

LOS LÄNDER NO SON «SEÑORES DE LA CONSTITUCIÓN»: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN SOBRE EL REFERÉNDUM SEPARATISTA BÁVARO

SABRINA RAGONE

*Profesora Titular de Derecho Comparado
Universidad de Bolonia*

SUMARIO

I. La excepción bávara: elementos de contexto. II. El auto del Tribunal Constitucional federal (2016) y el precedente del Tribunal Constitucional bávaro (1991): los *Länder* no son señores de la Constitución. III. El tema de la secesión en el ordenamiento alemán. IV. La jurisprudencia alemana en el marco comparado europeo.

I. LA EXCEPCIÓN BÁVARA: ELEMENTOS DE CONTEXTO

Con un fallo de pocas líneas, el 16 de diciembre de 2016 el segundo *Senat* del Tribunal Constitucional federal de Alemania afirmó que los Estados federados no pueden ser considerados los «señores (o dueños) de la Constitución», y por lo tanto no están facultados para convocar un referéndum sobre su independencia¹.

Este auto retoma un precedente, adoptado por el Tribunal Constitucional bávaro en 1991², que tuvo lugar cuando el Partido de Baviera (*Bayernpartei*) recurrió en contra de la decisión por la cual el Parlamento bávaro había reconocido, en 1949, el valor vinculante de la Constitución alemana (*Grundgesetz* – Ley Fundamental de Bonn, LFB) al tiempo que solicitaba que dicha decisión fuera declarada inconstitucional y nula.

1 Véase el auto 2 BvR 349/16.

2 Véase la sentencia del *Bayerischer Verfassungsgerichtshof* del 16 de julio de 1991: *BayVerfGH: Verbindlichkeit des Grundgesetzes für Bayern*, NVwZ 1991, 1073.

El marco constitucional no parece abrir la posibilidad de una secesión de un Estado miembro (*Land*), y la doctrina se ha interrogado acerca de posibles soluciones y mecanismos jurídicos que permitan proporcionar un espacio para las reivindicaciones autonomistas, en particular las bávaras.

Baviera es el *Land* más extenso de Alemania y, por lo general, el que tiene caracteres identificativos más claros por razones históricas, culturales, religiosas y políticas³. Ya en la confederación germánica posterior a 1815 representaba el más amplio de los 39 Estados miembros. Territorio tradicionalmente anti-prusiano, cuando se unió al II *Reich*, en 1871, un amplio sector de la sociedad y una parte sustancial de los miembros de su Parlamento se opusieron a la decisión, al considerarse más afines a la católica Austria en comparación con la Prusia protestante.

Baviera es el único *Land* que no ha aprobado la LFB, justamente porque esperaba conseguir un modelo bicameral parecido al de 1871, en el que habría tenido un peso mayor; además porque reivindicaba mayor autonomía fiscal y financiera para los *Länder*, y aspiraba a un expreso reconocimiento de la unicidad bávara. Ninguna de estas demandas triunfó. El eslogan de la decisión de no votar a favor de la LFB fue «no al *Grundgesetz*, sí a Alemania», como lo afirmó el Presidente del Gobierno bávaro de la época, Hans Ehard. El efecto vinculante de la LFB no fue afectado, ya que la mayoría de dos tercios de los Estados miembros era suficiente para que entrase en vigor para toda la federación (esta decisión es la que fue objeto de la sentencia del Tribunal Constitucional bávaro en 1991).

Los dos partidos protagonistas de estos acontecimientos fueron el ya mencionado *Bayernpartei* y la *Christlich-Soziale Union in Bayern* (CSU - Unión Social Cristiana de Baviera), que en esencia es la sección bávara de la *Christlich Demokratische Union Deutschlands* - (CDU - Unión Demócrata Cristiana) que se presenta en los demás *Länder*. El Presidente del Gobierno pertenecía a la CSU y necesitaba políticamente dar un mensaje de apoyo a la especialidad bávara para no perder consenso en los sectores más autonomistas de la población, a favor del Partido de Baviera.

El Partido de Baviera fue al principio el mayor medio de manifestación de las tendencias separatistas de este territorio, aunque su relevancia ha ido disminuyendo a lo largo de las décadas posteriores a la segunda guerra mundial⁴. Su programa de 1949, cuyo mensaje básico era «Baviera para los bávaros», se basaba en la idea de una Baviera independiente en el contexto de una federación alemana y europea parecida a la confederación alemana de la primera mitad del siglo XIX. Se opuso a la LFB y redactó una constitución federal alternativa, que dejaba mayores poderes a los *Länder*. Con una campaña orientada a frenar el supuesto centralismo creciente, el Partido de Baviera obtuvo casi el 21% en Baviera (menos

³ Una reconstrucción clara de estas peculiaridades se encuentra en G. MANGIONE, «Baviera, federalismo e *Grundgesetz*», en G. D'ELIA, G. TIBERI, M.P. VIVIANI SCHLEIN (Eds.), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffrè, Milán, 2012, p. 271 y ss.

⁴ Sobre la composición del partido, véase S.L. FISHER, *The Minor Parties of the Federal Republic of Germany. Toward a Comparative Theory of Minor Parties*, Martimus Nijhoff, La Haya, 1974, p. 69 y ss.

del 5% globalmente) en las elecciones federales de 1949 y participó en las actividades del Parlamento federal ocupando diecisiete escaños en el *Bundestag*. En las elecciones del *Land* en 1950 consiguió alrededor del 18% y en 1954 fue una de las fuerzas que respaldaron al gobierno bávaro. En pocos años, su apoyo disminuyó hasta llegar a porcentajes casi inexistentes, estando este partido presente en el Parlamento bávaro hasta 1966⁵. Sigue participando en los procesos electorales y tiene sólo una pequeña representación a nivel local, aunque es actualmente la cuarta fuerza en el Ayuntamiento de Múnich y ha conseguido alrededor del 2% en las últimas elecciones parlamentarias bávaras (el mejor resultado desde los años 60). Los votantes conservadores —e incluso los autonomistas— se han orientado hacia partidos con mayor representación, en particular hacia la mencionada CSU, que desde entonces domina la escena política estatal.

II. EL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL (2016) Y EL PRECEDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BÁVARO (1991): LOS LÄNDER NO SON SEÑORES DE LA CONSTITUCIÓN

En el auto de diciembre de 2016, el Tribunal Constitucional federal respondió al recurso individual (*Verfassungsbeschwerde*, comparable con el recurso de amparo) de un ciudadano en contra de la negativa del gobierno bávaro a convocar un referéndum sobre la independencia del *Land*⁶. En particular, el recurrente planteó la ilegitimidad a) de la imposibilidad de convocar un referéndum para que Baviera se separara de Alemania y se volviera independiente y b) de la postura según la cual, incluso si tal referéndum se celebrase, deberían participar en la votación todos los *Länder*⁷.

Los magistrados deliberaron no admitir el recurso, fundamentando esta decisión en un razonamiento sintético y contundente. Afirmaron que en la República Federal de Alemania, que es un Estado nacional basado en el poder constituyente del pueblo alemán, los *Länder* no son «señores de la Constitución» («Herren des Grundgesetzes»). Ninguna aspiración secesionista de un *Land* cabe en el marco de la LFB, puesto que se sitúa fuera del orden constitucional⁸.

5 S.L. FISHER, *The Minor Parties of the Federal Republic of Germany. Toward a Comparative Theory of Minor Parties*, cit., p. 74. Para un marco más general, B. HUBENSTEINER, *Bayerische Geschichte*, Rosenheimer, Rosenheim, 16ª ed., 2006.

6 Sobre el caso, véase en castellano F. SOSA WAGNER, «Bávaros y Referéndum por la independencia», *Revista de Administración Pública*, nº 202, 2017, p. 157 y ss.

7 Este es el brevísimo contenido del recurso como se encuentra descrito en la decisión: «gegen die Nichtzulassung einer Volksabstimmung über den Austritt Bayerns aus der BRD in Bayern und gegen die Bestimmung, dass die Volksabstimmung im ganzen Bundesgebiet und nicht nur in Bayern durchgeführt werden müsste».

8 Este es el fallo: «In der Bundesrepublik Deutschland als auf der verfassungsgebenden Gewalt des deutschen Volkes beruhendem Nationalstaat sind die Länder nicht „Herren des Grundgesetzes“. Für

No fue en este caso el Partido de Baviera quien impulsó el recurso, pero, una vez emitida la sentencia, sus representantes la criticaron duramente y afirmaron que el Tribunal Constitucional federal había decidido incorrectamente, olvidando justamente uno de los elementos esenciales de la excepción bávara, es decir, que Baviera nunca había aprobado la LFB.

El contenido de la sentencia y hasta sus expresiones retoman los argumentos del precedente bávaro de 1991, cuando, con ocasión de la reunificación alemana, el Partido de Baviera puso en duda el valor vinculante de la LFB en el *Land* conforme a la decisión del parlamento del 20 de mayo de 1949. Más concretamente, el recurso (*rectius*, la acción popular) planteaba que tras la incorporación a la federación de los *Länder* orientales, la citada decisión del Parlamento bávaro se había vuelto inconstitucional, ya que la LFB así había perdido su carácter provisional. En otras palabras, la decisión de 1949 habría tenido como premisa lógico-jurídica, según los recurrentes, que el reconocimiento de la LFB fuese provisorio, mientras que la reunificación habría exigido una nueva Constitución conforme al art. 146 LFB⁹.

En aquella ocasión, el Tribunal Constitucional bávaro dedicó, en primer lugar, una parte de los fundamentos jurídicos a argumentar por qué la decisión de 1949 no se podía considerar una fuente en el sentido del art. 98 de la Constitución bávara y, por lo tanto, no se podía impugnar a través de una acción popular.

Desde una perspectiva formal, la decisión no fue tomada a través del procedimiento legislativo ordinario, como una «*förmliches Gesetz*» (una ley en sentido estricto) ni fue promulgada como una ley. El mismo contexto histórico induce a pensar que el Parlamento bávaro conscientemente quiso evitar instrumentos jurídicos propiamente dichos. Desde una perspectiva material, la entrada en vigor de la LFB en Baviera fue el corolario del Art. 144.1 LFB adoptado por el *Parlamentarischer Rat* (Consejo Parlamentario, antecesor del actual *Bundestag*, encargado de redactar la Constitución) que exigía la aprobación por parte de los Parlamentos de los dos tercios de los Estados miembros sin fijar regímenes especiales para aquellos *Länder* que no lo hicieran. Finalmente, tampoco se trataba de una declaración de adhesión a un acuerdo o a un tratado internacional. De nuevo, el carácter vinculante de la LFB deriva directamente de la misma, pues la República Federal no fue formada como un nuevo Estado por un pacto entre los Estados miembros de Alemania occidental, sino que representó una reorganización de una parte del territorio alemán.

Sezessionsbestrebungen einzelner Länder ist unter dem Grundgesetz daher kein Raum. Sie verstoßen gegen die verfassungsmäßige Ordnung».

9 Este artículo establece que la Ley Fundamental, válida para el pueblo alemán tras la unidad y libertad de Alemania, dejaría de aplicarse cuando el pueblo alemán se diera libremente otra Constitución («Dieses Grundgesetz, das nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt, verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist»).

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional bávaro desmontó la tesis de los recurrentes según la cual la decisión de 1949 vulneraba la dignidad humana protegida por el art. 100 de la Constitución bávara. En particular, el Tribunal sostuvo que el artículo mencionado no garantiza el derecho de autodeterminación política entendido como la posibilidad, para cada individuo, de reclamar, incluso por parte de las instituciones de su *Land*, la independencia de Baviera en contra del Estado Federal.

El derecho de autodeterminación, en este sentido, es conferido al pueblo en su conjunto. En otras palabras, no se configura como un derecho individual, sino como un derecho de naturaleza colectiva que sólo puede ser ejercido por una pluralidad de individuos. Y en un Estado constitucional es mediante los órganos constitucionales competentes. El ciudadano individual no tiene un derecho constitucional a que los órganos competentes decidan de una cierta forma. Su derecho a la autodeterminación se manifiesta a través de todos los derechos de participación, tales como el derecho de sufragio activo y pasivo, la libertad de expresión, la libertad de reunión y asociación, el derecho de acceso equitativo a los cargos públicos. Además, recordó el Tribunal, los ciudadanos pueden solicitar un referéndum bajo las condiciones y los requisitos del art. 74 de la Constitución bávara¹⁰.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional bávaro excluyó la posibilidad de que la acción popular pudiera ser planteada afirmando que los poderes públicos no podían considerarse incumplidores. Los recurrentes, al contrario, lamentaban la omisión por parte de la administración bávara de una nueva decisión acerca de la validez de la LFB como consecuencia de la dignidad humana.

La sentencia de 1991, y aún más el auto que aquí se analiza, han tenido un eco mediático y académico mínimo hasta la fecha.

Con referencia al auto de 2016, la prensa alemana se ha ocupado de forma muy esporádica y superficial del caso, demostrando cómo un posible intento de secesión es considerado del todo marginal en el contexto alemán. Al cabo de una semana de la publicación de la sentencia, sólo se podían encontrar artículos breves con una descripción sumaria de los contenidos, de la reacción del Partido de Baviera y de su importancia menor en el marco político bávaro. Muy pocos artículos iban más allá de ello, subrayando la brevedad de la sentencia o su escueta motivación. La prensa nacional e internacional, por lo general, no ha acogido la sentencia con sorpresa; más bien, ha etiquetado las aspiraciones bávaras con adjetivos irónicos¹¹. La prensa española, en castellano y en catalán, es la que ha

10 El número necesario de firmas, conforme a la regulación de Baviera, es de 25.000; los intentos más exitosos del Partido de Baviera han alcanzado unas 7.000.

11 Por ejemplo, véase el artículo «Bayern bleibt deutsch», en *Frankfurter Allgemeine Zeitung – Feuilleton*, 4 de abril de 2017 (<http://www.faz.net>). El artículo «German court shuts down hopes for a breakaway Bavaria», en *Washington Post*, 4 de enero de 2017, proponía un recuento escéptico de cuántos votos a favor podría recibir un referéndum sobre la independencia (<https://www.washingtonpost.com>). También el artículo «Allemagne: non, la Bavière ne peut pas faire sécession», en *La Tribune*, misma fecha, subrayaba el escaso apoyo del Partido de Baviera en el territorio (<https://www.latribune.fr>).

dedicado mayor atención a la decisión, proponiendo casi siempre una comparación con la situación en Cataluña y el referéndum sobre su independencia.

La doctrina tampoco ha analizado la sentencia con gran detenimiento.

En español, Francisco Sosa Wagner ha realizado un examen detallado de las circunstancias del caso, enmarcándolo en una reconstrucción de las peculiaridades históricas y culturales de Baviera y de los principios constitucionales relevantes¹². El recurso en sí ha sido calificado de patentemente inadmisibles por la ausencia de vulneraciones de derechos fundamentales que pudiesen dar lugar a una *Verfassungsbeschwerde*¹³.

Observaciones interesantes se encuentran además en un *working paper* de Klaus-Jürgen Nagel y Adam Holesch, quienes han llegado a descartar que bajo el derecho internacional o doméstico exista un derecho a decidir para el pueblo bávaro, a pesar de su identidad histórica¹⁴. En perspectiva politológica, los autores explican, además, por qué sería necesaria una decisión adoptada por mayoría para que Baviera pudiese aspirar a la independencia y por qué, a la luz del sistema de partidos actuales y de las encuestas, dicha posibilidad parece absolutamente inalcanzable¹⁵.

En una sintética reseña especialmente dedicada a esta sentencia, José Antonio Montilla Martos ha explicado que Alemania se sitúa entre aquellos Estados que prohíben de forma tajante la secesión, como los Estados Unidos de América, rechazando mecanismos más flexibles reconocidos, por ejemplo, en Canadá o en el Reino Unido. En su opinión, España representaría un caso intermedio pues el Tribunal Constitucional ha dejado abierta la vía de una posible reforma constitucional¹⁶. En otro trabajo, más extenso, el autor ha examinado detenidamente las distintas partes del auto alemán, centrándose en su fundamento, es decir, en la idea de que el pueblo alemán en su conjunto es el único poder constituyente y el único sujeto soberano. Asimismo, ha considerado que la cuestión más problemática de la decisión del segundo *Senat* reside en la exclusión de cualquier espacio, en el marco constitucional, para aspiraciones secesionistas mediante referéndum, incluso —parece leyendo sus pocas líneas— si mediara una reforma constitucional. La integridad territorial o la unidad del Estado no están incluidas de forma expresa entre los límites a la reforma *ex art. 79.3 LFB*, pero no se puede excluir que los magistrados hayan derivado un límite implícito de la naturaleza de Estado nacional y por ello indivisible¹⁷.

12 F. SOSA WAGNER, «Bávaros y Referéndum por la independencia», cit.

13 C. Hillgruber, «Keine Volksabstimmung über den Austritt Bayerns aus der Bundesrepublik», *Juristische Arbeitsblätter*, 2017, p. 238 y ss.

14 K.-J. NAGEL, A. HOLESCH, «Bavaria: another case of right to decide?», *Political Theory Working Paper*, nº 19, 2017 (disponible en <https://repositori.upf.edu>).

15 K.-J. NAGEL, A. HOLESCH, «Bavaria: another case of right to decide?», cit., p. 15 y ss.

16 J.A. MONTILLA MARTOS, «The independence referendum in Germany», blog del Instituto de Derecho Público, Universidad de Barcelona (disponible en la página <http://idpbarcelona.net>).

17 J.A. MONTILLA MARTOS, «El referéndum de secesión en Europa», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 26, 2016.

III. EL TEMA DE LA SECESIÓN EN EL ORDENAMIENTO ALEMÁN

En opinión de la doctrina mayoritaria, eventuales aspiraciones secesionistas no tienen espacio en el marco constitucional de 1949. El Estado federal alemán habitualmente es definido como «*Bund* eterno», establecido para mantenerse de forma indefinida en su dimensión temporal, sin reservas de revocación por parte de los Estados miembros. La unidad de la federación no es disponible para los *Länder* porque todas sus comunidades han sido incorporadas en un único pueblo alemán¹⁸. La prohibición de secesión ha sido reconstruida también como un elemento de continuidad con la tradición constitucional alemana, y la LFB en su versión originaria (art. 23, donde se dejaba en suspenso la validez de la Ley Fundamental de Bonn para el futuro, cuando las dos Alemanias se uniesen) sólo regulaba la adhesión y no la separación de los territorios. Además, el preámbulo enumera ahora de forma final y vinculante a los *Länder* que componen la República Federal¹⁹. Además, tras la derogación de esta normativa, tampoco se podría sostener el argumento (minoritario incluso en su época) según el cual la LFB, al regular la adhesión de los Estados, implícitamente debería permitir también el *actus contrarius*, o sea la posibilidad de salida de los territorios²⁰.

Los *Länder* dependen, para su existencia y el alcance de sus funciones, del orden federativo de la LFB, tras su aprobación por el pueblo alemán en su conjunto. Es cierto que cabe un espacio de autonomía constitucional para los *Länder*, pero estos están subordinados al *Bund*²¹. Aunque se hable de naturaleza estatal reconocida a cada uno de los *Länder* (*Staatsqualität*), según la doctrina esta naturaleza no se tiene que confundir con la soberanía. El contenido y la calidad de los poderes otorgados a los territorios federados están regulados en la LFB²².

Desde una perspectiva literal, la LFB no contiene ninguna disposición expresa acerca de la secesión, y su art. 29 no es aplicable a dicha hipótesis pues

18 Véase J. ISENSEE, «Grundstruktur des Bundesstaates», en ID., P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VI - *Bundesstaat*, Müller, Heidelberg, 2008, especialmente p. 90. Una reconstrucción muy clara del ordenamiento constitucional alemán en esta perspectiva se encuentra en C. DOERFERT, «Sezession im Bundesstaat – Neun Fragen an das Grundgesetz», *Zeitschrift für das Juristische Studium*, nº 6, 2016, 711 y ss.

19 T. GIEGERICH, *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozess: Wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung*, Springer, Berlín/Heidelberg/Nueva York, 2012, p. 579. Interesante que en su comentario del preámbulo P. Huber, miembro de la cámara del segundo *Senat* que ha decidido este caso, recordase justamente la expresión del Tribunal Constitucional bávaro sobre los «señores de la Constitución». Véase P. HUBER, «Präambel», en M. SACHS (ed.), *Grundgesetz. Kommentar*, Beck, Múnich, 2014, 7ª ed., p. 26.

20 Véanse las observaciones contenidas en I. VON MÜNCH, U. MAGER, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht unter Berücksichtigung der europarechtlichen Bezüge*, Kohlhammer, Stuttgart, 2016, 8ª ed., p. 349.

21 P. HUBER, «Präambel», cit., *ibidem*.

22 C. DEGENHART, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht. Mit Bezügen zum Europarecht*, Müller, Heidelberg, 2013, 29ª ed., p. 179. J. ISENSEE, «Grundstruktur des Bundesstaates», cit., p. 51 y ss. sostiene a su vez que los *Länder* son miembros del conjunto federal y realizan la unidad de la República Federal como *Bundesstaat*.

sólo atañe a la reestructuración del territorio federal, es decir, de las fronteras entre los distintos *Länder* dentro del Bund. No tendría cabida en esta normativa una modificación de las fronteras nacionales hacia el exterior²³. Esta norma constitucional establece que el territorio federal puede ser modificado para que los Estados miembros desempeñen sus funciones de manera efectiva conforme a su tamaño y capacidad. Las medidas de reorganización se adoptan mediante una ley federal, que requiere confirmación por referéndum.

Una distinción terminológica que se encuentra en varios trabajos y manuales sobre este tema es la diferenciación entre el concepto de *Staatenbund* —confederación de Estados— y el de *Bundesstaat* —Estado federal—. En el primer caso, la relación entre los miembros es de carácter esencialmente contractual o pactado, con lo cual se les permite a las partes rescindir. Al contrario, esta posibilidad es ontológicamente incompatible con la idea de *Bundesstaat*, incluso cuando éste se haya formado a través de un tratado. Este caso no es aplicable al orden federal alemán²⁴. Tanto el preámbulo como el art. 144 LFB señalan que la República fue implantada a través de un acto de voluntad del pueblo alemán y no mediante un acuerdo entre los distintos territorios. No habría podido ser de otra manera, puesto que el *Bund* había sido creado ya con la fundación del *Reich* alemán en 1871. Igualmente, otros artículos incorporan la concepción de un *Bundesstaat* constituido de forma duradera: además del ya citado art. 29, el 20.1 define a la República Federal alemana como un Estado federal, democrático y social; el art. 28.1 dispone que el orden constitucional de los *Länder* tiene que ser coherente con los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social conforme a la LFB.

Otros académicos han centrado su crítica en la impropia utilización del término «federalismo» como concepto único que abarcaría *Bundesstaat* y *Staatenbund*. En esta segunda hipótesis se trataría de la unión entre una pluralidad de Estados que mantienen su soberanía; este tipo de vínculo difiere del *Bundesstaat*, es decir, de un conjunto de Estados que han transferido a la federación su soberanía junto con la facultad de determinar la distribución de competencias entre el Bund y los *Länder*. La otra diferencia esencial sería justamente que en la segunda hipótesis los Estados miembros no disponen de la facultad de revocar su pertenencia a la federación abandonándola de forma unilateral²⁵.

En un interesante artículo de 2014, J.F. Lindner reconstruía, adoptando una perspectiva constitucional doble —es decir, bávara y federal—, la

23 I. VON MÜNCH, U. MAGER, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht unter Berücksichtigung der europarechtlichen Bezüge*, cit., *ibidem*.

24 K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band 1 - *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*, Beck, Múnich, 1984, 2ª ed., p. 654 afirmaba que sólo un nuevo poder constituyente o un acto constitucional revolucionario podrían disolver el *Bundesstaat*.

25 S. HUSTER, J. RUX, «Das Bundesstaatsprinzip», en V. EPPING, C. HILLGRUBER (eds.), *Grundgesetz Kommentar*, Beck, Múnich, 2009, p. 551. C. GRÖPL, *Staatsrecht I. Staatsgrundlagen, Staatsorganisation, Verfassungsprozess*, Beck, Múnich, 2015, 7ª ed., p. 146, también considera que la separación de un *Land* o la modificación del territorio federal en general sólo pueden ser deliberados a nivel federal.

posibilidad de un referéndum si se superase la barrera de las 25.000 firmas necesarias²⁶. Conforme a la normativa electoral de Baviera (*Landeswahlgesetz*), el Ministerio del Interior de Baviera debería admitir o inadmitir la propuesta y su decisión se podría someter a impugnación ante el Tribunal Constitucional bávaro.

Desde la perspectiva de la Constitución bávara en su texto vigente (de 1946, anterior a la LFB), cobra relevancia el art. 178.1, conforme al cual se estableció una obligación de adhesión de Baviera a aquello que sería la República Federal alemana²⁷. Por otra parte, no hubo una declaración explícita de anexión pues desde 1871 Baviera formaba parte del *Reich* alemán, que nunca había desaparecido totalmente. Como corolario implícito, el autor considera que aplicaría una consecuente obligación de no abandonar el Estado federal²⁸.

Si no existe, *rebus sic stantibus*, una posibilidad regulada para emprender un proceso de secesión, cabe entonces preguntarse si es posible incluirla en el ordenamiento bávaro mediante una reforma del art. 178.1 de la Constitución. Lindner responde que abstractamente sí, aportando dos argumentos. En primer lugar, interpretando la cláusula de intangibilidad del art. 75 sobre el principio democrático, no se puede inferir que la pertenencia al *Bundesstaat* representa un elemento esencial de la Constitución bávara. En su opinión, dicha cláusula defiende la democracia constitucional y los derechos fundamentales en sentido material: estos principios no se verían afectados *per se* por la salida de la federación. En segundo lugar, el art. 178.1 no es equiparable a la cláusula de intangibilidad, es decir, no se puede calificar como otro elemento no reformable. Los constituyentes bávaros no lo afirmaron y sería muy difícil derivar este valor de la autorización que los americanos dieron al proyecto de Constitución bávara en 1946²⁹. Sin embargo, una vez aprobada, dicha reforma sería inconstitucional por vulneración de la LFB.

¿Se podría pues, siguiendo un paralelismo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español³⁰, aprobar una enmienda para modificar la LFB y dar cabida a las reivindicaciones separatistas? La hipótesis es la regulación de un procedimiento para que los distintos territorios puedan decidir sobre su pertenencia a la federación, incluso con un referéndum. La inclusión en la Constitución de un procedimiento parecido implicaría la modificación del preámbulo, en la parte que enumera a los *Länder*, pero no parece contrastar, según el autor, con los

26 J.F. LINDNER, ««Austritt» des Freistaates Bayern aus der Bundesrepublik Deutschland?», *Bayrische Verwaltungsblätter*, n° 4, 2014, p. 97 y ss.

27 Este el texto: «Bayern wird einem künftigen deutschen demokratischen Bundesstaat beitreten. 2er soll auf einem freiwilligen Zusammenschluß der deutschen Einzelstaaten beruhen, deren staatsrechtliches Eigenleben zu sichern ist». Interesante que el segundo apartado fije la necesidad de que la federación asegure a cada *Land* su propia vida constitucional.

28 J.F. LINDNER, ««Austritt» des Freistaates Bayern aus der Bundesrepublik Deutschland?», cit., p. 98.

29 J.F. LINDNER, ««Austritt» des Freistaates Bayern aus der Bundesrepublik Deutschland?», cit., p. 99.

30 STC 42/2014.

límites a la reforma constitucional establecidos en el art. 79.3³¹. Con la salida de un *Land*, en ausencia de un número constitucionalmente prefijado, la participación de los *Länder* en la función legislativa no se vería afectada; tampoco los principios establecidos en el art. 20 LFB serían violados, porque la República Federal seguiría preservando su carácter democrático y social. La única cuestión sería la hipótesis de una cláusula abierta para la secesión, es decir, no sólo una apertura para Baviera sino para cualquier *Land*, porque, en caso de desmembramiento, desaparecería la *Bundesrepublik* como tal. De todas maneras, la opción de una reforma constitucional no parece plausible en la actualidad.

IV. LA JURISPRUDENCIA ALEMANA EN EL MARCO COMPARADO EUROPEO

Para un lector español o italiano, es sorprendente que el Tribunal Constitucional federal haya resuelto una cuestión de tal envergadura con un auto de tal brevedad. No lo es tanto para la doctrina y la sociedad alemana, quienes han visto este episodio como un intento individual y aislado, desconectado de un apoyo social considerable.

Falta el componente político necesario para reforzar este tipo de reivindicaciones. El consenso del Partido de Baviera, como se ha mencionado con anterioridad, es muy bajo y no representa una fuerza tan significativa en el panorama político del *Land*, a pesar de su peso simbólico y su valor reivindicativo. Encuestas relativamente recientes demuestran que el apoyo a la independencia no era muy alto (en 2012 se situaba alrededor del 20% en Baviera) y se justifica sobre todo por razones económicas y de representación democrática³². Los independentistas argumentan que, en términos de población, con unos trece millones de habitantes, Baviera se situaría entre los primeros diez Estados de la UE y, en términos económicos, sus bajas deudas y su patrimonio industrial serían suficientes para la supervivencia autónoma. Claramente, todo razonamiento de este tipo vale *rebus sic stantibus*, es decir, sin tener en cuenta las consecuencias que la separación de Alemania conllevaría, como el éxodo de empresas extranjeras, la necesidad de un sistema separado de seguridad social, etc. Asimismo, es complejo realizar proyecciones exactas, puesto que el territorio debería solicitar de nuevo su ingreso en la UE.

Además, es comúnmente aceptado que legal y constitucionalmente en el ordenamiento alemán no se regula la posibilidad de la secesión de un territorio. Jurisprudencia y doctrina han sido coherentes en excluir dicha posibilidad, basando sus

31 J.F. LINDNER, ««Austritt» des Freistaates Bayern aus der Bundesrepublik Deutschland?», cit., p. 101 y ss.

32 Se trata de encuestas de 2012 citadas por K.-J. NAGEL, A. HOLESCH, «Bavaria: another case of right to decide?», cit., p. 16. A nivel federal, se oponía a la independencia de Baviera un 57% de los entrevistados y la apoyaba el 12%.

argumentos en varios principios constitucionales (además de los que se han citado con anterioridad, por ejemplo, la primacía de las normas federales sobre las estatales —art. 31 LFB— o la necesidad de condiciones de vida equivalentes en los distintos *Länder* —art. 72 LFB—) y en las características propias del modelo federal alemán, que se fundamenta predominantemente en la ejecución y es de naturaleza cooperativa, horizontal y verticalmente. Adicionalmente, la lealtad federal ha sido un concepto esencial elaborado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal que permea las relaciones entre el nivel federal y los Estados miembros³³.

En otras palabras, la ausencia de normas sobre la separación de un territorio ha sido interpretada básicamente como su prohibición.

Si se tiene en cuenta el marco constitucional, el alemán se puede comparar con los casos de Italia y España, que también tienen Constituciones rígidas que no disciplinan la secesión. No parece coherente, al contrario, yuxtaponer un potencial intento de referéndum sobre la independencia bávara con el referéndum escocés de 2014, por las diferencias de contexto constitucional y político: por una parte, toda la *devolution* británica se ha desarrollado mediante *Acts*, en ausencia de un marco constitucional rígido y, por otra parte, la convocatoria del referéndum se debió a un acuerdo entre el gobierno central y el escocés, dándose pues el necesario consenso político en el país.

Una actitud parecida a la alemana fue adoptada por la Corte Constitucional italiana en la sentencia 118/2015, sobre el referéndum convocado en Véneto con la ley regional 16/2014, en el que se preguntaba a los electores si querían que su Región se transformase en una República independiente. La Corte, centrándose sobre todo en el art. 5 de la Constitución que proclama que la República, una e indivisible, reconoce y promueve las autonomías locales, declaró la ley inconstitucional³⁴. Aunque el sistema republicano garantiza el principio del pluralismo social e institucional junto a la autonomía territorial, afirmó la Corte, estos no pueden conllevar una fragmentación del ordenamiento ni ser utilizados para justificar iniciativas destinadas a la secesión, aunque sean consultivas. El referéndum convocado en Véneto no sólo se refería a una decisión constitucional fundamental, sino que también sugería subversiones institucionales radicalmente incompatibles con los principios fundamentales de unidad e indivisibilidad de la República *ex* art. 5 de la Constitución. La autonomía regional no puede calificarse como soberanía y las instituciones regionales no pueden ser asimiladas a los órganos de representación nacionales. En conclusión, un referéndum regional puede, eventualmente, concernir cuestiones que no sean de competencia legislativa

³³ Este elemento es esencial también para F. SOSA WAGNER, «Bávaros y Referéndum por la independencia», cit., p. 164.

³⁴ Los otros parámetros de la decisión fueron los artículos 114 (conforme al cual la República está formada por Municipios, Provincias, Ciudades metropolitanas —y Estado—, dotados de autonomía y funciones según los principios constitucionales); 138 (procedimiento de reforma constitucional) y 139 (límite a la reforma constitucional: la forma republicana).

regional, pero exclusivamente cuando no sean afectadas decisiones fundamentales de valor constitucional. Si no fuera suficiente, la Corte sostuvo expresamente que la unidad de la República es uno de los elementos esenciales del ordenamiento constitucional que no pueden ser modificados ni siquiera a través de una reforma constitucional³⁵.

La Corte dejó la puerta abierta sólo a la posibilidad de un referéndum para consultar al electorado la adquisición de formas de autonomía especial conforme al art. 116.3 de la Constitución: las Regiones ordinarias pueden solicitar formas ulteriores y condiciones particulares de autonomía en determinados ámbitos legislativos (educación, medioambiente, bienes culturales, entre otros) que, una vez acordadas con el gobierno central, se reconocen en una ley estatal aprobada por mayoría absoluta en ambas Cámaras del Parlamento. Esta es la naturaleza del referéndum que finalmente se ha celebrado en Véneto (y en Lombardía) en octubre de 2017, donde el apoyo a mayor autonomía ha desbancado.

Ante demandas parecidas, la respuesta del Tribunal Constitucional español ha sido un poco distinta a la inflexibilidad alemana e italiana. Si bien la secesión no está reconocida en el marco constitucional de 1978 y no se puede convocar un referéndum autonómico sobre la independencia (STC 103/2008), éste afirmó que todo fin político es legítimo a condición de que se persiga a través de mecanismos de participación compatibles con la Constitución (en particular, STC 42/2014). Varios factores ayudan a explicar el enfoque diferente, entre ellos, destacan el contexto político y la relevancia social de las reivindicaciones autonomistas, además de la regulación, en la Constitución española, del procedimiento de reforma total.

TITLE: The Länder are not the «lords of the Constitution»: the German Federal Constitutional Court concerning the the bavarian referendum on independence

ABSTRACT: At the end of 2016, the German Federal Constitutional Court issued a decision concerning an individual appeal claiming the possibility of an independentist referendum for the Bavarian population. This article analyzes the Court's decision, contextualizing it in the light of previous jurisprudence, political context and scholarship. Finally, it offers critical reflections from a comparative perspective.

RESUMEN: A finales de 2016 el Tribunal Constitucional federal alemán tuvo que decidir un recurso individual que reivindicaba, para los ciudadanos de Baviera, la posibilidad de un referéndum independentista. Este artículo analiza la decisión del Tribunal, contextualizándola a la luz de la jurisprudencia previa, del contexto político y de la doctrina. Finalmente, propone unas reflexiones críticas en perspectiva comparada.

KEY WORDS: Independence, Referendum, Bavaria, German Federal Constitutional Court

PALABRAS CLAVE: Independencia, Referéndum, Baviera, Tribunal Constitucional federal alemán

FECHA DE RECEPCIÓN: 31.12.2017

FECHA DE ACEPTACIÓN: 01.02.2018

³⁵ FJ 7.2, donde la Corte Constitucional retoma su doctrina al respecto (en particular, la sentencia 1146/1988).