

CUALIDAD ESTATAL, SOBERANÍA, AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL Y COMPETENCIA EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA: LAS CONSTITUCIONES DE LOS 'LÄNDER'

Antonio Arroyo Gil

Letrado de la Fundación Democracia y Gobierno Local, y profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La cualidad estatal de los *Länder*. – 3. La (inexistente) soberanía de los *Länder*. – 3.1. Introducción. – 3.2. Distinción entre soberanía exterior e interior. Indivisibilidad de la soberanía. – 3.3. Soberanía popular y cualidad estatal de los *Länder*. – 3.4. Otra idea de soberanía: la deificación del poder. – 3.5. Teorías sobre la soberanía de los *Länder* en el Estado federal alemán. – 3.5.1. Teoría trimembre: Hans Nawiasky. – 3.5.2. Teoría bímembre. – 3.5.3. Teoría unitarista. – 3.5.4. Otras concepciones de la soberanía en el Estado federal alemán. – 3.5.5. Posición del Tribunal Constitucional Federal. – 3.6. Conclusión: Prescindibilidad del concepto "soberanía" en el Estado federal alemán. – 4. El concepto de autonomía constitucional de los *Länder*. – 5. La distribución de competencias entre la Federación y los *Länder*. – 6. Las Constituciones de los *Länder*. – 6.1. Introducción. – 6.2. Naturaleza jurídica. – 6.3. Posición en el sistema de fuentes. – 6.4. Contenido y funciones. – 7. A modo de conclusión. – *Resumen-Resum-Abstract*.

1. Introducción

Todo estudio de las Constituciones de los *Länder* integrantes de la República Federal de Alemania parte, lógicamente, del reconocimiento de la existencia de unas entidades de carácter estatal, los propios *Länder*, capaces de darse a sí mismos una norma constitutiva de rango fundamental, que, sin embargo, ha de convivir en el marco de

Artículo recibido el 28/06/12; aceptado el 26/07/12.

Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2009-14235) sobre "Las reformas de los sistemas descentralizados" (Investigadora principal: Prof^a. Dra. Dña. Isabel Giménez Sánchez).

un ordenamiento federal, dotado igualmente de su propia Constitución, en este caso, la Ley Fundamental de Bonn.

Resulta prácticamente imposible, si es que se quiere tener una comprensión adecuada del conjunto del ordenamiento jurídico-constitucional alemán, acometer el análisis de las Constituciones de los *Länder* sin hacer previamente referencia a una serie de conceptos, como el de cualidad estatal, soberanía, autonomía constitucional y competencia, que resultan imprescindibles para entender correctamente la naturaleza jurídica, posición en el sistema de fuentes, contenido y funciones de esas Constituciones de los *Länder*.

Es más, los argumentos que se empleen para desentrañar el significado de estas cuestiones –y no tanto el valor final que se otorgue a las mismas como elementos aptos para permitirnos calificar la posición de un Estado y su Constitución en el concreto régimen jurídico-político en que nos encontremos– va a determinar por completo el ulterior análisis, pues –se puede adelantar ya– pese a que la denominación “Constitución” sea la misma tanto cuando nos referimos a la Constitución federal¹ como a las Constituciones de los *Länder*, más allá de que tanto a estos como a la Federación les otorguemos la calificación de Estados, lo cierto es que entre unos términos y otros existen diferencias esenciales que tienen precisamente que ver con esos conceptos a los que más arriba nos referíamos.

De ahí que durante las próximas páginas nos dediquemos, sobre todo, al estudio de estos conceptos, para concluir el trabajo centrando la atención, siquiera sea de manera muy breve y esencialmente descriptiva, en las Constituciones de los *Länder*, su naturaleza jurídica, posición en el sistema de fuentes, contenido y funciones.

1. Si bien esto habría que matizarlo en Alemania, en donde, nominalmente, al menos, no existe una Constitución alemana, sino una Ley Fundamental. Aunque son razones históricas las que explican esta peculiaridad, y pese a que por su origen quepa establecer matizaciones no exentas de valor en las que ahora no nos podemos detener, lo cierto es que resulta comúnmente aceptado que la Ley Fundamental de Bonn es la Constitución (federal) alemana. Sobre la peculiaridad constitucional de la Ley Fundamental, en múltiples ocasiones reformada, hasta el punto de ser en buena medida irreconocible si se la compara con el texto original, y, sobre todo, acerca de su no sometimiento a la voluntad directa del pueblo alemán, véanse las breves, pero incisivas reflexiones de Pestalozza, Ch.: *Verfassungen der deutschen Bundesländer mit dem Grundgesetz* (“Einführung”), Deutscher Taschenbuch Verlag, 9. Aufl, 2009, pp. XXX y XLVIII y ss.

2. La cualidad estatal de los *Länder*

Es opinión ampliamente compartida que en el Estado federal alemán tanto la Federación como los Estados miembros o *Länder* ostentan, por definición, cualidad estatal,² constituyendo el presupuesto de la de estos últimos la existencia de una división de competencias, fundamentalmente, aunque no solo, de carácter legislativo, establecida, en sus elementos estructurales, por la Constitución federal,³ y, por lo tanto, indisponibles para una sola de las partes.

2. El propio Tribunal Constitucional Federal así lo reconoció: *BVerfGE* 1, 14 (34); 34, 9 (20); 36, 342 (360 y ss.); 60, 175 (207); 64, 301 (317); 72, 330 (383). De hecho, como recuerdan Nettesheim, M. / Quarthal, B.: "La reforma de las Constituciones de los *Länder*", traducción de A. López Castillo, REP, 151, 2011, p. 282, que "en el Estado federal no sólo el Estado central (...) posee cualidad estatal" es uno de "los principios doctrinales más fecundos de la doctrina constitucional alemana".

Véase también, entre quienes consideran la existencia de dos "niveles de estatalidad" ("*Ebene der Staatlichkeit*") como la nota más definitoria del Estado federal, Stern, K.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I (*Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*), C.H. Beck, München, 2.ª ed., 1984, p. 644; Herzog, R.: "Artikel 20 GG (*Bundesstaatliche Verfassung*)", en Maunz / Dürig / Herzog / Scholz: *Grundgesetz Kommentar*, Tomo II, C.H. Beck, entrega 18, 1980, p. 97; Brockmeyer, H.B.: "Artikel 20 GG: Staatsgrundsätze (*Rechtsstaat, Demokratie, Sozialstaat, Gewaltenteilung*)", en Schmidt-Bleibtreu, B. / Klein, F.: *Kommentar zum Grundgesetz*, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.ª ed., 1999, p. 519; Degenhart, Ch.: *Staatsrecht I* (Staatszielbestimmungen, Staatsorgane, Staatsfunktionen), C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 20.ª ed., 1995, p. 36; Kimminich, O.: "Der Bundesstaat", en Isensee, J. / Kirchof, P. (Eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, tomo I, 1987, p. 1122; Zippelius, R.: *Allgemeine Staatslehre* (Politikwissenschaft), C.H. Beck, München, 13.ª ed., 1999, pp. 64 y ss.; Sturm, R.: *Föderalismus in Deutschland*, Leske+Budrich, Opladen, 2001, p. 8; Schneider, T.: *Die Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes*, Lorez-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften an den Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Kiel, 1994, p. 49.

3. Tal y como sostiene la mayor parte de la doctrina. Valga por todos: Isensee, J.: "Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz", en Isensee, J. / Kirchof, P. (Ed.): *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo IV, C.F. Müller, Heidelberg, 2.ª ed., 2000, pp. 666 y ss.; Šarčević, E.: *Das Bundesstaatsprinzip* (Eine staatsrechtliche Untersuchung zur Dogmatik der Bundesstaatlichkeit des Grundgesetzes), Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, p. 232; Degenhart, Ch. / Šarčević, E.: "Landesstaatlichkeit im Rahmen bundesstaatlicher Rechtsordnung des Grundgesetzes", en Degenhart, Ch. / Meissner, C. (Ed.): *Handbuch der Verfassung Freistaates Sachsen*, Boorberg, Stuttgart, 1997, p. 88; März, W.: "Artikel 30 GG"..., p. 818. También Stehr, M.: *Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat* (Ein Beitrag zur Reform des Föderalismus und zur Stärkung der Landesparlamente), Hannover, 2001, p. 11, por su parte, explícitamente sostiene que "la distribución de las facultades legislativas es (...) un –o mejor: el– reflejo de la estatalidad federal", sin que "otras medidas, como las compensaciones por la pérdida de facultades legislativas por medio de la ampliación de las facultades administrativas o jurisdiccionales de los *Länder* o a través de la cooperación de los Gobiernos o de los Parlamentos de *Land* en la legislación federal (...) concedan a los *Länder* ninguna tarea equiparable a la legislación de *Land*."

Que la Federación y los *Länder* sean Estados significa, sobre todo, que tanto una como los otros se encuentran en posesión de una serie de caracteres, conocidos como "distintivos de la estatalidad": pueblo estatal (*Staatsvolk*), territorio estatal (*Staatsgebiet*) y poder estatal o público (*Staatsgewalt*).⁴ De acuerdo con esta formulación, que tiene su origen en la llamada *Teoría de los tres elementos* de Georg Jellinek a comienzos de la pasada centuria,⁵ el Estado consistiría en una asociación humana (*menschlicher Verband*) reunida en torno a un pueblo estatal que vive en un determinado territorio y que cuenta con un poder público organizado. De estos tres elementos típicos es el último, el poder público, el que ha sido caracterizado como decisivo en orden a la definición de la estatalidad.⁶ Con propiedad, no se puede denominar estatal a un ente territorial que no cuente con unos órganos facultados para ejercer (parte de) ese poder público único de manera independiente en el campo de sus respectivas competencias.⁷

Es, por consiguiente, la existencia de unos ámbitos competenciales diferenciados lo que permite que tanto el Estado central (o Federación) como los Estados miembros (o *Länder*) puedan ejercitar autónomamente su propio poder público.⁸ La distribución de esos campos competenciales respectivos es tarea inexcusable de la Norma constitu-

4. Münch, I. von: *Staatsrecht I* (Einführung; Deutschland; Teilung und Vereinigung; Staatsform; Staatsorgane; Deutschland in der Europäische Gemeinschaft), Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln, 5.ª ed. revisada, 1993, pp. 198 y ss.

5. Jellinek, G.: *Allgemeine Staatslehre*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 3.ª ed. 1914, pp. 394 y ss.

6. Degenhart, Ch.: *Staatsrecht I...*, p. 37. Vid. también Sodan / Ziekow: *Grundkurs Öffentliches Recht*, Verlag C.H. Beck, München, 5. Aufl, 2012, pp. 75 y ss.

7. Zippelius, R.: *Allgemeine Staatslehre...*, pp. 62 y ss. y 394, parte, como la mayoría de la doctrina, de la unidad del poder público en el Estado federal, si bien matiza que ello no obsta para que la Constitución, junto con otras normas jurídicas, en su caso, pueda repartir entre diversos órganos las funciones legislativas, administrativas y judiciales y, en concreto, de un modo tal que quede garantizado un sistema de *checks and balances*, de forma que ni la Federación ni los *Länder* ostenten por sí solos la soberanía competencial, es decir, un poder de regulación completo. Por su lado, Doehring, K.: *Allgemeine Staatslehre*, 2.ª ed. revisada, C.F. Müller, Heidelberg, 2000, pp. 110 y ss., reconoce también la existencia de una unidad del poder público, el pueblo, si bien no de una unidad en el ejercicio del poder público. En todo caso, desde un punto de vista internacional, esa unidad es incuestionable, de forma que cuando un órgano estatal (legislativo, ejecutivo o judicial) haya traspasado su competencia jurídico-constitucionalmente atribuida, responde el Estado como totalidad.

8. Sachs, M.: "Artikel 20 GG (*Verfassungsgrundsätze; Widerstandsrecht*)", en Sachs, M. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2.ª ed., 1999, p. 762.

cional fundante del Estado. Es ella la que ha de decidir qué competencias corresponden al Estado central y qué otras a los Estados miembros, en función de diversas técnicas jurídicas, más o menos rigurosas. Además, este ámbito competencial mínimo, que sirve de soporte a la cualidad estatal de los *Länder*, se encuentra garantizado en la República Federal de Alemania en la propia Ley Fundamental, en su art. 79.3.

Así pues, más allá de consideraciones teóricas acerca de cuestiones tan generales e imprecisas como los conceptos de soberanía o de autonomía constitucional de cada uno de los miembros del Estado compuesto, a los que, no obstante, haremos referencia posteriormente, pero que hoy en día en poco ayudan a comprender la organización y el funcionamiento jurídico-institucional del mismo, el reparto del poder (político, sobre todo) entre las instancias centrales y las periféricas, en forma de distribución constitucional de competencias (en el ámbito de la legislación, básicamente), ofrece una visión más certera y cercana a la realidad de la forma federal de organización territorial del poder.

No obstante, como se apuntaba, no está de más realizar ahora un breve estudio de aquellos conceptos, soberanía y autonomía constitucional, pues, por muy superados que se entiendan hoy en día para parte importante de la doctrina alemana, los mismos han desempeñado, sin embargo, un papel esencial en toda reflexión sobre el Estado constitucional, desde su mismo nacimiento, e incluso hoy en día es frecuente su apelación en las disputas sobre la posición de los Estados miembros en el seno del Estado federal.

3. La (inexistente) soberanía de los *Länder*

3.1. Introducción

Aunque en la ciencia política y en la teoría general del Estado se emplea con frecuencia el término “soberanía” para identificar la esencia de la estatalidad de un ente territorial, no es fácil encontrar un acuerdo generalizado sobre el propio concepto de soberanía.⁹

9. Sobre la atención que ha merecido y sigue mereciendo esta idea en nuestro país, *vid.* el número 1/1998 de Fundamentos – Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, que lleva precisamente por título: “Soberanía y Constitución”, en el que se recogen diversos trabajos de distintos autores, constituyendo gran parte de ellos una buena muestra de la dificultad de encontrar un concepto unívoco acerca de lo que se haya de entender hoy en día por “soberanía”. A los

De acuerdo con su formulación clásica, debida a Jean Bodin en el siglo XVI (*Los Seis Libros de la República*, 1576), la soberanía se corresponde con un "poder absoluto y permanente del Estado". Pero este concepto, lógicamente, hoy en día no identifica a ninguna entidad estatal conocida, ni tan siquiera a la(s) denominada(s) enfáticamente "Superpotencia(s)". A estas alturas de la historia es difícil negar que las interdependencias entre los Estados son cada vez mayores. Hasta tal punto es así que parece ilusorio imaginar hoy un Estado que pueda actuar autónomamente al margen de sus "convencios" o de aquéllos otros que sin ser de su entorno más inmediato, sí controlan buena parte de las decisiones de alcance internacional en el ámbito de las relaciones económico-comerciales, militares y/o políticas, en general.¹⁰ Además, tampoco se ha de pasar por alto que, en ocasiones, son los propios Estados los que voluntariamente trans-

efectos de este estudio, singular atención merece el trabajo de Dieter Wyduckel, en el que, bajo el título "La soberanía en la historia de la dogmática alemana", este autor realiza un rápido aunque detallado repaso por el sentido que el término "soberanía" ha tenido en las diferentes etapas de la organización jurídico-política por la que han atravesado los territorios germánicos, desde la república cristiana bajomedieval hasta la actual República Federal de Alemania, para acabar concluyendo que, pese a la utilidad que el mismo aún pueda tener, desde luego su significado ha variado sustancialmente, siendo necesaria "una nueva definición teórico-estatal y social a la luz de profundas y generalizadas transformaciones experimentadas en el Derecho, el Estado, la política, la economía y la sociedad, si quiere seguir conservando un sentido razonable" (p. 289).

Por lo que se refiere a "El problema de la soberanía en el Estado autonómico", véase, entre otros, el trabajo que con este título ha publicado Juan José Solozábal Echavarría en este mismo número (pp. 461 y ss.), en el que se recogen también interesantes reflexiones de alcance más general sobre el origen histórico del concepto "soberanía", su significado en el Derecho constitucional y la problemática de su empleo en los Estados federales. *Vid.* también: Aragón Reyes, M.: Voz "Soberanía", en Aragón Reyes, M. (Dir.) / Aguado Renedo, C. (Codir.), *Constitución, Estado constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho*, Temas Básicos de Derecho Constitucional, Tomo I, Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 103 y ss., en donde este autor reafirma con claridad cómo "[l]a legitimación popular del poder (...) impone que el poder constituyente, esto es, el poder soberano, radique en el pueblo", al tiempo que recuerda que "la soberanía popular (...) es inconcebible en términos absolutos, aunque sólo sea por la razón de que para que una colectividad se exprese fehacientemente, es decir, manifieste su voluntad como tal colectividad, es preciso que esté organizada, o lo que es igual, que se atenga a reglas de procedimiento que aseguren la autenticidad de esa voluntad colectiva".

10. Münch, I. von: *Staatsrecht I...*, p. 204; Zippelius, R.: *Allgemeine Staatslehre...*, pp. 67 y ss., en relación con la soberanía exterior señala que hoy "el modelo de los Estados como sistemas "cerrados" de derechos soberanos se ha visto diluido en un modelo de interdependencias y de cooperación internacional de los Estados que tampoco retrocede ante los derechos soberanos de los mismos."

fieren ámbitos de poder a organizaciones inter o supranacionales, es decir, ceden partes de esa denominada soberanía, que después no siempre pueden recuperar libremente por medio de otro acto de voluntad autónoma;¹¹ a este respecto, resulta de especial interés observar el proceso de integración europea.

3.2. Distinción entre soberanía exterior e interior. Indivisibilidad de la soberanía

A esta dificultad de definición se ha de añadir además el empleo no unívoco del concepto "soberanía". Hay, al menos, que distinguir entre las llamadas soberanía exterior o jurídico-internacional y soberanía interior o jurídico-pública del Estado.¹² Si se toma como parámetro la primera versión, no se puede sino concluir que en un Estado federal los Estados miembros o *Länder*, al margen de las competencias que en la esfera internacional les conceda la Constitución federal o les ceda la propia Federación (dentro del marco constitucional, lógicamente), no tienen reconocido ningún poder soberano. Más dudas plantea, en cambio, la denominada soberanía interior, si bien es justo reconocer aquí que con ese término, en realidad, a lo que se alude, aunque sea de manera imprecisa, es a la autonomía constitucional, por lo que basta ahora con remitirse a lo que unos párrafos más adelante se expondrá a este respecto.

Con todo, a pesar de la indefinición mencionada, ha sido una constante en la doctrina del Derecho público buscar la derivación teórica del Estado federal a partir del concepto de soberanía. Es aún, por ello, usual caracterizar al "Estado federal como una unión de Estados, en la que al Estado superior le corresponde tanto la soberanía 'interior' como la 'exterior', en contraste con la Federación de Estados, en la que la soberanía sigue permaneciendo en manos de los Estados miembros".¹³ Sin embargo, esta concepción de la soberanía, que puede aún tener alguna relevancia en el ámbito del tráfico interna-

11. A propósito de ello, Battis, U. / Gusy, Ch.: *Einführung in das Staatsrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 4.ª ed., 1999, p. 100, manifiestan sus dudas acerca de si la estatalidad presupone necesariamente la soberanía.

12. Doehring, K.: *Allgemeine Staatslehre...*, p. 68.

13. Tal y como recuerda Oeter, S.: *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 381.

cional, carece de sentido en el del Derecho público. A tal efecto, como observó con razón el profesor de Derecho público suizo Fleiner-Gerster, en una comunidad estatal democrática, fundamentada en el principio de la soberanía popular, la concepción clásica de la soberanía ha de ser reformulada, pues la eventual existencia de un “poder supremo y originario” es inconcebible en un Estado democrático. Desde la perspectiva de la soberanía popular, el poder público únicamente puede ser derivado; en otras palabras, no se trata más que de una competencia delegada confiada a los órganos creados por la Constitución para su ejercicio fiduciario. Soberano, por tanto, solo lo es el pueblo, “que confiere legitimidad a su poder público creado en su territorio”. Este concepto de soberanía (legitimación directa de la decisión popular) tan solo puede predicarse de un único nivel estatal, lo que imposibilita la caracterización del Estado federal como una estructura de soberanía compartida.¹⁴

Este dogma tradicional de la “indivisibilidad” de la soberanía, rémora de la época monárquica y su correlato, el Estado unitario, impregna hasta hoy la teoría alemana de los fundamentos del Estado federal. Es paradigmática, en esa medida, la tan repetida frase de Hans Peters: “El poder público que de acuerdo con su esencia es indivisible, de igual modo que lo es la fuerza física de un ser humano, no está en el Estado federal repartido entre la Federación y los Estados miembros; más bien, solo están repartidas las tareas públicas sobre las que puede actuar el poder público (indiviso) de la Federación o de los Estados miembros”.¹⁵ Se llega así a la conclusión de que solo el pueblo en su totalidad, no las partes separadas de él, y solo los órganos del poder público central, como titulares institucionalizados de la legitimación proveniente de aquél, son compatibles con el principio de la soberanía popular.

3.3. Soberanía popular y cualidad estatal de los *Länder*

De llevarse a sus últimas consecuencias este argumento de la “soberanía indivisible”, en un sistema constitucional democrático la idea de la soberanía popular como fundamento de la legitimidad de to-

14. Fleiner-Gerster, T.: *Allgemeine Staatslehre*, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Springer-Verlag, Berlin, 2.ª ed. 1995, pp. 190 y ss., 260 y ss.

15. Peters, H.: *Deutscher Föderalismus*, Zeit und Streitfragen, 4, 1947, p. 23.

dos y cada uno de los poderes públicos se traduce en la imposibilidad de la existencia de ningún otro pueblo, sustrato personal de la estatalidad, que no sea el pueblo global. Esto es, junto al pueblo federal no existe ningún pueblo de *Land*; el pueblo federal es único y, desde un punto de vista jurídico, el llamado pueblo de *Land* no es un pueblo parcial separado, sino una parte integral del pueblo federal. En consecuencia, el poder público de la Federación y de los *Länder*, jurídico-constitucionalmente repartido en competencias, tiene el mismo sustrato personal, el pueblo federal. Todo el poder público en el Estado federal parte del pueblo federal. La cualidad estatal de los *Länder* se funda, por tanto, también en la soberanía popular única.¹⁶

Sin embargo, esta conclusión resulta un tanto paradójica, pues hace posible la existencia de Estados (*Länder*) que carecen de pueblo propio estatal, lo que desde la Teoría de los tres elementos más arriba enunciada sería difícilmente sostenible, a no ser que se reconociera que esa "cualidad estatal" de los *Länder* no es más que una pura convención lingüística, residuo histórico de épocas pasadas del constitucionalismo alemán, que carece de correspondencia alguna con la realidad política y jurídico-pública actual. Desde esta perspectiva, pues, los *Länder* no serían más que "corporaciones administrativas autónomas de alto nivel" ("*hochpotenzierte Selbstverwaltungskörperschaften*") que por motivos únicamente políticos se presentarían todavía con la máscara de 'Estados'.¹⁷

Esta visión no la puede compartir Oeter, para quien si se toma en serio la idea de "poder público no derivado" en el Estado federal, los *Länder* disponen, al igual que la Federación, de un poder constituyente autónomo cuya existencia no tienen que agradecer a ninguna delegación por parte del "pueblo global", sino a su propia (no

16. En este sentido, Isensee, J.: "Idee und Gestalt...", pp. 542 y ss. También Albertí Rovira, E.: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, CEC, Madrid, 1986, p. 57, parece compartir esta opinión al observar cómo "(l)a soberanía, propiamente hablando, reside en el pueblo alemán en su conjunto (Preámbulo y artículos 20, 2 GG), y se concreta en un solo acto: la Constitución federal", concluyendo de ahí que tanto el poder de la Federación como el de los *Länder* "encuentran su origen y fundamento directamente en la Constitución común, y ambos se limitan recíprocamente". Véase también en lengua castellana una interesante revisión crítica del concepto de soberanía tanto en el federalismo estadounidense como en el europeo, particularmente, en el de impronta germánica, en Biglino Campos, P.: *Federalismo de integración y de devolución* (El debate sobre la competencia), Madrid, CEPC, 2007.

17. Tal y como denuncia Oeter, S.: *Integration...*, p. 384.

derivada) soberanía popular. También cada *Land* tiene su pueblo del que emana su soberanía.¹⁸

La explicación de por qué en la República Federal de Alemania, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos de América o en Suiza, se plantea en los términos referidos la cuestión de la legitimación de la estatalidad federal apunta hacia una pronunciada pérdida de seguridad, a lo largo del "tortuoso" desarrollo del Estado alemán desde la fundación del Imperio en 1871, en la idea de que el mismo solo puede ser organizado como Estado federal y no de otro modo. Es decir, esta problemática de la legitimación del poder público de *Land* es un claro indicio del cuestionamiento constante a que se halla sometida la organización federal del Estado alemán.¹⁹

Las dificultades para reconocer virtualidad al concepto de "soberanía" aumentan aún más si, como así sucede, a tenor de lo dicho, no queda otro remedio que aceptar que en un Estado políticamente descentralizado la "calidad" de la soberanía del Estado central o Federación y la de los Estados miembros o *Länder* es diferente.²⁰ La carencia de soberanía por parte de estos en el ámbito de las relaciones internacionales bastaría para negar su cualidad estatal.²¹ Porque o bien en el Estado federal la Federación y los *Länder* son Estados de diferente rango (aquella, con poder soberano pleno, valga la redundancia; estos, con poder soberano limitado, lo que no dejaría de ser una *contraditio in terminis*) o bien el criterio de la soberanía no ofrece ninguna medida válida para valorar la cualidad estatal de los Estados miembros en un Estado compuesto. Ambas alternativas generan

18. Oeter, S.: *Integration...*, pp. 392 y ss.; en este mismo sentido: Sturm, R.: *Föderalismus...*, p. 8.

19. Oeter, S.: *Integration...*, pp. 393 y ss.

20. El Tribunal Constitucional Federal alemán lo puso de manifiesto desde temprano al caracterizar a los *Länder*, en tanto que miembros de la Federación, como "Estados con poder público soberano propio –si bien materialmente limitado– no derivado de la Federación, sino por ella reconocido" (*BVerfGE 1, 14, 34*). Como acertadamente señala a este respecto Doehring, K.: *Allgemeine Staatslehre...*, p. 74, aquí no se puede hablar de una auténtica cualidad estatal soberana de los *Länder*, sino que se trata, más bien, solo del grado de autonomía que se les ha dejado bajo el dominio superior de la Federación.

21. Schmitt, C.: *Verfassungslehre*, Duncker&Humblot, Berlin, 3.ª ed. 1928, reimp. 1957, pp. 363 y ss., se manifiesta en un sentido semejante al considerar la cuestión sobre el *ius ad bellum* como la determinante en relación con el criterio de la soberanía. En su opinión, en la medida en que de la Constitución común se derive jurídicamente la renuncia de los miembros de la unión de estados a su derecho a la autodefensa de manera autónoma, solo la federación puede ser considerada sujeto jurídico soberano.

dudas y añaden, en todo caso, un motivo más a favor de la crítica al concepto de soberanía.

3.4. Otra idea de soberanía: la deificación del poder

Ahora bien, es posible que con el término “soberanía” se esté haciendo referencia a otra idea. Así, por ejemplo, Fleiner destaca cómo la globalización, la integración regional y la internacionalización de los derechos humanos obligan a todos los Estados a reflexionar sobre un nuevo entendimiento de la soberanía; a tal efecto, tomando como base una idea de Johannes Althusius relativa a la asociación de Dios con los israelitas, define la soberanía en términos de una competencia global que le corresponde ejercer a la totalidad de la población mundial, ya que todos aquéllos que gobiernan sobre los hombres no son sino meros titulares de mandatos que no determinan ellos mismos, sino que les son *transferidos*, esto es, la soberanía se ha de entender como un mandato que está atribuido a diversos titulares de diferentes niveles, con el fin de que cada uno de ellos, en el marco de la responsabilidad frente a la población que vive en su territorio y de acuerdo con sus posibilidades, puedan atender a la paz interior y contribuir a la paz exterior; de esta forma, en la Unión Europea, se pone por caso, este mandato estaría confiado no solo a la propios órganos comunitarios, sino también a los de los Estados miembros, *Länder* o regiones y a los municipales.²²

Este entendimiento del concepto de soberanía, en realidad, lo que supone es una disolución de la idea de poder absoluto e ilimitado, al convertir en sujeto activo de la misma al conjunto de la población mundial al margen de los Estados individuales concretos. Si todos los habitantes del planeta, en su conjunto, son titulares de la soberanía, entonces nadie es soberano o, lo que viene a ser lo mismo, la soberanía es solo una idea abstracta de imposible aprehensión. Al final, lo determinante será el modo en que cada uno de los titulares de poderes públicos parciales en cada Estado en concreto (o en cada *Land* o región) ejerza el mandato que le ha sido transferido desde el supuesto núcleo central del poder soberano absolu-

22. Fleiner, T.: “Föderalismus zwischen Integration und Sezession”, en Hufen, F. (Ed.): *Bundesstaat - Parlament - Opposition* (Symposium aus Anlaß des 60. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. Hans-Peter Schneider - 1997, Hannover), Nomos-Verlag-Ges., Baden-Baden, 2001, pp. 63 y ss.

to, la población mundial. Pero ello significa una vinculación entre cada titular parcial de la soberanía y el titular completo de la misma que en absoluto está tan clara. Al fin y al cabo, lo que se deja entrever aquí es una deificación del poder, la población mundial como un dios todopoderoso que delega en las organizaciones de carácter estatal parcelas de ejercicio de ese poder total. Lo que resulta, al menos todavía hoy, inasumible. Porque más allá del poder absoluto de alcance mundial (o universal), lo que nos encontramos, en primer lugar, son poderes concretos que se ejercen sobre la población de un determinado territorio.

El protagonismo, pues, sigue siendo de los Estados particulares (o de las organizaciones o asociaciones de Estados de carácter inter o supranacional, que cada vez ostentan una mayor relevancia). Y en cada Estado, invariablemente, nos encontramos con una población y un territorio sobre el que se ejerce un poder público concreto. Una vez más la tríada mencionada. Ese poder público se manifiesta en determinadas competencias (de carácter legislativo, ejecutivo y judicial, básicamente). Y el modo jurídico de organizar estas en un concreto Estado de carácter compuesto, la República Federal de Alemania, particularmente a partir de las recientes reformas constitucionales de 2006 y 2009, es lo que ha de ser objeto de análisis si finalmente se aspira a comprender la posición que cada poder público ostenta en el seno de esta estructura estatal federativa.

3.5. Teorías sobre la soberanía de los *Länder* en el Estado federal alemán

No obstante esta relativización del concepto de soberanía, han sido y son muchos los autores que se han visto "forzados" a dar una respuesta a este interrogante, presente en cualquier reflexión sobre el origen o la fuente del poder público. Aunque ni es posible ni tiene especial interés mostrar aquí todas ellas, sí se intentará al menos realizar una exposición crítica de algunas de las posiciones más representativas de la iuspublicística alemana a este respecto.²³

23. Puede encontrarse un resumen de los diversos intentos a fines del s. XIX de diferenciar los conceptos de soberanía y de estatalidad en Albertí Rovira, E.: *Federalismo...*, pp. 172 y ss. Para este mismo autor, la cualidad de Estado no es función del criterio de soberanía.

3.5.1. Teoría trimembre: Hans Nawiasky

Así, para Hans Nawiasky, uno de los defensores más destacados de la llamada vertiente federalista en la época de elaboración de la Ley Fundamental, con la capitulación incondicional de Alemania, que supuso el fin de la Segunda Guerra Mundial, el Estado global había desaparecido, de manera que solo podía ser cosa de los recién creados *Länder* fundar por voluntad propia el nuevo Estado central.²⁴ Para este autor, en el Estado federal no se ha de distinguir solo entre Federación, por un lado, y *Länder*, por el otro, sino que la diferenciación es triple: República Federal de Alemania (Estado global), Federación (organización estatal central) y *Länder* (Estados miembros). En esta teoría del Estado federal trimembre de Nawiasky, que conecta directamente con un modelo teórico que Hans Kelsen ya había desarrollado en su Teoría General del Estado,²⁵ pero que encuentra su principio en las ideas orgánicas del Estado de Otto von Gierke,²⁶ solo la unión de la Federación y los *Länder* puede dar lugar al Estado global (*Gesamtstaat*), República Federal de Alemania, titular única de la soberanía, que atribuye por medio de su Constitución (Ley Fundamental de Bonn) tanto a la Federación como a los *Länder* sus respectivas competencias.

De conformidad con esta teoría, la República Federal, tercer nivel de la estatalidad, consecuencia de la unión de la Federación y los *Länder*, dispone en exclusiva de sus propios órganos (Presidente Federal y Tribunal Constitucional Federal), distintos de aquéllos otros que comparte con la Federación (Gobierno Federal y Dieta Federal), derivando precisamente de aquí la igualdad ordinamental del Estado central o Federación y de los Estados miembros o *Länder*. Además,

24. Nawiasky, H.: *Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland* (Systematische Darstellung und kritische Würdigung), W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart und Köln, 1950, pp. 3 y ss.; *idem*: *Allgemeine Staatslehre*, 3.ª Parte, Benzinger, Einsiedeln, Köln, 1956, pp. 151 y ss.

25. Kelsen, H.: *Allgemeine Staatslehre*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1925, pp. 198 y ss.; *idem*: "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", *VVDStRL*, 5, 1929, pp. 30 y 82.

26. En la concepción de Gierke, O. von: *Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, Schmollers Jahrbuch, 1883, pp. 1097, 1167 y ss., que se desarrollaba en un plano meramente teórico, el Estado federal trimembre no era más que un *Kompositum* o congregación de Federación y *Länder* sin estructuras orgánicas y de formación de la voluntad propias. *Vid.* del mismo autor *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo 2, 1873, pp. 839 y 854.

que la Federación, según esta teoría, no incluya a los *Länder* se traduce en la imposibilidad de que los órganos de la misma puedan actuar por los de estos últimos. Por contra, los órganos del Estado global o República Federal (el Presidente Federal y el Tribunal Constitucional), pueden actuar no solo con eficacia para la Federación, sino también para los *Länder*. Asimismo, de esta teoría se deriva la imposibilidad de que la Federación pueda reclamar frente a los *Länder* la titularidad exclusiva de la soberanía. Es decir, también los *Länder* son soberanos, pues, de lo contrario, no serían Estados, sino solo corporaciones dotadas de autonomía administrativa con poder derivado, con lo que el Estado federal no consistiría ya en una entidad estatal fruto de la unión de varios Estados, sino en un mero Estado unitario descentralizado.²⁷

Así pues, según Nawiasky, la soberanía y la cualidad estatal de los *Länder* son dos cuestiones que van de la mano. Un Estado o bien es soberano o bien no es Estado. En la República Federal de Alemania, en consecuencia, tanto los *Länder* como la Federación son soberanos. Otra cosa es que esta última sea la única que ostente la soberanía competencial (la *Kompetenz-Kompetenz*). En realidad, ello solo es producto de un pacto previo entre los Estados miembros que voluntariamente decidieron otorgar a la Federación tal competencia. Sin embargo, este no es un privilegio inalienable y de alcance ilimitado del Estado central; también podría permanecer en manos de los *Länder*. En tanto que competencia, por consiguiente, puede ser adjudicada a una o a los otros.²⁸

3.5.2. Teoría bimembre

Esta teoría del Estado federal trimembre apenas si tiene defensores hoy en día. La misma fue tildada de radical por la mayor parte de la doctrina y, en consecuencia, rechazada por "artificial". La mayoría de los autores se adscribió a la teoría del Estado federal bimembre.²⁹ El

27. Nawiasky, H.: "Bundesstaat", *Staatslexikon* (Recht, Wirtschaft, Gesellschaft), tomo II, 6.ª ed., Verlag Herder, Freiburg, 1958, p. 278.

28. Nawiasky, H.: "Bundesstaat"..., pp. 277 y ss.

29. Entre ellos, Stern, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., pp. 650 y ss.; Isensee, J.: "Idee und Gestalt...", p. 607; Münch, I. von: *Staatsrecht I...*, p. 197; Vogel, J.J.: "El régimen federal de la Ley Fundamental", en Benda / Maihofer / Vogel / Hesse / Heyde... (Eds.), *Manual de Derecho Constitucional* (Edición, Prolegomena y Traducción de A. López Pina), Ivap, Mar-

propio Tribunal Constitucional Federal, tras unos primeros titubeos, se pronunció abiertamente a favor de esta concepción. Así, mientras en la conocida Sentencia del Concordato el Tribunal parece inclinarse por la teoría del Estado federal trimembre,³⁰ en la ulterior Sentencia de Hessen de 11 de julio de 1961, establece de manera definitiva que “la Federación no es (...) ningún ‘Estado’ central a diferencia de un ‘Estado’ global, sino tan solo la organización estatal superior que (...) en su relación con los Estados miembros representa al Estado federal”; “la RFA no es, por tanto, ningún Estado federal trimembre”; “junto al Estado federal como Estado global no hay un Estado central especial, sino solo una organización central que, junto con las organizaciones de los Estados miembros, en el ámbito de validez de la Ley Fundamental cumple todas las tareas públicas que en un Estado unitario corresponden a una organización estatal única”. Cuando la Ley Fundamental se refiere a la Federación en contraste con los *Länder* y, en especial, caracteriza a una y a otros como partes posibles de un conflicto constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal, hay que entender “bajo Federación el Estado superior que es originado por la unión de los *Länder* en un Estado federal”. Este Estado superior está, por principio, “supraordenado a los *Länder*”, de modo que solo en los ámbitos en los que la Constitución federal no ha ordenado nada existe igualdad jerárquica.³¹

De esta forma, según el Tribunal Constitucional Federal, en el Estado federal alemán solo existen dos centros de poder público autónomos: el de la Federación (Estado central), por un lado, y el de cada uno de los *Länder* (Estados miembros), por el otro. Tanto aquella como estos ejercen las competencias que les han sido constitucionalmente atribuidas. De igual modo, cabe inferir de esta teoría que la Federación, en tanto que superestructura de carácter estatal o Estado superior (*Oberstaat*), en realidad, comprende a los *Länder*. Los

cial Pons, Madrid, 1996, p. 625; Badura, P.: *Staatsrecht* (Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland), C.H. Beck, München, 2.ª ed. revisada 1996, p. 288; Battis, U. / Gusy, C.: *Einführung...*, p. 101, con apoyo en los arts. 36.2 y 79.3 GG, que solo se refieren a la división de la Federación en *Länder*, y no a la división (territorial) de la República Federal en Federación y *Länder*, y los arts. 24 en sus 3 apartados y 59.1 GG, que en el ámbito de las relaciones exteriores únicamente mencionan a la Federación y no a un Estado global en el sentido de la teoría de la tripartición; Ipsen, J.: *Staatsrecht I* (Staatsorganisation), Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin-Frankfurt/Main, 11.ª ed. 1999, p. 134.

30. *BVerfGE* 6, 309 (340, 363).

31. *BVerfGE* 13, 54 (78).

órganos de aquélla actúan, pues, en el marco de sus respectivas competencias, como órganos del Estado global (que incluiría a los *Länder*), es decir, los órganos federales estarían también facultados para actuar por los *Länder*.

Argumentos adicionales en pos de una concepción bimembre del Estado federal alemán pueden encontrarse –en opinión de Herzog³²– tanto en el nivel de la Teoría del Estado como en el jurídico-constitucional. Desde el primero de estos puntos de vista, el Estado global no puede existir porque carece de poder público propio; no es, pues, un Estado. De hecho, el reparto de las facultades y tareas públicas en las Constituciones de los Estados federales modernos está regulado de tal modo que al lado de las competencias del Estado central y de los Estados miembros no sobran ni tareas ni facultades para un eventual “tercer nivel de la estatalidad”, es decir, no resta ningún espacio para otro eventual poder estatal. La consecuencia es entonces la imposibilidad de aceptar la existencia de un Estado propio ante la ausencia de uno de los elementos esenciales de la estatalidad, el poder público. Esto afecta –y nos encontramos aquí ya en el punto de vista jurídico-constitucional– de manera especial a la República Federal de Alemania, donde el reparto competencial entre la Federación y los *Länder* está regulado de manera completa por la cláusula general del art. 30 GG, sin que quede margen alguno, por consiguiente, para una competencia propia del Estado global. Cabría concluir, pues, que la diferenciación terminológica entre Federación y República Federal es de todo menos consecuente y que, por tanto, en Alemania únicamente cabe establecer una diferenciación, a este respecto, entre la Federación o Estado central y los *Länder* o Estados miembros.³³

32. Herzog, R.: “Artikel 20 GG...”, pp. 100 y ss.

33. Al margen de estas dos teorías mayoritarias, cabría mencionar –siguiendo la clasificación que hace Stein, E.: *Staatsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 16.ª ed. 1998, pp. 111 y ss.– como modelos autónomos: la “teoría de los Estados-parte” (“*Teilstaaten-Lehre*”) de Schmidt, W.: “Das Verhältnis von Bund und Ländern im demokratischen Bundesstaat des Grundgesetzes”, AöR 87, 1962, pp. 253 y ss., 293 y ss., y Hempel, W.: *Der demokratische Bundesstaat* (Artikel 20 Absatz 1 des Grundgesetzes und seine Bedeutung für Zuständigkeitsvereinbarungen zwischen Bund und Ländern), Duncker u. Humblot, Berlin, 1969, pp. 177 y ss., entre otros, en virtud de la cual la Federación y los *Länder* son Estados-parte de igual condición de una estructura global que por sí misma no es ningún Estado y que, en virtud de ello, no ostenta ningún órgano que al mismo tiempo pueda actuar con eficacia para la Federación y para los *Länder*; y la teoría del “Estado federal unitario” (“*unitarischer Bundesstaat*”) de Hesse, K.: *Der unitarische Bundesstaat*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1962, según la cual las autoridades federales y las de *Land* representan un Estado, la “República Federal”, de modo que tanto los órganos de una (la Federación) como los de

3.5.3. Teoría unitarista

Desde una posición antitética a la de teoría trimembre de Nawiasky, el que fuera Ministro de Justicia del *Land* de Hessen a mediados del pasado siglo y representante significativo de la corriente denominada unitarista,³⁴ Zinn, sostiene enfáticamente que la creación de los *Länder* fue obra de los comandantes militares de las potencias de ocupación de Alemania finalizada la Segunda Guerra Mundial, sin que surjan, por tanto, como resultado de un fenómeno revolucionario. En tal sentido, los *Länder* “ni ostentan antes de la entrada en vigor de la Ley Fundamental un poder soberano derivado de su pueblo individual y, en ese sentido, autónomo, ni han recibido este de la Ley Fundamental de acuerdo con el tenor literal y la interpretación del art. 20.2. Solo son, pues, portadores de un poder derivado del pueblo global”.³⁵

Más allá llega Werner Weber, uno de los críticos más decididos del sistema federal creado por la Ley Fundamental. Para este autor, “[l]os *Länder* están concebidos por la Ley Fundamental de Bonn como corporaciones administrativas con una autonomía muy amplia”,³⁶ por lo que no cabe sino referirse al “carácter meramente ficticio de la construcción federativa” de la República Federal de Alemania.³⁷ Tal ficción se mostraría evidente de forma especial en la determinación del art. 29 GG sobre la nueva división del territorio federal, al declarar

los otros (los *Länder*) actúan con eficacia para el Estado “República Federal”, si bien las autoridades de *Land* se encuentran limitadas al ámbito de su territorio, con lo que la consecuencia necesaria que de ello se ha de derivar es la supraordenación de la Federación sobre los *Länder*.

34. Cuyo origen podemos encontrarlo ya en la teoría unitaria de la Escuela de Laband, mediatizada por el positivismo jurídico de Anschütz, quien concebía el Estado federal como un “Estado global, compuesto corporativamente de Estados individuales que, por un lado, le están subordinados y, por otro lado, participan en la formación de su voluntad” (Anschütz, G.: “Das System der rechtlichen Beziehungen zwischen Reich und Länder”, en Anschütz, G. / Thoma, R. (Eds.): *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, tomo I, Mohr Siebeck, Tübingen, 1930, pp. 295 y ss.). En virtud de esta doctrina, pues, la soberanía solo puede recaer, desde un punto de vista lógico-conceptual, en el *Reich* o en la Federación en tanto que Estado central, lo que se traduciría en una clara relación de subordinación de los *Länder* individuales a la Federación potencialmente ilimitada desde un punto de vista jurídico. *Vid.* también Mangoldt, H. von / Klein, F.: “Artikel 20 GG”, en su obra: *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo I, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin, Frankfurt a. M., 2.ª ed., 1966, p. 591.

35. Zinn, G. A.: “Der Bund und die Länder”, *AöR*, 36, 1949, pp. 291, 295 y ss.

36. Weber, W.: *Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz*, Göttingen, 1949, p. 13.

37. Weber, W.: *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, Duncker&Humblot, Berlin, 3.ª ed. 1970, pp. 60 y ss.

disponible la existencia concreta de los *Länder* en su actual configuración territorial.

En definitiva, para estos autores unitaristas, las competencias de los *Länder* en el seno del Estado federal alemán se circunscriben a las de carácter administrativo, mientras que las competencias en el ámbito de la legislación, fundamentalmente, tendrían su sede propia en la Federación. No obstante, tampoco dejan de reconocer que todo el sistema constitucional está igualmente poblado de numerosos elementos federalistas, tal y como había sido exigido por las potencias de ocupación.

Estas posturas pecan, sin embargo, de imprecisión y de generalidad. Mantener, como hace Zinn, que los *Länder* carecen de un poder soberano porque son el producto de una decisión ajena a ellos mismos proveniente de las potencias de ocupación es un argumento que con igual razón se podría predicar de toda la República Federal y, sin embargo, no parece que hoy nadie dude, con buen juicio, que Alemania es un Estado (soberano, si se quiere llamar así) de la misma calidad que cualquier otro en el panorama internacional.³⁸

Por otro lado, la posibilidad de reordenación territorial de los *Länder* por medio de ley federal prevista en el art. 29 GG a que alude Weber ha de ser analizada con sumo cuidado, pues si bien es cierto que "los *Länder*, como institución, no tienen asegurada ninguna participación jurídico-formal en [este] proceso", si exceptuamos "el derecho a ser oídos, de débiles efectos, como es fácil de imaginar",³⁹ sin embargo, el papel que está llamado a jugar en el mismo la población de los *Länder* no se puede sin más despreciar. En efecto, es cierto que de acuerdo con los arts. 29 y 79.3 GG algún o algunos *Länder* (nunca todos) pueden, a través de su unión con otro u otros, perder su existencia autónoma. Es decir, la Ley Fundamental no garantiza la existencia de los *Länder* en este momento existentes, como el propio Tribunal Constitucional Federal reconoce.⁴⁰ Pero en todos los supuestos, salvo en uno relativo a la alteración de una parte del territorio de un *Land* que no cuente con más de cincuenta mil habitantes, en el que tal reordenación territorial puede efectuarse mediante tratado internacional o ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal (art. 29.7 GG), la participación de la población de los *Länder* afectados

38. Battis, U. / Gusy, C.: *Einführung...*, p. 100.

39. Albertí Rovira, E.: *Federalismo...*, p. 193.

40. *BVerfGE* 5, 34 (38).

a través de referéndum (*Volksentscheid*) o consulta popular (*Volksbefragung*) resulta imprescindible.

Es posible, por otro lado, que el territorio federal sea ampliado o reducido mediante una modificación de las fronteras de la República Federal de Alemania, cuando esta concluya tratados internacionales con uno o más Estados vecinos, competencia que se deriva del art. 32.1 GG; lo que en ningún caso podría suceder es que uno de esos territorios no constituyese un nuevo *Land* o no se insertase en otro u otros ya existentes. Pero incluso esta posibilidad de ampliar o reducir las fronteras del territorio federal, con la consiguiente repercusión que ello puede acarrear para determinados *Länder*, ha de ser matizada, pues, como el apartado 2 de ese art. 32 GG establece, la celebración de un tratado internacional que afecte a las circunstancias específicas de un *Land* exige que este previamente sea escuchado en el momento oportuno. Matización, con todo, bien está reconocerlo, de modestas dimensiones ya que finalmente las fronteras federales, y con ello también las del *Land* afectado, podrían ser modificadas incluso contra su voluntad.

A la vista de este panorama, no deja de parecer un tanto exagerada la afirmación de Weber acerca del "carácter meramente ficticio de la construcción federativa" en la Ley Fundamental de Bonn. En este mismo sentido, la caracterización de la República Federal de Alemania como Estado federal "lábil" ("*labiler*" *Bundesstaat*) realizada por el Tribunal Constitucional Federal, siguiendo abiertamente la expresión que acuñara en su momento Richard Thoma,⁴¹ tampoco resulta muy justificada, como ha criticado parte de la doctrina, que ha propuesto su sustitución por la fórmula "Estado federal estable" ("*stabiler Föderalismus*"),⁴² pese a que, como advierte Stern, ni una ni otra calificación puedan servir como principio de interpretación o directriz que permita una explicación adecuada de las relaciones Federación-*Länder* en la Ley Fundamental.⁴³

Flexibilidad o estabilidad en el Estado federal solo pueden ser determinadas desde el punto de vista de su desarrollo en las relaciones concretas y estas han mostrado, desde 1949, que la relación federati-

41. Quien con tal expresión hacía referencia a la posibilidad de que el sistema federativo fuera sustituido por uno de carácter unitario. Véase Anschütz, G. / Thoma, R. (Eds.): *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, tomo I, Mohr Siebeck, Tübingen, 1930, p. 184.

42. Véanse a este respecto las reflexiones de Herzog, R.: "Artikel 20 GG...", pp. 112 y ss.

43. Stern, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 663.

va nunca es estática y definitiva, sino dinámica y cambiante. Ahora bien, lo que hoy en día resulta evidente es que el art. 79.3 GG representa un importante factor de estabilidad para la estatalidad federal de los *Länder*, al contener la garantía de una determinada inviolabilidad federativa (“la división de la Federación en *Länder*” y “la cooperación básica de los *Länder* en la legislación”), que hasta ahora ninguna otra Constitución alemana contenía. En consecuencia con todo ello, tal vez sea más apropiado hablar –como hace Ingo von Münch– de “Estado federal estable con *Länder* lábiles” que simplemente de “Estado federal lábil”.⁴⁴

3.5.4. Otras concepciones de la soberanía en el Estado federal alemán

Junto a estas vertientes descritas, marcadamente federalistas o unitaristas, podemos encontrar asimismo otras posiciones intermedias más matizadas. Doehring, por ejemplo, mantiene que en el Estado federal la soberanía corresponde al Estado central, lo que se traduce en la negación de la cualidad estatal de las entidades integrantes de ese Estado desde el punto de vista del derecho internacional. No obstante, no deja de reconocer que estos entes territoriales sí conservan un derecho de cogestión “soberano” en la medida en que participan en la modificación del sistema jurídico del Estado global, aun cuando su postura pueda ser derrotada ante la formación de una mayoría de votos provenientes de los demás miembros que, de acuerdo con el art. 79.2 GG, para las modificaciones constitucionales se eleva a dos tercios de los miembros de la Dieta Federal (*Bundestag*) y dos tercios de los votos del Consejo Federal (*Bundesrat*). También en el Estado federal queda, de esta manera, según Doehring, un resto de autonomía para los *Länder* o, dicho con otras palabras, existe una soberanía de estos Estados miembros en su conjunto.⁴⁵

Kimminich directamente prescinde de la consideración de la soberanía como distintivo esencial del concepto de Estado. En su opinión,

44. Münch, I. von: *Staatsrecht I...*, p. 200. De otra opinión, Albertí Rovira, E.: *Federalismo...*, p. 73, para quien dado que la “combinación de elementos “estables” e “inestables” en la configuración constitucional del orden federal alemán provoca como verdadera resultante un modelo federal abierto, capaz de evolucionar”, lo más adecuado sería “hablar propiamente de un *federalismo evolutivo*, y no de un federalismo estable o inestable.”

45. Doehring, K.: *Allgemeine Staatslehre...*, pp. 69 y 74.

en la República Federal de Alemania está claro hoy en día que tanto la Federación como los *Länder* son Estados. Otra cosa es la cuestión de la soberanía que, como tal, yace únicamente en la Federación, si bien en la relación de esta con los *Länder* queda aquélla reducida al reparto de competencias.⁴⁶

En el marco de su exhaustivo estudio sobre el principio federal, Šarčević defiende la posibilidad de derivar del mismo el “poder estatal soberano” de los *Länder*, emparejando, de este modo, la cualidad estatal de estos con el elemento de la soberanía.⁴⁷ Más concretamente, considera como uno de los requisitos esenciales de la exigencia constitucional del art. 79.3 GG (relativa a la intangibilidad de la división territorial de la Federación en *Länder*, de la cooperación de estos en la legislación así como de los principios establecidos en los artículos 1 y 20 GG) la doble estatalidad de la Federación y los *Länder*.⁴⁸ No obstante, más adelante reconoce que en el orden federal de la Ley Fundamental no existe un poder constituyente de *Land* independiente del del Estado global, pues aquél se encuentra ya predefinido por el derecho constitucional federal de acuerdo con los arts. 1.1, 28.1, 31 y 142 GG.⁴⁹ De esta forma, la soberanía de los *Länder*, en caso de existir, sería de otra calidad que la del Estado global.

Zippelius, por su parte, distingue claramente la soberanía, la unidad del poder público y el monopolio de la violencia física, elementos todos ellos que van parejos del reparto de las funciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales entre los órganos federales y de *Land*. Reparto funcional que se ha llevado a efecto de tal modo en la Ley Fundamental que ni la Federación ni los *Länder* ostentan la llamada soberanía competencial, es decir, un poder de regulación completo en virtud de cuyo ejercicio podrían privar de las competencias a la otra parte. Reconocido esto –añade Zippelius– que a los *Länder* “se les quiera caracterizar como “Estados” no soberanos es solo una decisión terminológica”.⁵⁰

46. Kimminich, O.: “Der Bundesstaat” ..., pp. 1120 y ss. y 1138.

47. Šarčević, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 200.

48. Šarčević, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 233.

49. Šarčević, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 234.

50. Zippelius, R.: *Allgemeine Staatslehre...*, pp. 64 y ss.

3.5.5. Posición del Tribunal Constitucional Federal

Finalmente, también el Tribunal Constitucional Federal se ha pronunciado sobre esta controvertida cuestión. Precisamente, en su primera sentencia, con motivo de un procedimiento relativo a la nueva división territorial de los *Länder* de Baden, Württemberg-Baden y Württemberg-Hohenzollern, el Tribunal hizo uso de una formulación que después ha sido repetida a menudo en relación con la posición básica de aquéllos en la estructural federal: "Los *Länder* son, como miembros de la Federación, Estados con poder público soberano propio –si bien limitado en cuanto al objeto–, no derivado de la Federación, sino por ella reconocido" [*BVerfGE* 1, 14 (34)].

Cabría preguntarse aquí si ese reconocimiento del poder, mejor que soberano, público, de los *Länder* por parte de la Federación del que habla el Tribunal no es más bien un reconocimiento constitucional federal. Esto es, el poder público de los *Länder* ni deriva de la Federación ni es por esta reconocido, sino que, en realidad, deriva de las Constituciones respectivas de *Land*, adquiriendo un nuevo sentido a la luz de la Constitución federal al ser por ella reconocido. Dando un paso más allá, una observación detenida de este concepto de poder público soberano, en la terminología del Tribunal Constitucional Federal, nos lleva, en realidad, a concluir que el concepto de soberanía que aquí se está utilizando en poco (si en algo) se diferencia del concepto de competencia. Que los *Länder* sean titulares de un poder público soberano propio pero limitado en cuanto al objeto y, cabría añadir, siempre que se mantengan dentro de los márgenes fijados por el art. 28 GG, no es más que reconocer que los *Länder* (al igual que la Federación) tienen atribuida por la Ley Fundamental una serie de competencias sobre las que pueden disponer libremente dentro del marco constitucional respectivo. Una vez más, pues, se pone de manifiesto que la apelación al concepto de soberanía no solo resulta innecesaria, sino que además entorpece la comprensión de las relaciones federativas en el seno de un Estado compuesto como el alemán, así como el estudio de la distribución y delimitación del poder público entre la Federación y los *Länder*.

3.6. Conclusión: Prescindibilidad del concepto "soberanía" en el Estado federal alemán

A tenor de lo apuntado, no parece, por tanto, que el criterio de la soberanía resulte de ayuda en orden a la determinación de la cualidad

estatal de los *Länder*. Como pone de manifiesto Isensee,⁵¹ la discusión en torno a si es posible o no dividir la soberanía entre el Estado central y los Estados miembros en el seno de un Estado federal es infructuosa. El criterio de la soberanía, a causa de su inconsistencia, no puede cumplir hoy con esta función que le ha sido históricamente demandada. Si se le somete a una observación pormenorizada se podrá comprobar cómo el mismo se descompone en significados heterogéneos, cambiando su contenido jurídico y su sentido político en función de la relación a la que se aplique. Por otra parte, el concepto de la soberanía popular como origen último del poder público, con exclusión de cualquier otro motivo de legitimación, es desde el punto de vista de las relaciones federativas indiferente porque en un Estado federal tanto la Federación como los *Länder* tienen su origen en un pueblo (parcialmente) idéntico.

La soberanía "exterior" de la República Federal de Alemania frente a terceros Estados es una categoría de derecho internacional que solo tiene relevancia práctica por razones jurídico competenciales para la Federación, ya que las competencias en materia de poder exterior están, en gran medida, concentradas en sus manos.⁵² La soberanía "interior", que se refiere a la superioridad (*Zu-Höchst-Sein*) del poder público sobre las fuerzas sociales no estatales y que, como tal, no es ninguna categoría de derecho público, es predicable por igual de todos los detentadores de poder público (Federación, *Länder* y municipios). En conclusión, el criterio de la soberanía, en su vertiente exterior o interior, ni es apto para afirmar ni para negar la cualidad estatal de los *Länder*.⁵³ Se trata, más bien, de un concepto que, según su significado, tiene su patria en el Derecho internacional o en la teoría general del Derecho; por el contrario, la cuestión de la cualidad

51. Isensee, J.: "Idee und Gestalt...", pp. 552 y ss.

52. En el ámbito de la Unión Europea, la reforma constitucional de 2006 ha supuesto un incremento de las facultades de intervención de los *Länder*, sin que ello desmerezca lo apuntado en el texto principal.

53. Tampoco Jerusalem, F.W.: "Die Staatsidee des Föderalismus", *Recht und Staat*, 142-143, Verlag J. C. B. Mohr, (Paul Siebeck), Tübingen, 1949, pp. 26 y ss. y 54, considera el concepto de soberanía válido para caracterizar al Estado federal, al contrario de lo que sucede en el Estado central, en el que el criterio de la soberanía vendría a destacar la independencia de aquél hacia fuera, mientras que hacia dentro no tolera junto a él ningún titular autónomo de funciones públicas. En todo caso, los Estados miembros de un Estado federal tienen autonomía, pero nunca son soberanos. De igual manera, la medida de la nación soberana tampoco es aplicable en el Estado federal, sino que tiene como condición al Estado central.

estatal de los *Länder* se desenvuelve en el ámbito del derecho constitucional federal; a tal efecto, la afirmación de la cualidad estatal de los *Länder* es conforme a la Ley Fundamental de Bonn, sin que este postulado de derecho constitucional interno pueda verse frustrado en razón de medidas externas a la Constitución misma.

Ante este panorama, en el que predomina la vaguedad y la falta de precisión, se propone aquí prescindir, a la hora de acometer el estudio de la estatalidad en el seno del Estado federal, de un concepto tan sobredimensionado como el de "soberanía",⁵⁴ al que van anejas, por cierto, connotaciones cuasi mitológicas, con lo que el acuerdo se dificulta aún más, pues ya se sabe que cada uno tiene sus mitos y los idolatra de acuerdo con los más diversos y pintorescos rituales y,

54. En esta misma línea de abogar por la superación del recurso al concepto de "soberanía" para explicar la cualidad estatal de un Estado, véase Stern, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., pp. 644 y ss., quien mantiene que más decisivo que determinar si un Estado ostenta o no ese poder soberano es que las competencias distribuidas entre todos los órganos de las diversas organizaciones estatales se complementen unas a otras, sin dejar lagunas, de modo que este sistema de reparto competencial puede ser visto hoy como la pieza clave de la estructura estatal federal.

Münch, I. von: *Staatsrecht I...*, pp. 204 y ss., por su parte, defiende la razón que asiste a quien se pregunta si el concepto de soberanía no es demasiado difuso y en cualquier caso carente de interés hoy en día en el Estado federal, pues "soberanía", con razón, no puede significar ausencia de límites (*Unbeschränktheit*), sino solo un grado de decisión supremo y relativo.

Battis, U. / Gusy, C.: *Einführung...*, pp. 100 y ss., al tiempo que se adhieren a la opinión de los autores que mantienen que es poco productivo aplicar medidas tan grandes como soberanía y autonomía constitucional, recuerdan cómo ya en el primer tercio del siglo pasado el profesor de Derecho Público Hugo Preuss rechazó la cuestión controvertida –"Estado miembro de un Estado federal o Entidades administrativas autónomas de un Estado unitario descentralizado"– como infructuosa.

Finalmente, Herzog, R.: "Artikel 20 GG...", pp. 97 y ss., mantiene que el elemento conceptual primario del Estado federal es el reparto del poder estatal, siendo, por tanto, este último concepto y no el de soberanía el punto de partida de todo debate sobre la estatalidad. De hecho, la idea de soberanía en el Derecho constitucional, en el Derecho internacional y en la Teoría del Estado ha sido configurada conceptualmente desde muy variados puntos de vista, de manera que hoy por soberanía es posible entender diversos significados, lo que pone muy seriamente en tela de juicio la capacidad de esta categoría para explicar la esencia de la estatalidad. En consecuencia, carece hoy de sentido preguntarse qué nivel estatal en la relación federal es soberano y cuál no, y si se pueden dar formas de organización con carácter estatal que no sean soberanas. Hoy el criterio de distinción entre el Estado unitario y el federal –continúa Herzog– es el de la derivación o no de cada poder público de otro distinto. Este requisito de la no derivación del poder público del Estado global de actos jurídicos de los poderes de los Estados miembros, sino del poder constituyente del pueblo federal, y, viceversa, no derivación del poder estatal de los Estados miembros de actos jurídicos del Estado central, sino del poder constituyente de cada respectivo pueblo, en un Estado federal es, sin duda, más concreto que el de la soberanía.

en contrapartida, se anima a sustituirlo por aquellos elementos ya enunciados, valorativamente más neutros: poder público, pueblo estatal, territorio estatal.⁵⁵

En último término, la cuestión de fondo es si Estado y soberanía son conceptos que han de ir indisolublemente unidos o si, por el contrario, tienen existencia autónoma. O, dicho de otro modo, la pregunta clave sería: ¿puede existir un Estado que no sea soberano? Sin ánimo de entrar a responder de manera concluyente esta espinosa cuestión,⁵⁶ que, en buena medida, quedaría sin objeto si, como parece lo más correcto en los regímenes democráticos auténticos, la soberanía se predicase del pueblo y no del Estado,⁵⁷ ante las dificultades esbozadas para encontrar una definición de soberanía válida para entender el concepto de Estado federal, y dando por supuesto que en esta forma de organización territorial del poder la Federación y los Estados miembros o *Länder* no tienen la misma cualidad estatal, lo que se propone aquí es centrar la atención en otro haz de cuestiones que una vez estudiadas nos permitan tener una visión adecuada y certera de cómo se distribuye el poder en un Estado federal y, finalmente, determinar en qué consiste uno de los elementos más característicos de este: la distribución de facultades legislativas entre la Federación y los *Länder*. En conclusión, el Estado federal (alemán, en este caso) se puede entender sin necesidad de responder a la pregunta sobre si los *Länder* son o no soberanos.⁵⁸

55. Doehring, K.: *Allgemeine Staatslehre...*, pp. 22 y ss., destaca, en esta línea, que por medio de esos tres elementos, imprescindibles también en cualquier otro intento de definición del Estado (como el que se deriva de la Teoría de la integración de Rudolf Smend que concibe al Estado como un "proceso constante de actualización", en el sentido de un "plebiscito que se repite todos los días"; el de Hermann Heller, para quien el Estado no es sino una institución de puro poder coercitivo; o el de Hans Kelsen, que caracteriza a aquél como un orden normativo puro o un conjunto de relaciones jurídicas en cuya cúspide se encuentra la Constitución misma), se consigue una descripción real del concepto Estado que no está vinculada a ningún objetivo estatal determinado (moralidad, religión, etc.), pues dada su "basta estructura" ("*grobe Struktur*") esta definición es válida para caracterizar a todos los Estados conocidos al margen de su orientación ideológica.

56. Que Herzog, R.: "Artikel 20 GG...", pp. 97 y ss., por cierto, descartó por carente de sentido.

57. Esto mismo se pregunta Doehring, K.: *Allgemeine Staatslehre...*, p. 108, a propósito de la cuestión sobre la soberanía interior del Estado: ¿no carece la misma de objeto, dado que finalmente "todo poder estatal debe derivar del pueblo"?

58. Merece ser citado aquí de nuevo Isensee, J.: "Idee und Gestalt...", p. 554, para quien el concepto de soberanía ni puede afirmar ni contradecir la cualidad estatal de los *Länder*, dado que mientras el mismo tiene su sede en el derecho internacional o en la Teoría ge-

4. El concepto de autonomía constitucional de los *Länder*

En estrecha relación con la idea de soberanía, el concepto de autonomía constitucional ha sido empleado con frecuencia también como criterio definidor de la estatalidad. Con este concepto se apela a la capacidad que todo Estado ha de tener para constituirse autónomamente por medio de una norma de rango constitucional. Esto es, según esta concepción, un ente territorial que no pueda darse libremente a sí mismo una Constitución no es un Estado en sentido jurídico-público.

Esta teoría, aplicada al orden federal alemán, pone en entredicho la presunta cualidad estatal de los Estados miembros o *Länder*, pues mientras el Estado central o Federación ejerce su voluntad constituyente con libertad, aquéllos se encuentran con ciertos límites fijados en la Constitución federal que sus respectivas Constituciones han de respetar (art. 28.1 GG), con lo que ante esta aparente supremacía del derecho constitucional federal no parece convincente hablar de autonomía constitucional de los *Länder*.⁵⁹ No obstante, esta conclusión provisional merece una explicación más detallada.

En un Estado políticamente descentralizado como el alemán, en el que tanto la Federación como los *Länder* ostentan sus propios ámbitos competenciales, existe el riesgo de que, a falta de una homogeneización mínima entre las políticas de una y de otros, se llegue a una dispersión o, lo que es peor, a una contradicción o, incluso, a un conflicto entre las diversas actividades que, en definitiva, habrían de estar orientadas a la consecución de unos mismos objetivos beneficiosos para el conjunto del Estado y de los ciudadanos.⁶⁰ Este *principio de homogeneidad* mínima de la Federación y los *Länder* y de estos entre

neral del Estado, por el contrario, la cuestión de la cualidad estatal de los *Länder* se ha de desenvolver en el ámbito del derecho constitucional federal y, desde este punto de vista, cabe concluir, a la luz de la Ley Fundamental, que los *Länder* son considerados Estados, sin que este argumento interno de derecho constitucional pueda ser frustrado en razón de medidas externas a la Constitución.

59. Šarčević, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 116.

60. Esos peligros para la capacidad y la unidad de acción del Estado han sido denunciados, entre otros, por Stern, K.: "Pluralismo territorial y derechos fundamentales", en VV.AA.: *Pluralismo territorial en la República Federal de Alemania* (Trad. de M. Cancio Meliá), MAP/INAP, Madrid, 1989, pp. 69 y ss., quien los considera, precisamente, como una de las desventajas de la configuración federal del Estado. *Vid.* también del mismo autor: *Das Staatsrecht...* tomo I..., pp. 704 y ss.

sí⁶¹ encuentra apoyo normativo en la propia Ley Fundamental (arts. 28.1 y 3 GG).⁶² En virtud de estos preceptos, el orden constitucional de los *Länder* ha de corresponderse con los principios básicos de organización del Estado aquí previstos (Estado social, republicano y democrático de derecho: art. 20.1 GG), así como con los derechos fundamentales,⁶³ estando obligada la Federación a garantizar que esa concordancia efectivamente se produzca.⁶⁴

Este art. 28.1 GG solo reclama, como se ha ocupado de especificar el Tribunal Constitucional Federal, un “mínimo de homogeneidad”, no, por tanto, una conformidad o uniformidad plena.⁶⁵ Es discutible, sin embargo, si este precepto establece derecho constitucional de *Land* directamente aplicable o si, por el contrario, se limita a disponer “un marco” dentro del cual los *Länder* pueden libremente moverse. Stern considera adecuado ver en él una disposición que actúa en el interior de las Constituciones de los *Länder*, de modo que si algún precepto de una Constitución de *Land* lo contradijera sería nulo, dada la pre-

61. Reclamado por el propio Tribunal Constitucional Federal en su *BVerfGE* 36, 342 (361).

62. Vid. Henneke: “Art. 28 GG”, en Schmidt-Bleibtreu / Hofmann / Hopgauf (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, 12. Aufl., 2011, pp. 802 y ss.; Nierhaus: “Art. 28 GG”, en Sachs, M. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck, München, 6. Aufl., 2011, pp. 1019 y ss.; Pieroth: “Art. 28 GG”, en Jarass / Pieroth (Hrsg.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Kommentar, H. C. Beck, München, 11. Aufl, 2011, pp. 609 y ss.; y Löwer, W.: “Art. 28 GG”, e von Münch / Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Band 1 (Präambel – Art. 1-69), C.H. Beck, München, 6. Aufl., 2012, pp. 1803 y ss.

63. Interesantes reflexiones sobre la relación entre el principio federal y los derechos fundamentales desde el punto de vista de la idea de igualdad, así como sobre la supuesta fuerza unificadora intrínseca a los mismos, con cita de la importante Sentencia del Tribunal constitucional de 18 de julio de 1972 sobre el *numerus clausus* (*BVerfGE* 33, 303), pueden encontrarse en Stern, K.: “Pluralismo territorial...”, pp. 67 y ss. Vid. también Oeter, S.: *Integration...*, pp. 427 y ss.

64. Además de estos principios constitucionales básicos a que se refiere el art. 28 GG, la Constitución federal asegura también esa homogeneidad mediante otra serie de instituciones y procedimientos, entre los que se encuentran, según Vogel, J.J.: “El régimen federal...”, p. 628, la eficacia inmediata de la Ley Fundamental en los *Länder*, derivada, entre otros, del art. 1.3 GG, el *mandato negativo de homogeneidad* del art. 31, la atribución a algunos órganos federales de facultades de intervención, en especial a través de los institutos de la coerción federal y la supervisión federal, así como el principio de lealtad federal. Herzog, R.: “Artikel 20 GG...”, p. 110, además destaca también la importante eficacia homogeneizadora que se deriva del art. 20.3 GG, así como de los principios generales a que hace referencia el art. 33 GG. Vid. también Stern, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 704; Nettesheim, M. / Quarthal, B.: “La reforma de las Constituciones...”, pp. 282 y ss.

65. *BVerfGE* 9, 268 (279); 24, 367 (390); 27, 44 (56); 36, 342 (360 s.); 52, 95 (110); 83, 37 (58); vid. también la interpretación que la *BVerfGE* 34, 52 (57) hace de la llamada “homogeneidad diferenciada”.

valencia del derecho federal sobre el derecho de *Land* (art. 31 GG). En cambio, si en vez de producirse una contradicción tal, se diese una identidad de contenido o simplemente se incluyesen normas constitucionales de *Land* que la Ley Fundamental no conoce pero a la que tampoco contradicen, el precepto constitucional de *Land* permanecería en vigor,⁶⁶ lo que es especialmente significativo en el caso de algunos derechos fundamentales no previstos en la Ley Fundamental, pero sí en algunas Constituciones de los *Länder*.⁶⁷ Y es que, en efecto, como ha tenido ocasión de establecer el Tribunal Constitucional Federal en repetidas oportunidades, en el Estado de impronta federativa que constituye la Ley Fundamental los ámbitos constitucionales de la Federación y de los *Länder* se encuentran unos al lado de los otros, de modo que, en la medida en que aquélla no establezca ninguna determinación normativa en relación con las Constituciones de los *Länder*, estos pueden ordenar por sí mismos y con plena libertad su derecho constitucional.⁶⁸

A la luz de esta aclaración conviene detenerse un momento y reflexionar, con Oeter, sobre si el rol que le ha sido asignado a ese art. 28.1 GG no está, en realidad, sobredimensionado. Porque, finalmente, en este precepto "solo están fijados por escrito los principios básicos del moderno Estado constitucional ("principios del Estado republicano, democrático y social de Derecho") cuyo reconocimiento básico está completamente fuera de cuestión". La exigencia de homogeneidad del art. 28.1 GG carece, en esa medida, de auténtica relevancia, pues los principios que constituyen su objeto "tampoco estaban a disposición del constituyente histórico de la Ley Fundamental, sin que por ello a nadie se le ocurra hoy poner en duda la cualidad de "unidad política originaria" de la República Federal".⁶⁹

Por otro lado, no es tan evidente, como la mayoría de los representantes de la llamada Teoría del Estado federal bímembre y el propio Tribunal Constitucional Federal⁷⁰ pretenden, que con base funda-

66. *BVerfGE* 36, 342.

67. Stern, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., pp. 705 y ss.

68. *BVerfGE* 4, 178 (189); 6, 376 (381 y ss.); 22, 267 (270); 41, 88 (118); 60, 175 (209); 96, 231 (242); 96, 345 (368 y ss.).

69. Oeter, S.: *Integration...*, p. 392.

70. El Tribunal Constitucional Federal entiende que la Federación, en tanto que Estado superior que a través de la unión con los *Länder* se ha constituido en un Estado federal, está, en principio, supraordenada a los *Länder*. En su opinión, a los órganos de la Federa-

mentalmente en este art. 28.1 GG las relaciones entre el derecho constitucional federal y de *Land* hayan de definirse necesariamente en términos de jerarquía. Más bien, es posible, me parece, enfocar la cuestión desde la perspectiva del reparto competencial constitucionalmente establecido.⁷¹ Así, se podrá convenir que las diferencias existentes, en lo que a reflejo de la cualidad estatal se refiere, entre Federación y *Länder* son las que la Ley Fundamental ha querido, sin que esto signifique que aquélla se encuentre supraordenada a estos. Porque si es cierto que en determinados ámbitos la Federación está facultada para adoptar decisiones a través de sus órganos competentes que también vinculan a los *Länder*, no deja de ser menos verdad que estos, en el campo de sus respectivas competencias, actúan asimismo con eficacia vinculante para la Federación.⁷²

De ahí que no se pueda compartir la opinión de aquellos autores que, como Klaus Stern, reconociendo, como no podía ser menos, que el punto de partida de todas las concreciones federativas es la Constitución federal, en tanto que "orden fundamental común a la Federación y a los *Länder* del Estado federal", sostiene, sin embargo, que la propia Constitución federal constituye un límite para los *Länder*, deduciendo de ello, con apoyo en la jurisprudencia constitucional

ción les corresponden competencias que muestran la supraordenación del poder global sobre el poder de los Estados miembros, en especial la competencia sobre la competencia [BVerfGE 13, 54 (78 y ss.) con remisión a BVerfGE 1, 14 (51)]. Vid. también BVerfGE 34, 216 (231)]; solo en aquellos ámbitos en que la Constitución federal no haya previsto nada existe igualdad [BVerfGE 4, 178 (189); 6, 378 (382); 13, 54 (78); 22, 267 (270); 36, 342 (361); 42, 103 (112 y ss.)]. Vid. Albertí Rovira, E.: *Federalismo...*, p. 66.

71. En la línea de lo mantenido por Brockmeyer, H.B.: "Artikel 20 GG...", p. 518, para quien la relación entre la Federación y los *Länder* es básicamente de igualdad, de manera que en el Estado federal de la Ley Fundamental no hay ni una supraordenación general de la Federación ni una supervisión general sobre los *Länder*; sencillamente, en la Constitución federal existen especiales facultades limitadas de la Federación frente a los *Länder* para garantizar el orden federal y para asegurar la validez unitaria del derecho federal en la totalidad del territorio nacional. También Albertí Rovira, E.: *Federalismo...*, p. 352, reconoce que los dos centros de poder estatal que coexisten en la República Federal de Alemania "no guardan entre sí, de modo ordinario y natural, relación alguna de supra o subordinación".

72. Véase, sobre todo, Stein, E.: *Staatsrecht...*, pp. 113 y ss., quien, con acierto, sostiene de manera muy gráfica que la "supraordenación de la Federación sobre los *Länder*" en el ámbito de las competencias federales se corresponde con una "supraordenación de los *Länder* sobre la Federación" en el ámbito de las competencias de estos últimos; vid también Jerusalem, F.W.: "Die Staatsidee...", pp. 59, 65 y ss., que mantiene que el Estado global federalista se caracteriza por constar de un sistema de comunidades estatales mayores y menores que coexisten en una relación de "igualdad ordinal completa" ("völlige Gleichordnung"); y Vogel, J.J.: "El régimen federal...", p. 625.

mencionada, que en la medida en que la Federación se encuentre supraordenada a los *Länder* le corresponde a esta la competencia sobre la competencia, consideración que se manifiesta concretamente en la vinculación de los órganos de *Land* al orden constitucional y a los derechos fundamentales (arts. 20.3 y 1.3 GG), existiendo en los ámbitos en los que la Constitución federal no contiene ninguna regulación una igualdad ordinamental (*Gleichordnung*).⁷³

Al margen de estar, como se ha dicho, en desacuerdo con esta visión, se podría plantear además la siguiente cuestión con intención crítica: esa vinculación de los órganos de *Land* al orden constitucional y a los derechos fundamentales, ¿no es la misma que la que tienen los órganos de la Federación?; es decir, ¿existe acaso alguna diferencia entre la vinculación de los órganos de *Land* y los federales al orden constitucional y a los derechos fundamentales? Más bien, lo que este autor parece dar por supuesto es que la Constitución federal es la norma fundamental que solo constituye a la Federación, mientras que lo que aquí se sostiene es que esta misma Norma, en función del Estado federal del que estemos hablando, puede fundar asimismo a los Estados miembros (en el supuesto de Estados federales que surgen por disgregación de un Estado políticamente centralizado o solo administrativamente descentralizado) o, cuando menos, “refundar” la posición que estos tienen a partir del momento en que dejan de ser independientes para pasar a convertirse en partes de una organización estatal políticamente descentralizada. Es decir, la Constitución federal no solo es la Constitución de la Federación, sino también la Constitución de los Estados miembros, sin que ello sea incompatible con el hecho de que estos, por su parte, tengan sus propias Constituciones.

Concebir el orden constitucional federal y los órdenes constitucionales de los Estados miembros como compartimentos estancos que no se comunican va contra toda comprensión posible de lo que una organización estatal supone, por muy descentralizada políticamente que sea.⁷⁴ En esta misma línea, el propio Tribunal Constitucional Federal, en su interpretación del art. 28.1 GG, ha llegado a afirmar que el derecho constitucional de *Land* está, en un sentido amplio, integra-

73. Stern, K.: *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 652.

74. Šarčević, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 200, presenta la doble cualidad estatal de la Federación y de los *Länder* así como la “coexistencia de sus espacios constitucionales” como una “consecuencia de la función constructiva y constitutiva del principio federal”.

do no solo por las disposiciones de la Constitución de *Land* sino también por las de la Ley Fundamental.⁷⁵

Se podrá insistir, por otra parte, en que las posibilidades de intervención de la Federación en los *Länder* por medio de las conocidas técnicas de supervisión –*Bundesaufsicht*– (arts. 84.3, 4 y 5, 85.3 y 4 y 108.3 GG), coerción –*Bundeszwang*– (art. 37 GG) e intervención federal –*Bundesintervention*– (arts. 35.2 y 3 y 91.1 y 2 GG)⁷⁶ son una muestra de esa supraordenación de la Federación sobre los *Länder*,⁷⁷ pero entonces se estará ignorando, por un lado, que para su adopción o mantenimiento se requiere en muchos casos (fundamentalmente en lo que afecta a las dos últimas, que, por otra parte, son las que presentan un mayor grado de intromisión en la esfera de actuación de los *Länder*) la participación decisiva del Consejo Federal, integrado, no se olvide, por miembros de los Gobiernos de los *Länder*, y, por otro lado, que esas técnicas interventoras existen de manera reglada, para supuestos específicos que la propia Ley Fundamental prevé, es decir, no se encuentran a disposición de la Federación para hacer uso de ellas cuando crea conveniente.⁷⁸

En realidad, lo que se quiere destacar con esta argumentación es que más que definir en términos de supraordenación o de igualdad las relaciones entre la Federación y los *Länder*, lo que se ha de hacer

75. *BVerfGE* 1, 208 (232); también: *BVerfGE* 4, 375 (378); 27, 44 (55).

76. Sobre estas facultades de intervención de la Federación en el ámbito de la actividad de los *Länder*, vid. Albertí Rovira, E.: *Federalismo...*, pp. 201 y ss.

77. Como hace Herzog, R.: “Artikel 20 GG...”, pp. 114 y ss. No obstante, este mismo autor reconoce más adelante que este mismo principio de supraordenación de la Federación sobre los *Länder* se aplica en sentido contrario en el campo de las competencias de *Land*, pues, por ejemplo, el art. 20.3 vincula no solo a las autoridades de *Land* a las decisiones legislativas de la Federación, sino, también al revés, las autoridades federales a las decisiones legislativas de *Land*. Por otro lado, reconoce Herzog que allá donde falte una decisión expresa del constituyente, se debe afirmar con seguridad la paridad de la Federación y de los *Länder*. Así las cosas, como se sostiene en el texto principal, no parece muy adecuado hablar aquí de relaciones de supra o subordinación. En todo caso, lo que hay es una (supra)ordenación de la Ley Fundamental, que es la que determina cómo se desarrollan determinadas relaciones entre la Federación y los *Länder*, sin que ayude en nada calificar las mismas en términos de jerarquía.

78. En relación con estas técnicas de supervisión, Jerusalem, F.W.: “Die Staatsidee...”, p. 40, destaca que las mismas no tienen cabida alguna en una auténtica estructura estatal federalista, pues aquí cada comunidad estatal es autónoma en el ejercicio de sus funciones, sin que quepa legítimamente otro control que el de los Tribunales, de donde cabe derivar que la República Federal de Alemania, al igual que sucedía con la República de Weimar, se encuentra en contradicción con el federalismo así entendido.

es prestar la máxima atención a los dictados constitucionales, a efectos de saber si es la Federación o son los *Länder* los que tienen la competencia (utilizado aquí este vocablo en sentido amplio) para la adopción de determinada medida o para la regulación de cierta materia.

Algo similar cabría decir frente al argumento de que esa supuesta supraordenación federal se pone de manifiesto en el hecho de que la Federación ostenta la así llamada "competencia sobre la competencia" ("*Kompetenz-Kompetenz*"), esto es, de que a través de una reforma constitucional aquélla podría alterar el orden competencial hasta entonces existente.⁷⁹ Sin embargo, no se debe de perder de vista que la tal "competencia sobre la competencia" sería ciertamente una muestra de la supremacía federal sobre los *Länder* si en la reforma constitucional aludida únicamente interviniera la Dieta Federal, pero como no es así, sino que también se precisa de dos tercios de los votos del Consejo Federal (art. 79.2 GG), no resulta muy creíble derivar de aquí una tal superior ordenación jerárquica de la Federación.⁸⁰ Ahora bien, lo que tampoco se puede desconocer es que la posición que a este respecto ocupan la Federación y los *Länder* individuales (no en tanto que conjunto) no es idéntica, pues mientras el asentimiento de la primera es siempre imprescindible en toda modificación constitucional, no sucede lo mismo con el de cada uno de los Estados miembros, es decir, podría llevarse a efecto una tal modificación de la Ley Fundamental en contra de la voluntad de algún o algunos de los *Länder* y, en tal sentido, estos podrían ver alterada su dotación competencial sin poder evitarlo por sí solos. De ahí que –como sostiene Albertí Rovira– se pueda decir con mayor precisión que la *Kompetenz-Kompetenz*, lejos de corresponder en exclusiva al Estado central, "pertenece a la Federación y a la *comunidad* de los Estados miembros" conjuntamente.⁸¹ En todo caso, por esta razón, no parece que se pueda acudir a la misma como criterio fundamentador de la superioridad jerárquica de la Federación sobre los *Länder*.

79. Véase, en este sentido, Vogel, J.J.: "El régimen federal...", p. 625.

80. En la línea de lo mantenido por Stein, E.: *Staatsrecht...*, p. 114. Precisamente, según este autor, la teoría del Estado federal bímembre, que él también defiende, no es incompatible con una defensa de la igualdad ordinal de la Federación y de los *Länder*, pese a que aquélla comprenda a estos.

81. Albertí Rovira, E.: *Federalismo...*, p. 175, que matiza de esta forma, con razón, la radicalidad de la afirmación que realizó en un momento anterior: "el *Bund* ostenta una disposición casi absoluta sobre el sistema competencial, lo que se viene en llamar la *Kompetenz-Kompetenz*, a través de su decisivo poder de revisión constitucional" (p. 82).

En última instancia, parece más coherente afirmar que lo que, en realidad, existe es una sujeción tanto de la Federación como de los *Länder* a las prescripciones de la Ley Fundamental (que en el caso de estos últimos, en particular, se manifiesta en la necesidad de que haya una correspondencia de su orden constitucional con los principios básicos de la organización estatal –Estado republicano, democrático y social de derecho–, así como con los derechos fundamentales, cuya garantía, en este último caso, se encomienda a la Federación: art. 28.1 y 3 GG).

Retomando el tema que nos ocupaba y a tenor de lo dicho, parece que la cuestión de la autonomía constitucional ha de enfocarse desde otra perspectiva si se quiere llegar a un resultado satisfactorio. Hasta ahora se ha reconocido que la Constitución federal representa el acta de nacimiento de un Estado que está, a su vez, integrado por otras entidades territoriales de carácter igualmente estatal. Y lo que se ha de acentuar de ahora en adelante, tal y como se apuntó ya con anterioridad, es que esos Estados miembros o *Länder*, a partir de su unión en un Estado federal, ven alterado (ampliado) su referente constitucional, que ya no solo está integrado por sus respectivas Normas constitucionales, sino también, y en primer lugar, por la Constitución federal. En este sentido, no parece aventurado mantener que esta, la Constitución federal, no solo constituye al Estado global, sino que, en cierto modo, *(re)constituye* también a los Estados miembros por voluntad propia de los mismos,⁸² pudiéndose, desde este punto de vista, hablar en ambos casos de autonomía constitucional de la Federación y de los *Länder*.⁸³ De ahí que el argumento de la sumisión de los órde-

82. En una dirección similar parece que apunta Albertí Rovira, E.: *Federalismo...*, p. 164, cuando sostiene que "(l)a Constitución es el fundamento jurídico de todo Estado federal, es el acto de derecho interno que crea o constituye la Federación y los Estados miembros".

83. Esta conclusión plantea aún menos dudas si se piensa en el supuesto hoy en día más frecuente de creación de las formaciones estatales federales: un Estado solo administrativamente descentralizado o simplemente centralizado opta por llevar a efecto un proceso de descentralización política que acabará dando lugar al nacimiento de un Estado compuesto. Es evidente que aquí la Constitución federal resultante de ese proceso descentralizador no solo constituye al Estado global o Federación sino también a los Estados miembros o *Länder*, con lo que carecería de sentido defender la autonomía constitucional de aquélla pero no de estos. En el caso que nos ocupa, la República Federal de Alemania, no está tan claro si los *Länder* actuales son creaciones atribuibles a la Ley Fundamental por haber quedado disuelta la continuidad histórica de los mismos durante el período de gobierno nacional-socialista con su acentuada orientación centralista, o si, por el contrario, son los nuevos *Länder* los que, recuperado el ejercicio de su poder público, dan lugar al nacimiento de la República Federal de Alemania. Sobre esta controversia, véase Nawiasky, H.: *Die Grundgedanken...*, pp. 3 y ss.

nes constitucionales de los *Länder* a los principios enunciados en el art. 28.1 GG no pueda aceptarse como explicativo de la ausencia de autonomía constitucional de estos. Así pues, los *Länder* gozan de plena capacidad organizativa de sus espacios constitucionales sin que el límite del art. 28.1 y 3 GG lo contradiga.

Lo que está por ver es que este criterio de la autonomía constitucional aporte algún elemento válido de análisis para la mejor comprensión del Estado federal. Con este claro ejemplo se pone de relieve su debilidad como fundamento de explicación del orden estatal federativo: en la República Federal de Alemania la significativa influencia que ejercieron las potencias de ocupación en la elaboración de la Ley Fundamental de Bonn podría llevar a pensar que, en realidad, esta se trata de una Constitución en buena medida impuesta, pues los actores políticos correspondientes no se encontraban en condiciones de ejercer la misma autonomía constitucional que desplegaron otros Estados en el momento de su constitución jurídico-formal. Sin embargo, aunque haya una dosis de verdad en esa afirmación, no parece que ello impida reconocer la presencia de un Estado de la misma categoría que cualquier otro de la comunidad internacional.⁸⁴ Se pone así de manifiesto, por consiguiente, que el concepto de "autonomía constitucional" no resulta de gran ayuda a la hora de emprender un estudio jurídico-positivo de la estatalidad federal.

5. La distribución de competencias entre la Federación y los *Länder*

Afirmada, de la forma en que hemos visto, la cualidad estatal de la Federación y de los *Länder*, pese a reconocer su distinto significado, y negada la virtualidad de los conceptos de soberanía y autonomía constitucional para explicar, correcta y completamente, la posición que ocupa en el ordenamiento jurídico-político la Federación y su Constitución (la Ley Fundamental de Bonn) y los *Länder* y sus respectivas Constituciones, corresponde ahora centrar la atención en un aspecto que en la República Federal de Alemania, como en cualquier *Estado políticamente descentralizado*, resulta esencial, si no el núcleo central, de la estructura estatal federal: la distribución de competencias (de carácter legislativo, administrativo y jurisdiccional) entre los

84. Battis, U. / Gusy, C.: *Einführung...*, p. 100.

órganos de la Federación, por un lado, y los de los *Länder*, por el otro.⁸⁵ No en vano con la cuestión competencial lo que, en realidad, se está dilucidando es el reparto de la totalidad del poder público entre las distintas instancias que integran el Estado (alemán, en este caso).⁸⁶

Y es que en un *Estado solo descentralizado administrativamente*, al carecerse de diversos centros de poder público autónomos, solo existe un núcleo de decisión política, el órgano legislativo correspondiente al Estado central, con lo que la cuestión de la distribución competencial adquiere otra relevancia, en tanto que tan solo se ha de proceder a un reparto de tareas administrativas entre las diferentes redes de esta índole distribuidas a lo largo de todo el territorio nacional.

En última instancia, la cuestión de la distribución de competencias queda sin objeto en un *Estado centralizado*, en el que las funciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales se ejercen desde un solo centro de poder público, al hallarse tanto los órganos legislativos como los administrativos y judiciales residenciados en un único nivel estatal en la totalidad del territorio nacional.

85. En este sentido, véanse, entre otros, Pernice, I.: "Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)", en Dreier, Horst (Ed.), *Grundgesetz Kommentar*, Tomo II (*Artikel 20-82*), Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 586; Stettner, R.: "Artikel 70 GG (*Gesetzgebung des Bundes und der Länder*)", en Dreier, H. (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, tomo II (*Artikel 20-82*), Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 1304; Erbguth, W.: "Bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Bereich der Gesetzgebung (*Aktuelle Entwicklungen und allgemeine Grundlagen*)", DVBl., 1, 1988; Kenntner, M.: *Justitiabler Föderalismus* (Zur Konzeption föderaler Kompetenzzuweisungen als subjektive Rechtspositionen), Duncker & Humblot, Berlin, 2000, pp. 119 y 197, quien expresamente considera al reparto de las tareas estatales entre los diferentes niveles el "principio estructural esencial de la Constitución federal"; Rozek, J.: "Artikel 70 GG", en Mangoldt / Klein / Starck: *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II (*Artikel 20 bis 78*), Verlag Franz Vahlen, München, 4.^a ed. completamente revisada, 2000, p. 2176; Münch, I. von: "Zuständigkeiten im Bereich der Gesetzgebung", en Münch, I. von (Red.): *Probleme des Föderalismus* (Deutsch-Jugoslawisches Symposium - Belgrad 1984), C.J. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1985, p. 143, por su parte, pone el acento en el reparto de las competencias en el ámbito de la legislación, valorándolo como una de las cuestiones más importantes que se plantean en un Estado federal; Kimminich, O.: "Der Bundesstaat" ..., pp. 112 y ss., va más allá y mantiene que "la relación Federación-Länder se reduce (...) a la cuestión de las competencias"; Sachs, M.: "Artikel 20 GG...", p. 762, concibe asimismo la distribución constitucional de competencias en los Estados federales como el aspecto principal de la Constitución federal; finalmente Lorz, R.A.: "Kompetenzen sind der Schlüssel", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25.10.2002, p. 9, en su contribución al debate sobre el futuro Tratado constitucional de la Unión Europea, sostiene que en cualquier orden estatal federal el reparto de competencias entre el Estado central y los niveles estatales individuales constituye la pieza central (*Herzstück*) de la Constitución. También el Tribunal Constitucional Federal lo ha reconocido así; valga por todas: *BVerfGE 55, 274 (318)*.

86. Herzog, R.: "Artikel 20 GG...", p. 123; Albertí Rovira, E.: *Federalismo...*, p. 57.

En consecuencia, es aquí, en el reparto competencial entre los órganos centrales y los así llamados periféricos o particulares en donde se localiza, de manera evidente, una de las diferencias clave entre las distintas formas de organización territorial del poder. Y Alemania no constituye una excepción a este respecto, sino, más bien, todo lo contrario.⁸⁷

Esta idea que sirve de cimiento a todo Estado federal solo se puede sostener si partimos de la base de que esa distribución de competencias mencionada está dotada de un contenido tal que permite que el reparto del poder no sea solo virtual, sino verdadero y efectivo. Además, es preciso que la misma, a fin de que vincule en igual medida al Estado global y a los Estados miembros, esté garantizada al máximo nivel normativo, es decir, en la Constitución federal. Así pues, el federalismo, como principio al servicio del reparto vertical del poder, requiere necesariamente que tanto el Estado central (la Federación, en Alemania) como los Estados miembros (o *Länder*) tengan atribuidas y constitucionalmente garantizadas competencias sustanciales,⁸⁸ lo que, a estos efectos, equivale a hablar de competencias en el ámbito de la legislación, al ser estas, sin duda, las que dan la pauta de la "calidad" del poder de que se dispone. A tal efecto, resulta imprescindible una delimitación exacta de las facultades legislativas entre la Federación y los *Länder*,⁸⁹ sin que ello signifique dejar por completo en el olvido las facultades de carácter administrativo y judicial.

Lógicamente, no es este el lugar para exponer con detalle cómo quedan repartidas estas competencias entre los órganos centrales del Estado federal alemán y los correspondientes a los *Länder*.⁹⁰ Aquí tan solo nos interesa dejar constancia de que es el mismo,

87. Anschütz, G.: "Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft", (Mitbericht von Dr. Karl Bilfinger), VVDStRL, Heft 1, 1924, pp. 11 y ss.

88. Así lo mantuvo, entre otros, Ulrich Karpen en su conferencia inaugural del Congreso de la Sociedad Alemana de Legislación, el 26 de mayo de 1995, de acuerdo con la cita que de ella se hace en Burghart, D.: "Änderungen der Bestimmungen über die konkurrierende Gesetzgebung - alter Wein in neuen Schläuchen?", ZRP, 2, 1996, p. 68. Vid. también März, W.: "Artikel 30 GG", en Mangoldt / Klein / Starck: *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II (*Artikel 20 bis 78*), Verlag Franz Vahlen, München, 4.ª ed. completamente revisada, 2000, p. 813.

89. Nawiasky, H.: "Bundesstaat"..., p. 274.

90. Puede verse un estudio detallado del reparto de las facultades legislativas en la República Federal de Alemania con anterioridad a la reforma constitucional de 2006 en Gómez Orfanel, G. / Arroyo Gil, A.: "El reparto territorial de facultades legislativas y el *Bundesrat*

diseñado en sus elementos nucleares en la propia Constitución federal, el que nos permite comprender por qué dos centros de decisión política y jurídica pueden convivir armónicamente, dotados ambos de normas de carácter constitucional. Al fin y al cabo, las competencias no son otra cosa que el contenido concreto de eso que damos en llamar poder público (*Staatsgewalt*), que es precisamente lo que ejercen los distintos órganos o instituciones que constituyen la arquitectura de un Estado, apoyado sobre otros dos elementos básicos que ya conocemos: territorio (*Staatsgebiet*) y pueblo (*Staatsvolk*), cerrándose así el círculo de la Teoría de los 3 elementos de Georg Jellinek a que hacíamos referencia al comienzo de este trabajo.

6. Las Constituciones de los *Länder*

6.1. Introducción

Pues bien, a partir de las premisas sentadas en los epígrafes precedentes, nos encontramos ya en condiciones de abordar la cuestión final

en el federalismo alemán (1871-2006)" *Cuadernos de Derecho Público*, 26 (2005) [publicado en febrero de 2007], pp. 232 y ss.

Para saber cómo se ha visto afectada esta distribución competencial a partir de la reforma constitucional referida, *vid.* Arroyo Gil, A.: *La reforma constitucional del federalismo alemán*: Estudio crítico de la 52.ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006, *prólogo de Juan José Solozábal Echavarría*, colección Con(Textos)A, núm. 11, Institut d'Estudis Autònòmics, Barcelona, 2009, pp. 44 y ss. Véase también Arroyo Gil, A.: "La reforma del Estado federal alemán: Un primer balance", en Tudela Aranda, José / Kölling, Mario (Eds.), *La reforma del Estado Autonomico español y del Estado Federal alemán*, Cuadernos y Debates 195, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 129 y ss.; y Cabellos Espiérrez, M.Á.: "Los resultados del proceso de reforma del federalismo en Alemania", *Tema del semestre*, RGDC, 2, 2006. Es recomendable, asimismo, ver los estudios publicados sobre este tema en el número 6/2006 de ReDCE (*La reforma del federalismo alemán*), y, en particular, las contribuciones de Gutiérrez Gutiérrez, I.: "Sentido y alcance de la reforma del federalismo alemán"; Martín Vida, M.Á.: "La reforma del federalismo alemán. Cambio en el reparto material de competencias entre la Federación y los *Länder*"; y Naranjo De La Cruz, R.: "La reforma del sistema de atribución de competencias en la Ley Fundamental".

En alemán, valga por todos: Meyer, H.: *Die Föderalismusreform 2006* (Konzeption, Kommentar, Kritik), Duncker&Humblot, Berlin, 2008; Holtschneider, R. / Schön, W. (Hrsg.): *Die Reform des Bundesstaates* (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007; Starck, Ch. (Hrsg.): *Föderalismusreform: Einführung*, Vahlen, Beck, München, 2007.

objeto de estas reflexiones y que sirve de título al presente epígrafe: Las Constituciones de los *Länder*.

En la República Federal de Alemania nos encontramos con 16 *Länder* (11 antes de la reunificación, a los que llamaremos "antiguos *Länder*", y 5 tras la misma, a los que denominaremos "nuevos *Länder*", empleando así la terminología al uso en aquel país).

Las Constituciones de los antiguos *Länder* fueron aprobadas entre finales de 1945 y 1947, mientras que las de los nuevos vieron la luz entre 1992 y 1993.⁹¹ De esta forma, dado que la Ley Fundamental de Bonn fue promulgada el 23 de mayo de 1949, nos encontramos con Constituciones de *Länder* anteriores a la misma y otras posteriores. Y ello no obsta para que tanto aquéllas como estas se encuentren igualmente subordinadas, matizada esta idea en el marco del reparto de competencias a que hemos hecho antes referencia, a la Constitución federal, tal y como cabría derivar del art. 31 GG. Subordinación que en el caso de los antiguos *Länder* se manifestó en el hecho de que algunos tuvieron que modificar parte de sus normas constitucionales para adaptarlas a las nuevas prescripciones de la Ley Fundamental, llegando incluso, en algunos casos, a aprobar Constituciones nuevas. Además, en correspondencia igualmente con esa "superioridad", las modificaciones experimentadas por la Ley Fundamental han afectado, con mayor o menor énfasis, a todas las Constituciones de los *Länder*.⁹²

6.2. Naturaleza jurídica

Las Constituciones de los *Länder* son, como su propio nombre indica, normas vinculantes que otorgan vida jurídico-pública a los entes estatales que constituyen, los *Länder*, a partir del ejercicio reglado del principio democrático, del que son clara manifestación, dado que en su aprobación, al contrario, por cierto, de lo que sucedió en el caso de la Ley Fundamental, participa decisivamente el pueblo "soberano" de cada *Land*, eligiendo a sus representantes y tomando decisiones de carácter material que quedan plasmadas en el propio texto constitucional.⁹³

91. Vid. Stiens, A.: *Chancen und Grenzen...*, pp. 52 y ss.

92. Pestalozza, Ch.: *Verfassungen...*, pp. XLVII y ss.

93. Pestalozza, Ch.: *Verfassungen...*, pp. XLVIII y ss.

6.3. Posición en el sistema de fuentes

La Ley Fundamental es la Constitución de toda la República Federal de Alemania, es decir, tanto de la Federación como de los *Länder* que la integran, y, en consecuencia, constituye la norma superior del ordenamiento jurídico germano, sin que admita, por tanto, ser contradicha por ninguna otra norma, so riesgo de invalidez de esta última.

Es en este contexto en el que se ha de entender la afirmación siguiente: Que en el seno del ordenamiento jurídico de cada *Land*, competencialmente delimitado, son las Constituciones de los *Länder* las que se encuentran en el vértice de su pirámide normativa, hasta el punto de que cualquier otra norma de ese ordenamiento de *Land* que la contradiga, sea de rango legal o reglamentario, es nula; declaración de nulidad que competirá declarar al correspondiente Tribunal Constitucional de ese concreto *Land*.

6.4. Contenido y funciones

Todas las Constituciones de los *Länder* contienen un Preámbulo (o similar) en donde se recogen los motivos, aspiraciones y deseos del Constituyente de *Land* al aprobar ese texto fundante. De igual modo, es frecuente que hagan referencia a cuestiones relacionadas con los fundamentos jurídico-políticos del *Land* (forma de Estado, reparto de poderes, etc.). Entre su contenido más destacado se encuentran aquellas prescripciones que organizan el complejo institucional propio de cada *Land*, así como aquellas otras que establecen derechos fundamentales; también destacan las disposiciones relativas al régimen financiero y presupuestario del *Land*, las que señalan determinados objetivos a perseguir por el mismo y las que dibujan su orden cultural, económico y social.

En relación con el entramado orgánico o institucional, la libertad del constituyente de *Land* es muy amplia al poder disponer, casi sin límites, cuál ha de ser la organización y el funcionamiento de los distintos órganos del *Land* (Parlamento y Gobierno y Administración, básicamente, dado que respecto del Poder Judicial es la Ley Fundamental, en primer término, y, a continuación, las leyes procesales federales correspondientes, las que disponen casi en su totalidad la organización y funcionamiento de este brazo del poder).⁹⁴

Por lo que se refiere a los derechos fundamentales, el margen de maniobra del Constituyente de *Land* es menor, sobre todo, porque el contenido relativo a estos derechos se encuentra ya en buena medida establecido con carácter vinculante para todos en la propia Ley Fundamental.⁹⁵

No obstante, hay que diferenciar, a este respecto, por un lado, las Constituciones de los antiguos *Länder*, cuyos catálogos de derechos fundamentales antes de la aprobación de la Ley Fundamental sí eran muy importantes, dada la ausencia de otro referente normativo del máximo nivel en este sensible terreno, si bien tampoco han perdido completamente su valor después, sobre todo, en la medida en que complementen los derechos fundamentales o civiles recogidos en la Constitución federal. Y, por otra parte, las Constituciones de los nuevos *Länder*, en cuyo afán por reafirmar su autonomía constitucional contienen, por lo general, catálogos muy amplios de derechos fundamentales o civiles.

Además, estas Constituciones de los nuevos *Länder* se muestran mucho más realistas que las de los antiguos, al definir como objetivos a perseguir por el Estado (cláusulas finalistas) cuestiones tales como el derecho al trabajo, a la protección por desempleo, a la asistencia en caso de enfermedad o el derecho a la vivienda, que en las Constituciones de los antiguos *Länder* son definidas como derechos fundamentales o civiles, pero cuya realización, como es obvio, queda supe- ditada, en buena medida, a las disponibilidades presupuestarias existentes en cada momento histórico.

Si, tal y como hemos tenido ocasión de analizar más arriba, en lo relativo a los principios de organización estatal, el art. 28.1 GG proclama la necesidad de que el ordenamiento constitucional de los *Länder* responda a los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social en el sentido en que los concibe la propia Ley Fundamental, en el terreno de los derechos fundamentales el art. 142 GG expresamente dispone que aquellos preceptos de las Constituciones de los *Länder* que garanticen derechos fundamentales en concordancia con los arts. 1 al 18 de la Ley Fundamental permanecerán en vigor, "con independencia" de lo previsto en el art. 31 GG: "El derecho federal rompe el derecho de Land".

En definitiva, este art. 142 GG deja resuelta una cuestión que, en otro caso, podría ofrecer alguna duda al intérprete y aplicador de la

95. Pestalozza, Ch.: *Verfassungen...*, pp. LXII y ss.

Constitución: Que los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los *Länder* que se encuentren en concordancia con los garantizados en la Ley Fundamental permanecen en vigor, sin que les sea, en consecuencia, aplicable la sanción prevista en el art. 31 GG.⁹⁶

Otro contenido característico de las Constituciones de los *Länder* es el de determinar las condiciones que se han de cumplir para llevar a cabo su propia reforma. No obstante, con carácter previo, se ha de hacer notar que, dado que algunas Constituciones de los *Länder* adoptan o hacen suyos los derechos fundamentales establecidos en la Ley Fundamental, cualquier modificación de estos implica la incorporación por remisión de este cambio a su contenido, sin que medie, por tanto, intervención directa del constituyente constituido de *Land*.

Para llevar a efecto la reforma de las Constituciones de los *Länder*, por regla general, se precisa una intervención del correspondiente Parlamento de *Land*, así como, en algunos casos, del pueblo de *Land*. De hecho, todas las Constituciones autorizan a los respectivos Parlamentos a modificar la Constitución, con o sin participación del pueblo del *Land*, exigiendo por lo general mayorías cualificadas para llevarlas a cabo (dos tercios de los diputados es lo más habitual). Asimismo, es frecuente que exijan también que la reforma sea expresa, dejando constancia del artículo concreto que se modifica, a fin de evitar inseguridades jurídicas o abusos.

Finalmente, es frecuente también que las Constituciones de los *Länder* prohíban modificar determinados contenidos: libre desarrollo de la personalidad, reparto de poderes, reconocimiento del Estado republicano, democrático y social de Derecho (algo, por cierto, a lo que, como ya sabemos, están en todo caso obligados los *Länder* ex art. 28.1 GG), etc. Incluso algunas de ellas prohíben modificar la prohibición de modificación, lo que, desde el punto de vista democrático, no deja de ser más que cuestionable, ya que supone limitar la libertad del constituyente futuro por parte del constituyente pasado.

7. A modo de conclusión

El entendimiento de la posición que ocupan en el Estado federal alemán las Constituciones de los *Länder*, en relación con la Ley Fundamental, así como en el seno del propio ordenamiento jurídico de *Land*,

requiere un acercamiento a las mismas a partir del análisis de conceptos tradicionalmente empleados para referirnos a la definición del Estado, como el de soberanía y el de autonomía constitucional,⁹⁷ pero que han quedado, en buena medida superados, al mostrarse incapaces de ofrecer una comprensión adecuada del modo en que se relacionan las distintas normas provenientes de diferentes legisladores, constituyentes u ordinarios.

Partiendo del reconocimiento de la cualidad estatal tanto de la Federación como de los *Länder*, es el reparto de competencias, es decir, del poder público, que lleva a cabo la Ley Fundamental, el que permite la armónica coexistencia de todos los centros de decisión política y jurídica que conviven en el Estado federal alemán.⁹⁸

97. Pueden encontrarse interesantes apreciaciones sobre los conceptos de soberanía y autonomía constitucional de los *Länder* en Dittmann, A.: "Verfassungshoheit der Länder und bundesstaatliche Verfassungshomogenität", pp. 201 y ss.; y Bartlsperger, R.: "Das Verfassungsrecht der Länder in der gesamten Verfassungsordnung", pp. 263 y ss.; ambos en Isensee, J. / Kirchof, P. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band VI (Bundesstaat), C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 3. Aufl., 2008.

98. Sobre la importancia del reparto competencial en el seno de la República Federal de Alemania para analizar la relación entre las Constituciones de los *Länder* y el orden federal, llama también la atención Stiens, A.: *Chancen und Grenzen...*, pp. 42 y ss.

RESUMEN

El estudio de la naturaleza jurídica, posición en el sistema de fuentes, contenido y funciones de las Constituciones de los *Länder* requiere de un análisis previo de las siguientes cuestiones: cualidad estatal de los *Länder*, soberanía, autonomía constitucional y competencia. A ello se dedica el grueso de este trabajo, para acabar concluyendo que en el seno del Estado federal alemán no son precisamente los conceptos de soberanía y autonomía constitucional los que explican, correcta y completamente, la posición de cada ente estatal (Federación y *Länder*) en el conjunto del sistema jurídico-político, de igual modo que tampoco alcanzan a ofrecer una idea exacta de la complejidad del ordenamiento jurídico alemán, compuesto por multiplicidad de normas, tanto de rango constitucional como legal. Todo esto solo puede ser comprendido adecuadamente si se parte de la premisa de que la Constitución federal, la Ley Fundamental de Bonn, no solo constituye a la República Federal de Alemania, sino que, al mismo tiempo, actúa también como norma "(re)constituyente" de los *Länder*, y ello con independencia de que estos, a su vez, estén dotados de sus propias Constituciones. Es el reparto de competencias que realiza la Ley Fundamental el que permite, por tanto, que toda esa pluralidad de entes estatales (la Federación y los 16 *Länder*) y complejidad de normas constitucionales (la Ley Fundamental y las 16 Constituciones de los *Länder*) convivan armónicamente.

Palabras clave: federalismo; República Federal de Alemania; soberanía; autonomía constitucional; constituciones de los *Länder*; competencia.

RESUM

L'estudi de la naturalesa jurídica, posició en el sistema de fonts, contingut i funcions de les constitucions dels *Länder* requereix una anàlisi prèvia de les qüestions següents: qualitat estatal dels *Länder*, sobirania, autonomia constitucional i competència. A això es dedica el gruix d'aquest treball, i acaba conclouent que en el si de l'Estat federal alemany no són precisament els conceptes de sobirania i autonomia constitucional els que expliquen, correcta i completament, la posició de cada ens estatal (Federació i *Länder*) en el conjunt del sistema jurídic-polític, de la mateixa manera que tampoc arriben a oferir una idea exacta de la complexitat de l'ordenament jurídic alemany, compost per multiplicitat de normes, tant de rang constitucional com legal. Tot això només es pot comprendre adequadament si es parteix de la premissa que la Constitució federal, la Llei Fonamental de Bonn, no només constitueix la República Federal d'Alemanya, sinó que, alhora, actua també com a norma "(re)constituent" dels *Länder*, i això amb independència que aquests, alhora, estiguin dotats de les seves pròpies constitucions. És el repartiment de com-

petències que fa la Llei Fonamental allò que permet, per tant, que tota aquesta pluralitat d'ens estatals (la Federació i els 16 *Länder*) i complexitat de normes constitucionals (la Llei Fonamental i les 16 constitucions dels *Länder*) convisquin harmònicament.

Paraules clau: federalisme; República Federal d'Alemanya; sobirania; autonomia constitucional; constitucions dels *Länder*; competència.

ABSTRACT

The study of the legal nature, position in the system of legal sources, content and functions of the constitutions of the *Länder* requires a prior analysis of the following: the quality state of the *Länder*, sovereignty, constitutional autonomy and competence. To this end the bulk of the paper is devoted, if only to conclude that within the German federal state it is not sovereignty and constitutional autonomy that account completely for the position of each state (Federation and *Länder*) throughout the legal and political system. They also fail to give an accurate idea of the complexity of the German legal system, consisting of multiple standards both constitutional and legal. All this can only be properly tackled starting from the premise that the federal Constitution, the Fundamental Law of Bonn, applies not only to the Federal Republic of Germany, but acts also as a (re) constituent rule for the *Länder*, and this irrespective of the fact that the *Länder*, in turn, are equipped with their own constitutions. It is the division of responsibilities carried out by the Basic Law that allows, therefore, for all this plurality of state entities (the Federation and the 16 *Länder*) and complexity of constitutional rules (the Basic Law and the 16 constitutions of the *Länder*) to coexist agreeably.

Key words: federalism; Federal Republic of Germany; sovereignty; constitutional autonomy; *Länder* constitutions; competition.