix una Constitució per a Europa de reforçar l'esmentat principi, tant establint un control institucional com ampliant les possibilitats de reclamació de compliment d'aquest davant del TJCE.

Paradoxalment respecte a les reformes previstes a la República Federal Alemanya per donar compliment al protocol sobre l'aplicació dels principis de proporcionalitat i subsidiarietat, es limiten a permetre la intervenció dels Länder per mitjà del Bundesrat tant pel que fa al control institucional¹⁴⁶ com en la possibilitat de compel·lir el Govern federal a interposar un recurs de nul·litat¹⁴⁷. En espera que s'aclareixi la possible ratificació per part d'Irlanda del Tractat de Lisboa, així com que dicti sentència el Bundesverfassungsgericht sobre la seva compa-

142. Koopmans, T. "Subsidiarity, Politics and the Judiciary", *EuConst*, 1, 2005, pp. 114 i ss. Schwarze, J., ob. cit., p. 1267. Barber, N. W., "Subsidiarity in the Draft Constitution", *European Public Law*, 2005, p. 199.

143. Nettesheim, M., "Die Kompetenzordnung", ob. cit., p. 534.

144. Bogdandy, A., / Bast, J., ob. cit., p. 58, De Burca, G., "The principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor", *JCMS*, 1998, pp. 224-225.

145. En aquest sentit s'ha defensat l'aplicació dels paràmetres desenvolupats pel *Bundesverfassungsgericht* per a la delimitació de l'art. 72.2 GG. Callies, Ch., "Kontrolle", ob. cit. En contra del trasllat d'aquests principis al sistema comunitari, De Witte, B., "Institutional Principles: A Special Category of General Principles of EC Law", *General Principles*, ob. cit., pp. 149-150.

146. Sobre això es pot consultar el Projecte de llei sobre l'ampliació i reforçament dels drets del Bundestag i del Bundesrat en qüestions relatives a la Unió Europea. Al seu Art. 1.3 GG estableix l'obligació del Govern Federal d'aportar-los tota la informació que necessitin per dur a terme la pertinent anàlisi del compliment del principi de subsidiarietat. Projecte aprovat l'11.03.2008.

147. En aquest sentit s'ha redactat un Projecte de reforma de la Grundgesetz que inclou al seu art. 23 la possibilitat que tant el Bundestag per un quart dels seus membres com el Bundesrat per la majoria que decideixi una futura reforma del Reglament puguin obligar el Govern Federal a interposar un recurs de nul·litat davant del TJCE per incompliment del principi de subsidiarietat. Projecte aprovat l'11.03.2008.

tibilitat amb la Grundgesetz, ambdós projectes no han estat presentats al Ple per a la seva aprovació però gaudeixen del suport tant del SPD com de la CDU en el marc de la "Gran Coalició".

Al marge de la funcionalitat del principi de subsidiarietat davant les institucions comunitàries o en la jurisprudència, respecte als Länder la seva capacitat d'actuació queda reduïda al paper del Bundesrat. No apareixen en els projectes els Parlaments dels Länder com a subjectes actius en el control del principi de subsidiarietat. L'esmentat fet fa necessari preguntar-se si aquest paper del Bundesrat no incideix en les estructures constitucionals¹⁴⁸.

En la concepció originària de la Grundgesetz el Bundesrat era un òrgan federal sense competències en matèries que corresponguesin en exclusiva als Länder. Però mitjançant les reformes relatives a la participació en la UE s'ha erigit en representant dels Länder i reduint-los a un únic subjecte, de manera que perden la seva capacitat exclusiva de decisió a canvi d'una regla majoritària¹⁴⁹. Els Länder ja no actuen com a categoria individual amb una responsabilitat parlamentària. Es torna a substituir *competència* per *participació* en el Bundesrat. No deixa de resultar paradoxal que després d'una reforma que renunciava a la compensació mitjançant la participació, lluny d'arbitrar-se mecanismes de consulta als Parlaments dels Länder, es recorri al Bundesrat.

Tanmateix, el procés comunitari exigeix una celeritat i unitat d'acció difícil d'aconseguir si participen setze Länder. El mecanisme del federalisme alemany per unir les voluntats dels Länder ha estat tradicionalment el Bundesrat. El recurs a aquest es considera una solució plausible per ajudar la descentralització política en el marc del procés europeu d'integració, un mal menor que s'ha d'assumir¹⁵⁰.

La reforma assumiria l'escassa capacitat d'actuació que els Länder tenen de manera directa i individual a la UE i continua articulant la

148. El paper del Bundesrat fou particularment discutit quan, a propòsit del Tractat de Maastricht, es reformà l'art. 23 GG. Per tots in totum Pernice, I., "Europäische Union", ob. cit.

149. Callies, CH. "Innerstaatliche Mitwirkungsrechte der deutschen Bundesländer nach Art. 23 GG und ihre Sicherung auf europäischer Ebene". Europapolitik und Bundesstaatsprinzip, Hrbek, R. (Hrsg.) Nomos, Baden, 2000, p. 26.

150. Oberländer, S., ob. cit., p. 78.

seva participació de manera conjunta, renunciant als espais últims de decisió a favor d'un consens. Tanmateix, no pot oblidar-se que beneficiar el Bundesrat implica beneficiar els Executius dels Länder. I el model federal alemany sempre ha tendit cap a la unificació d'interessos i la unitat en la presa de decisions¹⁵¹ i els seus grans artífexs i valedors són, precisament, els Executius dels Länder¹⁵². No en va, la devaluació dels Parlaments en detriment dels Executius en el model federal alemany havia estat posada en relleu per la doctrina¹⁵³. La integració en el procés comunitari hauria aguditzat aquesta tendència.

Des d'aquesta perspectiva no resulta contradictòria la solució adoptada a l'interior de la República Federal Alemanya: ampliació de la separació entre ens que, davant la UE, participen consensuadament mitjançant un únic òrgan. Els Länder haurien optat per continuar una estratègia diferent a cada terreny de joc, compel·lits per les opcions que les estructures de cada sistema obren davant d'ells. De fet l'enginyera institucional de qualsevol sistema determina en última instància la capacitat d'influència dels diferents actors, guiant les seves decisions¹⁵⁴. A un actor polític pot compensar-lo tenir una estratègia diferent en diferents terrenys de joc: per exemple entre l'europea i la nacional¹⁵⁵.

En aquest sentit, si en el marc de la Grundgesetz l'aposta per una més clara delimitació de potestats i responsabilitats pot permetre als Länder ampliar la seva autonomia, al si de la UE l'instrument preferit és la participació via Bundesrat. El repartiment de poders a diversos nivells és un mal endèmic de qualsevol sistema de repartiment de competències, així com els problemes perquè no s'expandeixi el

151. Wieland, J., ob. cit., p. 86 i ss. Nettesheim, M., "Wettbewerbsföderalismus", ob. cit., pp. 363 i ss.

152. Scharpf, F. W., *Optionen des Föderalismus in Deutschland und Europa*, Campus, Frankfurt, 1994, p. 46.

153. Böckenförde, E-W, "Sozialer Bundesstaat und parlamentarischer Demokratie. Zum Verhältnis von Parlamentarismus und Föderalismus unter den Bedingungen des Sozialstaats", *Politik als gelebte Verfassung. Aktuelle Probleme des modernen Verfassungsstaats. Festschrift für Friedrich Schäfer*, Jekewitz, J., Melzer, M. und Zeh, W. (Hrsg.), Westdeutscher Verlag, Opladen, 1980.

154. Börzel, T. A., ob. cit., p. 8.

155. Goetz, K. H. and Hix, S., ob. cit., p. 13.

poder central¹⁵⁶. A l'hora de delimitar les competències, resulta inevitable una certa imprecisió quant a la fixació dels espais i el primer que regula acaba ostentant una certa primacia que el porta a apropiar-se dels espais dels altres ordres¹⁵⁷.

I la clau per resoldre els problemes derivats de les competències no és buscar una formula lingüística sinó comprendre les relacions competencials, els processos decisoris i la legitimació de cada òrgan concurrent, per comprendre com aquestes relacions poden configurar-se¹⁵⁸. En sistemes multinivell cal entendre aquest conjunt de variables dins de cada sistema per a després relacionar-los entre si, acceptant que la solució vàlida en un pot no ser-ho en un altre, perquè respongui a compromisos, a fins i a principis molt diferents. Ara bé, aquesta dificultat no és excusa per continuar buscant aquesta integració dels sistemes. El federalisme alemany ha donat un pas important i un exemple a continuar integrant al seu sistema competencial la realitat del procés comunitari amb totes les seves conseqüències.

156. Craig, P., "Le kompetenze", ob. cit., p. 333.

157. Nettesheim, M., "Die Kompetenzordnung", ob. cit., p. 533.

158. Weiler, J. H., ob. cit., p. 101.

RESUM

El treball estudia com la reforma federal alemanya de 2006 té l'objectiu de respondre a les demandes del sistema competencial de la Unió Europea. L'increment de les competències comunitàries ha impactat particularment en el sistema competencial dels lands, i es mostra insuficient la participació d'aquests en les institucions i òrgans de la Unió Europea. Per aquest motiu, la reforma federal considera el procés comunitari per configurar un sistema eficient de competències multinivell. Partint d'aquesta premissa, s'analitza la desaparició de la normativa marc i el repartiment de la responsabilitat per l'incompliment de les obligacions comunitàries, i es posa en relleu la necessitat de tenir en compte els imponderables del procés comunitari també en la definició dels sistemes competencials.

Paraules clau: reforma federal; sistema de competències multinivell; repartiment de la responsabilitat.

RESUMEN

El trabajo estudia cómo la reforma federal alemana del 2006 busca responder a las demandas del sistema competencial de la Unión Europea. El incremento de las competencias comunitarias ha impactado particularmente en el sistema competencial de los *Länder*, mostrándose insuficiente la participación de los mismos en las instituciones y los órganos de la UE. Por este motivo, la reforma federal toma en consideración el proceso comunitario para configurar un eficiente sistema de competencias multinivel. Partiendo de esta premisa se analiza la desaparición de la normativa marco y el reparto de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones comunitarias, poniendo de relieve la necesidad de tomar en consideración los imponderables del proceso comunitario también en la definición de los sistemas competenciales.

Palabras clave: reforma federal; sistema de competencias multinivel; reparto de la responsabilidad.

ABSTRACT

The piece studies how the German federal reform of 2006 seeks to respond to the demands of the system of powers in the European Union. The increase in community powers has had a particular impact on the system of powers of the *Länder*, whose role in EU institutions and bodies has proved to be

insufficient. For this reason the federal reform took the community process into account in setting up an efficient multi-level system of powers. On the basis of this premise the disappearance of the framework regulations and the division of responsibility for non-compliance with community obligations is considered, making clear the need to take into account the imponderables of the community process once more in defining systems of powers.

Key words: federal reform; multi-level system of powers; division of responsibility.