

# EL NUEVO ESTADO FEDERAL ALEMÁN. LA REFORMA DEL FEDERALISMO I Y SU IMPLEMENTACIÓN \*

H. C. HANS-PETER SCHNEIDER

*Catedrático emérito de Derecho Público*

*Universidad de Hannover*

*Director del «Instituto Alemán para la Investigación del Federalismo», de Hannover \*\**

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Objetivos de la Reforma del Federalismo I.
- III. Resultados de la Reforma del Federalismo I.
- IV. Valoración de los resultados a la luz de los objetivos de la reforma.
- V. Implementación de la Reforma del Federalismo I.
- VI. Desarrollos estructurales y modificaciones.
- VII. Perspectivas de futuro.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde la reunificación de Alemania, que tuvo lugar el 3 de octubre de 1990 con la incorporación de los cinco nuevos *Länder* de la extinta RDA al ámbito de validez y aplicación de la Ley Fundamental, el viejo problema latente acerca de la necesidad de llevar a cabo una reforma profunda del orden federal animó de manera virulenta y hegemónica el debate político constitucional. De acuerdo con el art. 5 del Tratado de Unificación, las cámaras legislativas deberán «examinar en el plazo de dos años las cuestiones atinentes a la modificación o complementación de la Ley Fundamental que estén relacionadas con la unidad alemana, en especial en lo que

\* Traducido del alemán («Der neue deutsche Bundesstaat. Die Föderalismusreform I und ihre Umsetzung») por Antonio Arroyo Gil, letrado de la Fundación Democracia y Gobierno Local, y profesor asociado de Derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

\*\* Deutsches Institut für Föderalismusforschung (DIF), Hannover.

se refiere a la relación de la Federación y los *Länder*, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo de los Ministros-Presidentes de 5 de julio de 1990...», acuerdo en el que las concepciones de los «viejos» *Länder* sobre la futura configuración del federalismo alemán se vieron derrotadas. Como consecuencia de ello, a finales de noviembre de 1991 se constituyó la «Comisión constitucional conjunta del *Bundestag* y el *Bundesrat*», que, sin embargo, prescindiendo de los detalles marginales, dejó inalteradas las estructuras existentes, sobre todo aquellas que se consideraban más necesitadas de reforma como el reparto de competencias entre la Federación y los *Länder*, defraudando de este modo las expectativas que se habían depositado en ella.

Cuando tras largas discusiones, 10 años más tarde se constituyó una segunda comisión que debía concentrarse exclusivamente en el objetivo de la reforma del Estado federal, tanto las esperanzas de alcanzar una renovación de gran envergadura albergadas al comienzo de su trabajo, como las subsiguientes frustraciones tras el cese provisional de su tarea en diciembre de 2004, fueron considerablemente superiores. Ambas experiencias mostraron que apenas hay algún otro ámbito del derecho constitucional en el que se encuentren tantos intereses en juego y en el que, en consecuencia, deban ser superadas tantas resistencias, a fin de alcanzar soluciones sostenibles, como en el ámbito de la reforma del federalismo. Porque de lo que aquí se trata, una y otra vez, es del reparto del poder entre los diferentes niveles, y, en último término, de la influencia política y capacidad configuradora de cada uno de ellos. Tiempo después, gracias al acuerdo logrado, superando la visión partidista, en el marco de la Gran Coalición de 2005, fue posible alcanzar por fin un resultado, que se conoce con el apelativo de «Reforma del Federalismo I» (a diferencia de la Reforma del Federalismo II, de acuerdo con la cual fue reordenada una parte de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*). Ante esta situación, cabe preguntarse si merecería la pena implementar ese resultado de forma adecuada y orientada a un fin, llevándolo a efecto en la praxis de la Federación y los *Länder*. A tal efecto, por parte del «Instituto Alemán para la Investigación del Federalismo», de Hannover, se ejecutó un proyecto cuyo objetivo no era otra que estudiar, analizar, y, en lo posible, valorar la implementación de la Reforma del Federalismo I, cuyos resultados son los que se presentan a continuación.

## II. OBJETIVOS DE LA REFORMA DEL FEDERALISMO I

Tras un largo número de negociaciones, reuniones preparatorias e intentos de llegar a acuerdos sobre la reforma del orden federal en Alemania, tanto de la Federación con los *Länder* como también de estos entre sí, que se remontan hasta el año 1998, finalmente el 15 y 16 de octubre de 2003 fue instituida, a través de sendos acuerdos del mismo contenido de los dos cuerpos legislativos, la «Comisión del *Bundestag* y el *Bundesrat* para la modernización del orden federal», a la que se encomendó someter a revisión las competencias legislativas de la Federación y los *Länder*, la participación de estos en la legislación de aquella y las

relaciones financieras entre todos ellos. En el transcurso de las consultas también se trataron otras cuestiones, como las relativas a la nueva división del territorio federal o la previsible evolución de la Unión Europea y su impacto sobre los municipios. La Comisión se constituyó en noviembre de 2003, celebrándose hasta mediados de diciembre de 2004 once reuniones del pleno, parte de ellas públicas. El trabajo real de contenido se llevó a cabo por dos grupos de trabajo, uno sobre las «competencias legislativas y los derecho de participación» y el otro sobre las «relaciones financieras», que celebraron, respectivamente, siete y seis reuniones, así como a través de cinco grupos de proyectos sobre campos políticos concretos, que, de media, despacharon seis veces.

En las deliberaciones de la Comisión, la defensa de los intereses propios y de ciertas posiciones rápidamente puso de manifiesto una debilidad estructural de la Federación frente a los *Länder*, que, en esencia, tenía cuatro causas: en primer lugar, la limitación de la reforma a un único objetivo, en concreto, la reducción del número de leyes necesitadas del asentimiento del Bundesrat; en segundo término, la postura vacilante del Gobierno Federal a intervenir de manera activa en el proceso de reforma; en tercer lugar, la carencia de derecho de voto de los miembros del gabinete; y, por último, la heterogeneidad de los partidos políticos presentes en el *Bundestag*, habiendo numerosos diputados individuales que se expresaron de manera diferente a la acordada, y que con no poca frecuencia se separaron de la postura del Gobierno Federal. Mientras los *Länder* disponían con la Conferencia de Ministros-presidentes de un potente foro de coordinación en el que anudar los diferentes intereses, por parte de la Federación, que comprendía al Gobierno Federal y a los diputados del *Bundestag*, se lograba a duras penas hablar con una sola voz.

La ejecución de los con frecuencia elevados objetivos a través de un extraordinariamente complejo entramado de intereses, tanto por parte de la Federación como de los *Länder*, fue muy difícil. Hay que tener en cuenta que estaban implicados muchos actores con muy diferentes concepciones e intenciones, cuyos objetivos no solo se desviaban unos de otros, sino que también se contradecían o, incluso, en parte, se excluían. En el conjunto del debate sobre la reforma había al menos ocho posiciones encontradas: 1.<sup>a</sup> Federación vs. *Länder*; 2.<sup>a</sup> SPD-*Länder* vs. CDU-*Länder* \*\*\*; 3.<sup>a</sup> Gobierno Federal vs. *Bundestag*; 4.<sup>a</sup> Gobiernos de los *Länder* vs. Parlamentos de los *Länder*; 5.<sup>a</sup> Mayoría (de Gobierno) vs. Oposición a nivel federal; 6.<sup>a</sup> (Mayoría de) Gobierno vs. (grupos de la) Oposición en los Parlamentos de los *Länder*; 7.<sup>a</sup> Partidos de Gobierno vs. Partidos de la Oposición a nivel federal; 8.<sup>a</sup> Partidos de Gobierno vs. Partidos de la Oposición a nivel de *Land*. Esta sola contraposición de los diferentes intereses da idea de lo difícil que era buscar puntos de encuentro o llegar a acuerdos sobre concretos asuntos conflictivos.

\*\*\* NOTA DEL TRADUCTOR: SPD es el Partido Social-Demócrata; CDU es la Unión Cristiano-Demócrata (partido hermanado con la CSU, Unión Cristiano-Social, en Baviera, en donde aquel no se presenta a las elecciones que se celebran en este *Land*).

Vinculado al desenlace de la Comisión sobre el Federalismo, después del cambio de Gobierno en el otoño de 2005 los objetivos de la reforma fueron descritos en una declaración conjunta de la Canciller Federal y de los Jefes de Gobierno de los *Länder* del siguiente modo: 1. Fortalecimiento de la legislación de la Federación y los *Länder* por medio de una ordenación más clara de las competencias y de la eliminación de la legislación marco; 2. Desmantelamiento de los respectivos bloqueos a través de una reconfiguración de la necesidad de asentimiento de las leyes federales por parte del Bundesrat; 3. Reducción de la financiación mixta y rediseño de las posibilidades de financiación a través de las ayudas financieras de la Federación mediante la confirmación de las garantías derivadas del Pacto de Solidaridad II para los nuevos *Länder*. Estos objetivos incluidos en el ulterior Acuerdo de Coalición de los partidos de Gobierno de la CDU/CSU y el SPD eran prácticamente idénticos a los fines de los cuales también había partido el trabajo de la Comisión.

### III. RESULTADOS DE LA REFORMA DEL FEDERALISMO I

1. La Reforma del Federalismo I, en vigor desde el 1 de septiembre de 2006, representa, con sus adiciones y modificaciones de 25 artículos de la Ley Fundamental, la más profunda y completa reforma constitucional que se ha llevado a cabo desde la existencia de la República Federal de Alemania. Al poco de su entrada en vigor hablaban ya los críticos del fracaso o error de los esfuerzos por alcanzar más transparencia, desconcentración de competencias entre los diferentes niveles estatales y supresión de las capacidades de veto o posibilidades de bloqueo del *Bundesrat*. Entretanto, otros observadores juzgaron la reforma de manera más bien positiva y consideraron que el traslado competencial de la Federación a favor de los *Länder* era un acierto, que de ninguna manera ponía en riesgo la necesaria unidad y seguridad jurídicas en el territorio federal. Pero hasta el momento ni los críticos ni los partidarios de la reforma del Federalismo pudieron probar o desmentir, respectivamente, tal fracaso o éxito a la luz de hechos empíricos o experiencias prácticas.

2. La Reforma del Federalismo I consiste en un paquete legislativo que transpone los resultados de la Comisión sobre el Federalismo y los compromisos del Acuerdo de Coalición entre CDU/CSU y SPD de 18 de noviembre de 2005. Comprende: 1. Una ley de modificación de la Ley Fundamental<sup>1</sup>; 2. Una ley de acompañamiento de la reforma del federalismo<sup>2</sup>; y 3. Sendas Resoluciones políticas del *Bundestag* y el *Bundesrat* de igual contenido<sup>3</sup>. La ley de acompañamiento contiene los complementos y modificaciones subsiguientes de rango legal, con su correspondiente justificación. Las Resoluciones contienen los textos que acompañan a los acuerdos de la Coalición que no hayan sido ya implementados por la Ley de acom-

1 Ley de 28.08.2006 (BGBl. I p. 2034).

2 Ley de 05.09.2006 (BGBl. I p. 2098).

3 Resolución conjunta del *Bundestag* y el *Bundesrat* (BR-Drs. 462/06 y BT-Drs. 16/2052).

pañamiento de la reforma del Federalismo. Las principales novedades han encontrado acomodo en los siguientes artículos de la Ley Fundamental:

a) Con la modificación del art. 84.1 GG se vieron fortalecidas tanto la capacidad de configuración jurídica del Gobierno Federal como la del *Bundestag*. Las leyes federales en el futuro se aprobarán de manera mayoritaria como leyes de veto suspensivo del *Bundesrat* (*Einspruchsgesetze*), y no como leyes necesitadas del asentimiento inexcusable del *Bundesrat* (*Zustimmungsgesetze*). En el caso de las leyes federales reguladoras del procedimiento administrativo o de la organización de las autoridades cuya ejecución corresponde a los *Länder*, las facultades de asentimiento del *Bundesrat* se vieron complementadas por las facultades divergentes de los *Länder* (los llamados derechos divergentes formales). La cuota de leyes necesitadas de asentimiento se ha visto reducida de cerca del 60% a aproximadamente el 35%-40%; de hecho, hoy en día se sitúa alrededor del 39%, encontrándose incluso por debajo del 41% correspondiente a la primera legislatura (1949-1953).

b) Los *Länder* obtuvieron nuevas competencias legislativas exclusivas en materia de derecho de reunión, régimen penitenciario (incluida la ejecución de la prisión provisional), derecho sobre centros de asistencia, cierre de comercios, establecimientos de restauración, salas de juego, así como las exhibiciones de personas en espectáculos, ferias, exposiciones y mercados, derecho sobre las transacciones agrícolas y régimen de arrendamientos; régimen jurídico de la concentración parcelaria, derecho inmobiliario y de asentamiento; el ruido derivado del deporte o del tiempo libre y el derecho de prensa (lo que desde un punto de vista técnico-legislativo se consiguió mediante supresiones en los arts. 73, 74 y 75 y el juego de la cláusula del art. 70.1 GG).

c) También la Federación ha incrementado sus competencias legislativas. En el catálogo de las competencias federales exclusivas se introdujo en el art. 73.1 GG un nuevo apartado 9a relativo a la defensa frente a peligros provenientes del terrorismo internacional, a través de la Oficina Federal de Investigación Criminal, en los casos en que exista un peligro que se extienda más allá de un *Land*. La ley que se dicte en desarrollo de la Ley de la Oficina Federal de Investigación Criminal precisa del asentimiento del *Bundesrat* (art. 73.2 GG). Por su parte, antiguas competencias concurrentes (art. 74.1.4a, 10 y 11a GG) sobre el derecho de tenencia de armas y explosivos, el derecho sobre las consecuencias derivadas de la guerra y la energía nuclear pasaron a ser igualmente competencias exclusivas de la Federación (art. 73.1.12, 13 y 14 GG). En el ámbito del medio ambiente, en el que la Federación anteriormente, de acuerdo con el art. 75.1.3 y 4 GG, solo disponía de una competencia para la legislación marco, ostenta ahora competencias concurrentes sobre el régimen de la caza (art. 74.1.28 GG), la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje (art. 74.1.29 GG), la distribución del suelo (art. 74.1.30 GG), la ordenación del territorio (art. 74.1.31 GG), así como la administración de las aguas (art. 74.1.32 GG); de este modo, trataba de posibilitarse la aprobación de un Código de Medio Ambiente.

d) En el terreno de estas nuevas competencias federales concurrentes, respecto de las cuales, hasta el momento, los *Länder*, según el art. 75 GG, tenían derecho a legislar y la Federación solo podía aprobar disposiciones marco, podrán los *Länder* en el futuro dictar regulaciones que se separen del derecho federal (art. 72.3 GG; el llamado derecho divergente material). Los mismos se encuentran, eso sí, al igual que la Federación, vinculados a las prescripciones de derecho constitucional, internacional y europeo. El derecho a divergir se encuentra en parte limitado al «núcleo duro de la divergencia» (principios sobre la protección de la naturaleza, así como protección de las especies y de los mares y regulación de las sustancias y aditivos en el ámbito del derecho de la administración de las aguas). Las regulaciones divergente de los *Länder* no excluyen, sin embargo, a la Federación de aprobar ulteriormente nuevas regulaciones; el nuevo derecho federal valdría de nuevo en todo el territorio federal y sustituiría las divergencias provisionales (art. 72.3 in fine GG). Los *Länder*, sin embargo, podrían de nuevo dictar normativa divergente. A fin de dificultar este llamado «efecto ping-pong», el nuevo derecho federal entra en vigor como mínimo seis meses después de su publicación, de modo que los *Länder* puedan con anterioridad tomar una decisión sobre si divergir o no (art. 73.3 GG). De esta forma, se ha creado un instrumento único en el panorama internacional que excusa la aplicación de una regla básica del federalismo, prevista en el art. 31 GG, de acuerdo con el cual el derecho federal «rompe» el derecho de *Land*; aquí ocurre sencillamente lo contrario, de modo que gracias a esta técnica se consigue una gran flexibilidad y autonomía de pactos entre ambos niveles federales.

e) La legislación marco fue eliminada y la antigua redacción del art. 75 GG se vio suprimida, sin sustitución. No obstante, el derecho marco federal ya existente y las leyes de *Land* que lo desarrollan siguen siendo válidas (art. 125b.1 GG). Pero la Federación, a partir de la entrada en vigor de la reforma, no puede aprobar ya nuevo derecho marco; por su parte, los *Länder* sí pueden modificar sus leyes dictadas en el marco del derecho federal existente (art. 125b.1 GG). Como muy tarde, a partir del 1 de enero de 2010 es eficaz el nuevo derecho divergente de los *Länder* (art. 125b.1 GG). Del contenido del extinto art. 75 GG la Federación conservó, en el ámbito de su competencia exclusiva, el registro y la identificación de las personas y la protección del patrimonio cultural alemán contra su transferencia al extranjero (art. 73.1.3 y 5a GG). Las regulaciones jurídicas de *Land* en estos terrenos, en principio, permanecen en vigor hasta que sean sustituidas por derecho federal (art. 125a.3 GG).

f) De los 33 números que según el art. 74.1 GG contienen las competencias concurrentes, en el futuro solo 11 están sujetos a la cláusula de imprescindibilidad del art. 72.2 GG. Este criterio de la imprescindibilidad, introducido en la Ley Fundamental por recomendación de la Comisión constitucional conjunta de 1994, hizo posible que en las materias afectadas por él, las Dietas de los *Länder*, como consecuencia de las modificaciones de 1994 (art. 125a.2 GG) y de las nuevas circunstancias relacionadas con la imprescindibilidad de una regulación federal de alcance legal (art. 72.4 GG), pudieran tener abierta la vía ante el Tribunal Constitucional

(art. 93.1.2a GG), siempre y cuando con anterioridad hubieran intentado por medio del *Bundesrat* un desbloqueo a través de ley federal (modificación de la Ley del Tribunal Constitucional Federal por el art. 1 de la Ley de acompañamiento de la reforma del federalismo).

g) Las leyes federales que den lugar a obligaciones de los *Länder* para la realización de prestaciones económicas, prestaciones materiales evaluables económicamente y otras prestaciones de servicios equivalentes frente a terceros que sean ejecutadas por los *Länder* como asunto propio o por encomienda de la Federación, en el futuro precisarán del asentimiento del *Bundesrat*, cuando de ello se deriven gastos emergentes a soportar por aquellos (art. 104a.4 GG).

h) La Federación tiene prohibido transferir por medio de ley tareas (y los consiguientes costes) a los municipios (arts. 84.1 y 85.1 GG). Cuando estas son encomendadas por los *Länder* con motivo de la ejecución, a estos les son aplicables las disposiciones relativas al principio de conexidad\*\*\*\*. Tal prohibición es válida a partir de la entrada en vigor de la reforma para las nuevas leyes federales; por su parte, las regulaciones ya existentes pueden ser sustituidas por los *Länder* (art. 125a.1 GG).

i) Las competencias de los *Länder* en el ámbito de la educación se han visto fortalecidas en el sentido de que la competencia legislativa de los *Länder* sobre el derecho a la educación superior en el futuro no se encuentra ya limitada por las prescripciones legislativas marco de la Federación (Ley marco de universidades). La Federación obtiene una nueva competencia concurrente para la regulación del acceso y la conclusión de la enseñanza superior universitaria (art. 74.1.33 GG); no obstante, los *Länder* pueden también divergir de tales regulaciones federales (art. 72.3 GG). La Ley marco de universidades permanece en vigor como derecho federal, pero el mismo —con excepción de los ámbitos relativos al acceso y conclusión de la enseñanza superior universitaria, que permanecen en manos de la Federación— puede ser sustituido por derecho de los *Länder* (art. 125a.1 GG), lo que ya ha sucedido en buena medida.

j) En el ámbito de las tareas comunes de la Federación y de los *Länder* (arts. 91a y 91b GG) se llevó a cabo tanto un desmontaje como una readaptación de las mismas. La tarea común construcción de centros de enseñanza superior (art. 91a.1.1.º GG) fue eliminada. No obstante, la Ley de fomento de la construcción de centros de enseñanza superior, aprobada con base en este precepto, y el correspondiente Plan marco 34 fundamentado en la misma, siguieron siendo válidos hasta el 31 de diciembre de 2006 (art. 125c GG). El fomento conjunto de los edificios destinados a la investigación en los centros de enseñanza superior, incluidas las grandes instalaciones, pasa a formar parte de la nueva tarea común fomento de la investigación (art. 91b.1 GG). Los medios destinados hasta ahora por la Federación a la tarea común construcción de centros de enseñanza superior fueron transferidos

\*\*\*\* N. T.: De acuerdo con este principio de conexidad, el que genera un coste debe de asumir el gasto asociado al mismo.

en un 70% (695,3 millones de €) a los *Länder*. De este modo, las obligaciones de la Federación de financiación completa fueron también amortizadas. La Federación destina a partir de ahora el 30% (298 millones de €) a medidas de fomento suprarregional en el ámbito de la enseñanza superior, de acuerdo con el art. 91b.1 GG. Por su parte, la competencia legislativa para la tarea común fomento de la investigación así como promoción de la enseñanza (BAföG), las obras de apoyo al talento (art. 74.1.13 y 91b.1 GG) y el fomento de los proyectos de investigación, permanecen inalterados. Además, la competencia de los *Länder* en el ámbito educativo se vio fortalecida al ser consideradas inválidas las ayudas financieras de la Federación —«el lazo dorado»— (art. 104b.1 GG).

La facultad de la Federación y de los *Länder* derivada de los acuerdos alcanzados para el fomento de la investigación universitaria en los casos de alcance suprarregional se ha visto ampliada al fomento de la ciencia, incluida la enseñanza en los centros de estudios superiores universitarios. De esa forma quedó jurídico-constitucionalmente asegurado el llamado pacto educativo entre la Federación y los *Länder*. La antigua tarea común planificación de la educación quedó eliminada, siendo sustituida por una nueva tarea común (art. 91b.2 GG) para la determinación de la eficiencia del régimen educativo en perspectiva internacional (Estudios PISA). El 50% (19,9 millones de €) de los medios empleados hasta ahora en el marco de la tarea común planificación de la educación ha sido transferido a los *Länder*; de este modo, las obligaciones de la Federación de financiación completa también han sido amortizadas. La otra mitad queda a disposición de la Federación en el futuro para hacer frente a la nueva tarea común del art. 91b.2 GG. Los medios pueden ser también empleados hasta el año 2008 para el proyecto ya expirado (*vid.* art. 143c GG; texto de acompañamiento del art. 143c; y parágrafo 2.2 de la ley de desconcentración).

k) En el terreno del servicio público se ha visto fortalecida la soberanía sobre la organización y el personal de los *Länder*, al recuperar estos la competencia sobre el régimen jurídico del servicio público y la remuneración y la previsión social de los funcionarios y jueces de los *Länder* y municipios (por medio de la supresión del arts. 74a y 75.1.1.º GG). A fin de asegurar un mínimo de unidad federal, la Federación obtiene una nueva competencia concurrente para regular los derechos y obligaciones estatutarios de los funcionarios y jueces de los *Länder* (art. 74.1.27.º GG), que necesita el asentimiento del *Bundesrat* (art. 74.2 GG). En el art. 33.5 GG, el mandato de regular el derecho del servicio público ha sido complementado con las palabras «y seguir desarrollándose»; pero también este desarrollo ulterior ha de producirse «tomando en consideración los principios derivados del régimen funcional».

l) En el ámbito de la Constitución financiera, las ayudas financieras de la Federación para inversiones especialmente significativas de los *Länder* y municipios encuentran una nueva regulación en el art. 104b GG. Las ayudas financieras para la financiación del tráfico municipal y el fomento de las viviendas sociales, hasta ahora basadas en el art. 104a.4 GG, expiran en 2006 (art. 125c.2 GG). El programa federal para la financiación del tráfico municipal (proyectos municipales, tren)

continúa en vigor como máximo hasta 2019. De conformidad con el art. 143c GG, a los *Länder* les corresponden, a partir del 1 de enero de 2007 y hasta el 31 de diciembre de 2019, con carácter anual, cantidades provenientes del presupuesto de la Federación para compensar las ayudas financieras hasta ahora existentes. Según el art. 143c.3 GG, la Federación y los *Länder* revisarán hasta fines de 2013 en qué cuantía estas compensaciones de 2014 a 2019 «resultan aún adecuadas e impresionables». A partir de 2014 están sujetas a una vinculación finalista de carácter inversor.

m) En el art. 109.5 GG se estableció como Pacto Nacional de Estabilidad la obligación conjunta de la Federación y los *Länder* de mantener la disciplina presupuestaria. Los posibles pagos de las sanciones a la UE serán soportados por la Federación en un 65% y por los *Länder* en un 35%. El 65% de las cargas lo soportarán los *Länder* que las hayan causado, en función de su participación en la causación de las mismas; la totalidad de los *Länder* soportará solidariamente el 35% de las cargas que les correspondan en proporción a su número de habitantes. La previsión constitucional será desarrollada a través de la nueva ley sobre el reparto y pago de las sanciones (art. 14 de la ley de acompañamiento de la reforma del federalismo). Un nuevo art. 104a.6 GG regula la responsabilidad interna por la no transposición de las directivas de la UE, las sentencias condenatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como los casos de infracciones jurídicas (los llamados ilícitos de carácter legislativo, ejecutivo y administrativo). En el caso de las correcciones financieras de la UE a causa de la aplicación errónea de los recursos europeos, la Federación soportará el 15% de las mismas, los *Länder*, de manera solidaria, el 35% de las cargas totales, y el 50% lo soportarán los *Länder* que hayan causado esas cargas, de acuerdo con la culpa que le corresponda a cada uno. La norma constitucional fue desarrollada por medio de las disposiciones de la nueva Ley de reparto de cargas (art. 15 de la Ley de acompañamiento de la reforma del federalismo).

n) Para mejorar la idoneidad europea de la Ley Fundamental se dio una nueva redacción a los arts. 23.6 y 52.3a GG. La defensa de los derechos de Alemania por un representante de los *Länder* se circunscribió a aquellos casos en los que se vean afectadas de manera principal competencias exclusivas de los *Länder* en los campos materiales de la formación, la cultura y la radiodifusión. Esta disposición se desarrolló a través de la modificación de la Ley de cooperación entre la Federación y los *Länder* en asuntos de la Unión Europea (art. 2 Ley de acompañamiento de la reforma del federalismo). La defensa de los derechos de la República Federal de Alemania ante la Unión Europea, de acuerdo con el nuevo art. 23.6 GG, será transferida por la Federación a un representante nombrado por el *Bundesrat* cuando se vean afectadas de manera esencial facultades legislativas exclusivas de los *Länder* en el terreno de la enseñanza (no superior).

o) De conformidad con lo previsto en el art. 2.1 del Tratado de unificación, quedó fijado por escrito en el art. 22.1 GG que la capital federal es Berlín y que la representación del conjunto del Estado en Berlín es tarea federal. No obstante, las obligaciones legales ante la antigua capital, Bonn, permanecen inalteradas.

#### IV. VALORACIÓN DE LOS RESULTADOS A LA LUZ DE LOS OBJETIVOS DE LA REFORMA

1. Si se examinan estos resultados a la luz de los objetivos de la reforma se observará que con la introducción del derecho a divergir en el art. 84.1 GG se alcanzó la finalidad de reducir significativamente el número de leyes necesitadas del asentimiento del *Bundesrat* (*de facto*, por debajo del 40%). Al mismo tiempo, los márgenes de configuración política de la Federación (el Gobierno Federal) y de los *Länder* en el terreno de la organización administrativa y de la regulación del procedimiento administrativo se han visto considerablemente ampliados. Además, la Federación se asegura en el art. 84.1 GG la facultad (sometida a la necesidad de asentimiento del *Bundesrat*) de impedir a los *Länder* la posibilidad de divergir en casos excepcionales, lo que hasta el momento ha ocurrido, sobre todo, en los supuestos de ratificación de tratados o acuerdos internacionales o de implementación de derecho de la UE. No se puede decir que la Federación haya hecho un uso excesivo de esta cláusula excepcional.

2. La reordenación de las facultades legislativas concurrentes, en principio, supuso un éxito para los *Länder*, ya que un número en absoluto insignificante de materias fue transferido a su competencia exclusiva. Se trata del derecho de reunión, el derecho penitenciario (incluida la ejecución de la prisión provisional), el derecho sobre centros de asistencia, el régimen jurídico del cierre de los comercios, los establecimientos de restauración, las salas de juego, las exhibiciones de personas en espectáculos, las ferias, las exposiciones y los mercados, el régimen de la vivienda, el derecho inmobiliario y de asentamiento, así como la regulación del ruido en el deporte y el tiempo libre.

3. También la Federación en el ámbito de las competencias concurrentes ha ganado. Algunas materias objeto de regulación fueron ampliadas (art. 74.1.19 y 20 GG); otras, como el derecho de armas y explosivos, el derecho sobre las consecuencias derivadas de la guerra, así como el derecho sobre la generación y uso de la energía nuclear, han sido incluso transferidas a la competencia exclusiva de la Federación, al tiempo que también se han visto ampliadas por medio de una nueva competencia para la defensa frente a peligros provenientes del terrorismo internacional. Pero, quizás, lo más significativo es que 22 materias fueron rescatadas del ámbito de aplicación de la cláusula de imprescindibilidad (lo contrario de lo que dispone el art. 72.2 GG), lo que a la vista de la exigente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha producido un incremento considerable del poder de la Federación, máxime cuando para el resto de supuesto resulta evidente la vigencia de esta condición de la imprescindibilidad de la regulación federal, de este modo, el art. 72.2 GG queda prácticamente vacío de sentido.

4. De la supresión de la legislación marco se han beneficiado tanto la Federación como los *Länder*. El registro y la identificación de las personas, así como la protección de los bienes culturales, caen bajo la competencia exclusiva de la Federación. El derecho sobre la función pública ha sido dividido: Para la regulación de

los derechos y obligaciones estatutarias se ha creado una nueva competencia concurrente de la Federación (art. 74.1.27 GG), mientras que para el resto del derecho sobre la función pública (incluida la carrera administrativa, la remuneración y la previsión social) son ahora exclusivamente competentes los *Länder*. Algo similar ha sucedido con el derecho sobre la enseñanza superior: Se le ha atribuido en exclusiva a los *Länder*, si bien con excepción de lo relativo al acceso y conclusión de la misma, ya que a este respecto sigue siendo competente de manera concurrente la Federación (art. 74.1.33 GG); no obstante, en este punto se ha reconocido a favor de los *Länder* un derecho material a divergir (art. 72.3.6° GG). La sucesión de las demás competencias marco, sobre todo, las relacionadas con la protección del medio ambiente, corresponde conjuntamente, en una especie de «comunidad hereditaria», a la Federación y a los *Länder*: Los ámbitos materiales sobre el régimen de la caza, la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje, el reparto del suelo, la ordenación del territorio y la gestión del agua, se incorporan al catálogo de las competencias concurrentes, de modo que la Federación podrá a partir de ahora establecer una regulación completa de estas materias, manteniendo los *Länder*, por su parte, un derecho material a divergir, que, de nuevo, en el caso de la protección de la naturaleza y de la gestión del agua ha sido limitado por medio del llamado núcleo resistente a la divergencia. La intención originaria de la Federación de poder elaborar, a propósito de estas competencias concurrentes, un Código de Medio Ambiente, sin embargo, no se ha podido hacer realidad.

5. En el caso de los llamados supuestos de financiación mixta, los *Länder*, en gran medida, podían imponerse con sus exigencias. Las leyes federales que generen costes elevados para los *Länder* precisan a partir de ahora el asentimiento del *Bundesrat* (art. 104a.4 GG). Queda excluida *pro futuro* toda transferencia de nuevas tareas (y costes) a favor de los municipios por parte de la Federación (art. 84.1 GG). Las ayudas financieras para inversiones especiales de los *Länder* y los municipios solo pueden ser concedidas por la Federación en el marco de su competencia legislativa (es la llamada prohibición de cooperación: art. 104b.1 GG). De las tareas comunes solo fueron eliminadas la construcción de centros de enseñanza superior (art. 91a.1.1.° GG) y la planificación de la enseñanza (art. 91b GG), pese a lo cual a los *Länder* —junto con las también suprimidas ayudas financieras para la mejora de las condiciones del tráfico municipal y para el fomento de las viviendas sociales—, de acuerdo con la ley de desconcentración, les corresponden ingresos compensatorios hasta el año 2019 (art. 143c GG).

6. En el ámbito de la enseñanza, los *Länder* no solo han conseguido importantes ganancias competenciales, sino que también se han intensificado las posibilidades de influencia y de cooperación de la Federación, ya que el «modelo legal» («*Gesetzesmodell*») hasta ahora existente ha sido sustituido en las tareas comunes relacionadas con la enseñanza por el «modelo contractual» («*Vereinbarungsmodell*»). La implementación de las nuevas regulaciones en el art. 91b.1 GG (fomento de la investigación fuera de los centros superiores universitarios, fomento de la ciencia y la investigación en los centros superiores universitarios, fomento de las instala-

ciones de investigación en los centros de enseñanza superior, incluidas las grandes instalaciones) se lleva a cabo a través de acuerdos administrativos, que han revelado ser mucho más efectivos y flexibles que las leyes federales, patrocinados y organizados por la Conferencia Común para la Ciencia de la Federación y de los *Länder*. Que finalmente la planificación de la enseñanza haya sido sustituida por la nueva tarea común «estudios comparativos de la eficiencia del sistema educativo» (art. 91b.2 GG), no puede sino ser considerado igualmente un avance importante para estos, frente a su anterior competencia ejecutiva, que se llevaba a efecto con ayuda de las lentas Comisiones conjuntas de la Federación y los *Länder*.

7. Finalmente, la Federación y los *Länder* han conseguido encontrar también un equilibrio de sus intereses en los asuntos de la Unión Europea. Ahora la Federación *debe* transferir a un representante de los *Länder*, nombrado por el *Bundesrat*, la defensa de los derechos de Alemania como Estado miembro de la UE, en aquellos casos en que se encuentren afectadas competencias legislativas exclusivas de los *Länder* en el terreno de la enseñanza escolar, la cultura o la radiodifusión (art. 23.6 GG). Los pagos de las sanciones por la lesión de la obligación común de mantenimiento de la disciplina presupuestaria se reparten entre la Federación y los *Länder* en una proporción de 65% a 35% (art. 109.5 GG). La determinación de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones internacionales (no transposición del derecho de la UE, condena del TEDH o del TJUE, cargas provenientes de infracciones jurídicas de carácter legislativo, administrativo o judicial) se rige por las normas internas de reparto de competencias. Las correcciones financieras consecuencia de una aplicación errónea de los medios de la UE las soportan en un 15% la Federación, en un 35% solidariamente todos los *Länder* y en un 50% el *Land* afectado responsable del incumplimiento (art. 104.6 GG). Estas regulaciones se basan en un compromiso en virtud del cual se ha logrado una relación equilibrada entre los intereses y capacidades de la Federación y de los *Länder*, evitando así un elevado material conflictivo del que incluso el TCF tuvo ya que ocuparse.

## V. IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA DEL FEDERALISMO I

La cuestión de si, en qué medida y con qué medidas los resultados de la Reforma del Federalismo I han sido implementados hasta el día de hoy por la Federación y los *Länder* se encuentra en el centro de este proyecto de investigación. A este respecto no hay, sin embargo, ninguna respuesta general de alcance global que comprenda todas las cuestiones. Más bien hay que ir analizando cada uno de los ámbitos materiales de manera individual. En tal sentido, se ha de diferenciar entre ambos niveles, «Federación» y «*Länder*», y se ha de atender a los correspondientes protagonistas. En consecuencia, los objetivos generales de la Reforma del Federalismo I, tales como «desconcentración», «supresión de la financiación mixta» o

«fortalecimiento de las Dietas de los *Länder*», fueron puestos en conexión con las correspondientes medidas de aplicación.

1. Si se observan, en primer lugar, las nuevas competencias legislativas de los *Länder* se pone claramente de manifiesto que a estos solo se les han atribuido nuevas materias en ámbitos marginales, siendo la Federación la auténtica ganadora. Mejor dicho, a los *Länder* les ha sido transferida una nueva competencia para la regulación exclusiva de numerosos objetos que hasta entonces se encontraban dentro del catálogo de la legislación concurrente del art. 74.1 GG; entre ellos, el régimen penitenciario, el derecho de reunión, el derecho sobre el cierre de los comercios, los centros de asistencia, los establecimientos de restauración, salas de juego, ferias y exposiciones, régimen de la vivienda, derecho sobre las transacciones agrícolas, derecho sobre el arrendamiento, el asentamiento y los inmuebles, la concentración parcelaria, así como las regulaciones sobre el deporte, el tiempo libre y el ruido. Apenas se puede sobreestimar, por último, el significado que tiene para la política de personal de los *Länder* la transferencia de la competencia sobre el derecho de la función pública (a excepción de la regulación de los derechos y obligaciones estatutarios), incluida la remuneración y la previsión social, esto es, una gran parte del derecho sobre la función pública, que ofrece un gran potencial impositivo y que contiene por ello también elementos competitivos.

Los *Länder* han hecho un uso diferente de estas competencias. Algunas no han sido aún objeto de atención (por ejemplo, la concentración parcelaria, el derecho sobre las transacciones agrícolas, el régimen jurídico de las ferias, las exposiciones y los mercados). Otras competencias, como el derecho de reunión o el régimen penitenciario general, solo han sido implementadas por un parte de los *Länder*. Sobre los motivos se puede especular. Previsiblemente, no existía ningún «fervor apremiante» («*Leidensdruck*»), sino el deseo de permitir, en principio, que continuase en vigor el derecho federal, tal y como prevé el art. 125.1 GG. Los propios *Länder* que han aprobado leyes en estos campos han seguido el modelo de la Federación. Lo contrario sucede con el régimen penitenciario de la juventud y con la ejecución de la prisión provisional: Aquí todos los *Länder* se han mostrado activos, en el primer caso, porque a ello fueron animados por el TCF y, en el segundo, porque ya eran con anterioridad competentes para ello.

Por lo que se refiere a otros campos, todos los *Länder* han aprobado igualmente regulaciones completas y, en parte, de nuevo por influencia del TCF, incluso las han modificado en varias ocasiones. Así sucede con la protección de los no fumadores en tanto que materia propia del derecho sobre los establecimientos de restauración, el cierre de los comercios y el derecho sobre las salas de juego. Mientras que los dos primeros objetos tienen un gran significado político para el conjunto de la población, de ahí que se hayan ocupado de ellos los *Länder*, las extensas regulaciones del derecho sobre las salas de juego juegan, sobre todo, en el propio interés de estos, a fin de oponerse, con ayuda de las restricciones a esta rama de la economía, de una concurrencia no deseada para sus casinos. En consecuencia, fueron también diferen-

tes las vías empleadas para llevar a efecto la implementación de estas competencias. Los dos ámbitos fuertemente politizados, protección de los no fumadores y cierre de los comercios, no solo han provocado controvertidos debates en los Parlamentos de los *Länder* (que en Baviera, incluso, ha sido objeto de referéndum), contribuyéndose considerablemente de este modo a su reactivación, sino que además han mostrado, en términos comparativos, grandes diferencias regionales. De ahí se puede extraer, como norma general, que cuanto más políticamente controvertida sea considerada una materia para la opinión pública, más posibilidades tiene esta de ser regulada de manera diferente de *Land a Land*. Por el contrario, los *Länder* se inclinan claramente por regular en lo posible de manera uniforme los objetos de escaso interés público, sea con motivo de proyectos modelo o en el marco de tratados internacionales.

Así se demuestra en el ejemplo del derecho sobre las salas de juego. Después de que la competencia del § 33i del Reglamento de Industria fuera conferida a los *Länder*, en un principio, estos se mostraron contenidos a la hora de desarrollarla, porque se estaba esperando una regulación uniforme con ocasión de la modificación a llevar a cabo del Tratado sobre los juegos de azar. Solo después de que también los juegos de azar profesionales, que hasta entonces únicamente se encontraban regulados en el Reglamento del Juego, fueran declarados juegos de azar y regulados en sus aspectos básicos a través de tratado, casi todos los *Länder* aprobaron con gran premura en 2012 leyes similares sobre las casas de juego, leyes que tan solo regulaban determinados aspectos (producción y montaje de maquinaria y explotación de las casas de juego) y que permanecieron en buena medida ocultas a la luz pública, pese a tener en parte un contenido asfixiante. También el derecho sobre la enseñanza superior, que se encuentra casi sin excepción en manos de los *Länder*, fue reformado en un sentido uniformizador, gracias a los acuerdos alcanzados por la Conferencia de Ministros de Cultura, lo que únicamente interesaba a los propios centros superiores universitarios y a los correspondientes medios especializados —con una excepción que, de nuevo, confirma la regla: en el caso de las tasas académicas, cuya introducción no se podía politizar en exceso, siguieron los *Länder* diferentes caminos.

En conjunto, se ha de constatar que las nuevas competencias legislativas de los *Länder*, al margen de pequeñas lagunas y déficits, han sido desarrolladas en términos generales de manera adecuada y correcta. De ahí que por lo que se refiere a su implementación no sea preciso llevar a cabo ninguna subsanación. Por eso se podría haber conseguido también alcanzar el objetivo de fortalecer la legislación de *Land*. Sin embargo, en la mayoría de los casos esta no era la finalidad a perseguir. Es posible apreciar en numerosas ocasiones que el legislador, a la hora de ejercitar una nueva competencia, en absoluto era consciente de que debía agradecerse a la Reforma del Federalismo I. A favor de ello habla el hecho del uso relativamente despreocupado de los proyectos modelo o del «cobijo» bajo los acuerdos de carácter contractual, a los que con frecuencia se les critica que, en esas condiciones, la competencia afectada también podría haber permanecido en manos de la Federación. A ello se le ha de objetar, sin embargo, que siempre se ha de dar preferencia a los proyectos modelo y a los tratados sobre las regulaciones federales uniformes, dado que aque-

llos provienen de un acuerdo voluntario y a partir del principio de unanimidad, y ofrecen a los *Länder* más pequeños la posibilidad de influir de manera decisiva en su configuración. Dado que las nuevas competencias legislativas exclusivas de los *Länder* provienen del catálogo de la legislación concurrente de la Federación, con esta decisión se contribuyó también a la desconcentración, de forma que la cuestión sobre si y en qué medida la Federación había establecido ya una regulación completa que supusiera un efecto barrera para los *Länder* no se puede ya volver a plantear.

2. En el caso de las competencias legislativas de la Federación se debe diferenciar entre tres tipos de ámbitos competenciales: las competencias exclusivas, concurrentes y marco. En el caso de las competencias exclusivas y concurrentes se ha de diferenciar a su vez entre competencias nuevas, ampliadas y meramente desplazadas. La única facultad de regulación atribuida en exclusiva a la Federación afecta a la defensa contra los peligros provenientes del terrorismo internacional a través de la Oficina Federal de Investigación Criminal (art. 73.1.9a GG), que fue muy discutida no solo en la Comisión sobre el Federalismo, sino, sobre todo, en el momento de su desarrollo legislativo. En todo caso, la misma ha provocado una pérdida de facultades de los *Länder* en uno de sus campos principales: la seguridad interior (policía). Además, está por ver que traiga consigo la esperada mejora en la lucha contra las corrientes terroristas. Todas las demás competencias federales exclusivas o bien provienen del catálogo de las competencias concurrentes, lo que significa que desde un punto de vista material apenas han variado, dado que con anterioridad ya existían regulaciones completas de la Federación (derecho sobre tenencia de armas y explosivos, atención a las víctimas de la guerra, derecho sobre la energía nuclear), o bien de la derogada legislación marco (registro e identificación de las personas, protección del patrimonio cultural). En su implementación, sobre todo, la identificación de las personas ocupa una posición especial, porque su regulación no solo afecta de manera directa a los *Länder*, sino también a los municipios, que hasta ahora no disponían de un registro único de identificación personal, lo que demanda, en consecuencia, un gran esfuerzo de sintonía y coordinación en la elaboración del proyecto de ley. Prescindiendo de la nueva facultad de defensa contra el terrorismo, la Federación ha salido ganando en poder de configuración, desde un punto de vista formal, pero no sustancial, en el terreno de las competencias exclusivas, en comparación con su situación anterior.

En el caso de las competencias concurrentes el panorama es similar. Algunas materias han sido ampliadas en cuanto a su contenido (véase el art. 74.1.19.º, 20.º, 22.º y 26.º GG), si bien, en realidad, se trata tan solo de cuestiones secundarias o de meras clarificaciones. Su desarrollo está aún pendiente. La nueva competencia para la regulación de los derechos y obligaciones estatutarios de los funcionarios (art. 74.1.27.º GG) representa, frente a la anterior regulación contenida en el catálogo de las competencias marco (art. 75.1.1.º GG), una minoración considerable. En ese sentido, se puede señalar que la Federación más bien ha sido «maltratada» en la reordenación de sus competencias, y que su implementación tampoco ha traído consigo ningún especial problema. Podrían ser las cosas diferentes en lo relativo

a la nueva Ley de actualización del régimen de identificación personal (*Meldrechtsfortbildungsgesetz*) de la Federación, que entrará en vigor en 2015, y sobre cuya aplicación todavía no se puede decir nada.

La auténtica ganancia de la Federación frente a los *Länder* radica en la «dispensa» de 22 objetos de regulación del criterio de la imprescindibilidad del art. 72.2 GG. Tal y como se ha señalado ya, en el futuro están sujetas al mismo solo aquellas materias que desde un principio quedó claro que cumplían estas condiciones de acuerdo con la nueva jurisprudencia del TCF, porque en su caso era evidente la necesidad de una regulación federal uniforme. De este modo, el art. 72.2 GG prácticamente ha perdido su función de control y protección de los *Länder*, quedando obsoleto el procedimiento de queja de las Dietas de los *Länder* introducido en el art. 93.1.2a GG en 1994. La aplicación aporreada de esta modificación esencial de la estructura competencial de la Federación y los *Länder* queda reflejada en el hecho de que hasta el momento no se ha vuelto a dar ningún caso en el que el TCF haya tenido que cuestionarse la imprescindibilidad de una ley federal.

Al margen de las nuevas competencias procedentes de la antigua legislación marco, la Federación a través de la reforma no ha podido conseguir el objetivo de ganar terreno sustancial ni en el ámbito de las competencias legislativas exclusivas ni en el de las concurrentes. Una vez implementados estos más bien magros resultados y aprobada la legislación correspondiente en estos campos, no se aprecia nada especial que destacar. La ley antiterrorista, como resulta obvio, hasta el momento no ha contribuido de manera esencial a que en este terreno se hayan podido alcanzar éxitos reseñables. Las diferentes transferencias competenciales, si bien han traído consigo clarificación y un cierto efecto desconcentrador, en su desarrollo, sin embargo, apenas han dado lugar a alteraciones del estado anterior. Por su parte, la liberación de una gran parte de las competencias concurrentes de la cláusula de imprescindibilidad puede ser entendida más bien como una respuesta de la Comisión a la jurisprudencia del TCF, a través de la cual en el futuro se puede generar una mayor claridad sobre el alcance de su margen de control.

3. Una de las medidas más eficaces, quizás el avance más importante de la reforma, fue la supresión de la legislación marco, sobre la que, en términos generales, ya dominaba el acuerdo desde el comienzo del trabajo de la Comisión. De ello se han podido ampliamente beneficiar tanto la Federación como los *Länder*. Así sucede, en primer lugar, en relación con las competencias marco que directamente han sido transferidas a la competencia exclusiva de la Federación (régimen de registro e identificación personal, protección del patrimonio cultural). En comparación con la extinta regulación marco, la Federación, sin embargo, apenas ha ganado algo. La competencia sobre la protección del patrimonio cultural solo fue utilizada, fundamentalmente, para la ratificación de los acuerdos internacionales. Por lo que se refiere a la implementación de la competencia sobre el régimen de registro se trató únicamente de la introducción del carnet de identidad electrónico. La implementación de la nueva Ley de actualización del régimen de identificación personal está aún pendiente.

Otra es la situación desde el punto de vista de las consecuencias para la legislación concurrente de la Federación. La Federación ha obtenido por vez primera la facultad de regular por completo importantes campos del sector medioambiental (protección de la naturaleza y del paisaje, administración de las aguas, con exclusión del derecho sobre la caza). Que esto se hiciera con la expectativa de que la Federación utilizara sus nuevas competencias para elaborar un Código de Medio Ambiente, y que esta esperanza se hubiera desvanecido en 2009, no cambia para nada el hecho de que la Federación, de este modo, ha ganado poder de configuración política de forma nada despreciable.

Tal y como muestran las nuevas regulaciones del año 2009, tanto la ley federal de protección de la naturaleza como la ley de administración de las aguas, y a pesar del fracaso del Código de Medio Ambiente, la Federación sigue siendo consciente de su responsabilidad en este terreno y ha implementado estas nuevas competencias de manera adecuada a su fin y objeto.

Especialmente destacable es, a este respecto, que la Federación, por sí misma, a la vista del derecho material a divergir de los *Länder*, en estos campos no haya hecho un uso agotador de la totalidad de su competencia, sino que ha facilitado a los *Länder* márgenes adicionales de configuración; así, ha dejado, en primer lugar, carentes de regulación determinados supuestos, de forma que los *Länder* tienen la posibilidad de completar las lagunas de las leyes federales; en segundo término, ha dejado espacio para las regulaciones complementarias de los *Länder*; y, en tercer lugar, ha dispuesto, en forma de cláusulas abiertas, que los *Länder* mantengan y desarrollen sus disposiciones vigentes. Tal y como muestra, en el marco de este proyecto, el simposio de expertos celebrado en julio de 2011, esta actitud de la Federación tan generosa y amistosa con los *Länder* a la hora de implementar el derecho referido ha contribuido de manera esencial a que los contactos recíprocos entre la Federación y los mismos en este terreno sea muy «relajada», al tiempo que ha contribuido decisivamente a un estilo cooperativo de negociación.

Esto también le es aplicable a la nueva Ley de ordenación territorial de la Federación. Por qué la Federación se dilata en el terreno del régimen de la caza en llevar a cabo la implementación de su nueva competencia completa no es fácil de aclarar, aunque presumiblemente tiene que ver con el hecho de que los grupos afectados (cazadores, arrendatarios de caza, etc.), que desde un principio se han opuesto al derecho a divergir de los *Länder* en este terreno, tienen un gran interés en que continúe vigente de manera inmodificada la actual ley federal de caza, lo que también explica que hasta el momento solo unos pocos *Länder* se hayan apartado de la misma. Que las competencias concurrentes relativas al acceso y conclusión de la enseñanza superior (art. 72.3.6.º GG) no hayan sido hasta el momento objeto de desarrollo legal por parte de la Federación, tiene que ver, en primer lugar, con el hecho de que estos ámbitos ya se encuentran regulados de manera completa por los *Länder*, y con el reconocimiento de que dado que los *Länder* pueden desviarse de cualquier regulación federal, de modo que todo quedaría tal y como estaba, la Federación se puede ahorrar cualquier esfuerzo a este respecto.

Con la supresión de la legislación marco se ha atendido, sobre todo, al objetivo de la reforma relativo a la desconcentración. La vinculación entre la competencia marco y la competencia de desarrollo siempre había conducido en el pasado a una fuerte dependencia de los *Länder* cuando la Federación trazaba un marco demasiado estrecho, abusando de las regulaciones de detalle. Además, hay que tener en cuenta el interés de la Federación en eliminar un nivel de implementación del derecho de la UE. En este punto existe, sin embargo, un problema. Dado que la Federación implementa una gran parte del derecho de la UE por vía reglamentaria, los *Länder* se encuentran obligados a ejecutar esa implementación en sus ámbitos a través de la modificación de leyes de *Land*, originándose así una situación difícil que algunos *Länder* (entre ellos, Baviera) hubieran gustosamente obviado. Por eso se propuso que el derecho material a divergir de los *Länder* también se utilizara para poder incorporar a las leyes de *Land* las correspondientes habilitaciones reglamentarias. De esta forma, sin embargo, se creó de nuevo un tercer nivel de implementación, que era lo que se había tratado de evitar precisamente con la supresión de la legislación marco. El deber de comunicación permanece, por supuesto, intacto.

La Federación ha hecho valer conscientemente, de manera discreta y moderada, su nueva facultad concurrente para aprobar regulaciones completas, a fin de materializar el cambio de la competencia marco a la legislación concurrente, en lo posible, de manera soportable y sin dificultades para los *Länder*. Esto salió especialmente bien con la división del derecho sobre la función pública en normas sobre el estatus, respecto de las cuales la Federación dispone de una competencia concurrente (art. 74.1.27.<sup>a</sup> GG), y todas las demás regulaciones (incluida la carrera profesional, la remuneración y la previsión social), respecto de las cuales ahora los *Länder* son competentes en exclusiva. La aplicación de este «modelo selectivo» está por el momento bloqueada, lo que, como resulta evidente, ha contentado a todo el mundo. Cabe preguntarse, sin embargo, por qué en el caso del derecho sobre la función pública no se ha elegido el mismo camino que se recorrió en el caso de la competencia marco sobre medio ambiente. Habría que haber concedido también aquí a los *Länder* un derecho a divergir que se podría haber provisto de un núcleo resistente a las divergencias (derechos y obligaciones estatutarias de los funcionarios). Contra ello habla, sin embargo, el hecho de que en estos casos los *Länder*, en gran medida, deberían haber hecho uso de su derecho a divergir.

4. Uno de los resultados más importantes alcanzados en la Reforma del Federalismo I —que no tiene equivalente en el mundo— es la «invención» de la legislación divergente. Se presenta con dos configuraciones: como facultad formal de divergir en el art. 84.1 GG (sobre esta variante volveremos de manera más detallada al tratar la posición del *Bundesrat*) y como derecho material a divergir en el art. 72.3 GG. Esta segunda variante fue impuesta por los *Länder* como si se tratase de una contraprestación de la Federación para que aquellos, en primer lugar, desistiesen del largamente demandado derecho a intervenir en determinados supuestos de la legislación concurrente y, en segundo término, para que mostrasen su conformidad a la transferencia de una gran parte de las materias de la legislación marco

a derogar a favor de la competencia legislativa de la Federación. La Federación de nuevo insistió, en primer lugar, en poder (volver a) divergir de las regulaciones divergentes de los *Länder*, de modo que habría de ser válida la respectiva ley posterior por aplicación de la regla «lex posterior», y, en segundo término, en permitírsele determinar en ciertas materias el llamado ámbito resistente a la divergencia. Este acuerdo representa verdaderamente un clásico ejemplo, en la mejor tradición federal, de un entendimiento acertado entre la Federación y los *Länder* desde una posición de igualdad.

Hasta el momento, la práctica confirma la corrección y necesidad de esta importante reforma. En total, de los cinco ámbitos abiertos a la divergencia de los *Länder* en el art. 72.3 GG, hasta hoy esta ha tenido lugar en cerca de 250 supuestos, divididos entre el derecho sobre la caza (10), la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje (161), la ordenación territorial (7), el examen de compatibilidad medioambiental (10) y la administración de las aguas (59). Es cierto que la utilización práctica de este instrumento se ha demorado mucho, tanto a causa de la moratoria del art. 125b.2 GG, como debido a la tardía actuación de la Federación en la implementación de su nueva facultad legislativa concurrente tras el fracaso del Código de Medio Ambiente. Sin embargo, desde 2010 se puede hablar de una auténtica «arremetida» de los *Länder* en el uso que han hecho de su derecho material a divergir. Tal y como se deriva de los antecedentes del correspondiente proyecto de ley, los legisladores de los *Länder* eran plenamente conscientes de su poder de divergir. De ahí que, sobre todo, trataran, inicialmente, con ayuda de este instrumento, de mantener en vigor el derecho de *Land* existente y acreditado, antes de que en un segundo paso el correspondiente derecho de *Land* fuera también reformulado desde el punto de vista de su contenido y adaptado al nuevo derecho federal. Dado que esta fase retrospectiva ya ha concluido, según todos los indicios se reducirá la necesidad de continuar divergiendo por parte de los *Länder*.

En el supuesto de las divergencias materiales existe poca coincidencia entre los *Länder*. Incluso en los casos en los que se diverge de las mismas prescripciones de derecho federal los *Länder* las más de las veces han puesto en práctica sus propias ideas. No es que no exista un modelo, es que ni siquiera parece que vayan a llegar a ningún tipo de acuerdo. Los pocos ejemplos de divergencias más o menos idénticas (por ejemplo, en relación con un acortamiento del tiempo de veda en el derecho sobre la caza, la prevalencia de la protección de la naturaleza o la anchura de la protección de los alrededores de las aguas) no pueden empañar el aspecto general de una colorida variedad de distintas modalidades de divergencias. Por lo demás, con la fijación de ámbitos resistentes a la divergencia en el art. 72.3.1.º, 2.º y 5.º GG quedó salvaguardada en el territorio federal la necesaria homogeneidad de principios y demandas suprarregionales, atendidas hasta el momento por el derecho marco.

Tras estas positivas experiencias aplicativas, la introducción de un derecho material a divergir de los *Länder* en campos en los que anteriormente ostentaba la Federación la competencia marco, solo puede ser caracterizada como plenamente exitosa. Con ello incluso se han hecho realidad tres objetivos principales de la re-

forma del federalismo: en primer lugar, representa un ejemplo de desconcentración exitosa; en segundo término, fortalece el parlamentarismo a nivel de *Land*; y, en tercer lugar, facilita la aplicación del derecho de la UE. Dado que hasta la fecha la Federación, de manera consciente y voluntaria, no ha vuelto a divergir de la regulación divergente de los *Länder*, no ha tenido lugar el temido efecto «ping-pong» entre ambos niveles de gobierno. Tampoco se le espera en el futuro. Porque las únicas nuevas divergencias de la Federación, que de momento no se han hecho realidad pero que siempre son imaginables, solo pueden resultar de una aplicación del derecho de la UE por su parte, derecho que sería vinculante para los *Länder* y que no admitiría ya ninguna ulterior divergencia.

5. En la búsqueda de objetos de regulación que pudieran ser transferidos al ámbito de la legislación exclusiva de los *Länder* (a cuyo efecto, fuera del derecho sobre la función pública, *a priori* solo entran en consideración ámbitos del catálogo de la legislación concurrente del art. 74.1 GG), la Comisión tomó como criterio de selección el principio del arraigo regional. De ese modo se encontró una vara de medir adecuada cuyos objetos de regulación con vinculación regional podían ser discutidos e identificados. El beneficio fue, sin embargo, bastante heterogéneo: abarcaba desde el cierre de locales hasta la restauración, las casas de juego, las exhibiciones de personas en espectáculos, las ferias, las exposiciones y los mercados, parte del régimen de la vivienda, las transacciones agrícolas, el régimen de arrendamientos agrícolas, la concentración parcelaria, el régimen de asentamientos humanos y el inmobiliario, hasta la protección frente al ruido derivado de determinados comportamientos.

En la implementación de estos resultados, de los que por lo demás se deriva la falsa impresión de que los *Länder* hubieran recibido solo «migajas», se muestra, sin embargo, que el criterio del arraigo regional o local ni es idóneo para fundamentar nuevas competencias de los *Länder*, separables con suficiente claridad de las restantes competencias de la Federación, ni ha servido como guía directriz en su implementación. Porque mientras que, de un lado, toda una lista de estas competencias no han sido todavía implementadas, de otro es posible encontrar regulaciones completas de todos los *Länder* (cierre de los comercios, casas de juego, protección de los no fumadores en los lugares de restauración). Por eso fue una conclusión errónea creer que de la vinculación regional de una materia también se podía derivar directamente el correspondiente interés por parte de los *Länder* en desarrollarla. Cuando una determinada materia no plantea problema alguno ni es politizable, es decir, no es capaz de despertar el interés público, entonces sencillamente no se legisla, con independencia de que la materia afectada tenga relevancia regional o nacional o de que caiga bajo la competencia de la Federación o de los *Länder*. Por eso, en el terreno relativo al cierre de los comercios o a la protección de los no fumadores, los *Länder* reaccionaron con celeridad, aprobando leyes propias, no porque considerasen que había vinculación regional, sino porque entendieron que se trataba de campos de acción relevantes desde el punto de vista de las elecciones y de los electores. Como muestra la extremadamente heterogénea implementación de cualquier competencia con presunto arraigo regional, no basta con refugiarse en la vinculación

regional para extraer de ahí la certeza de que los *Länder* también la reconocerán, convirtiéndola en el punto crucial de su actividad legislativa. Como sucede normalmente en política, aquí también es aplicable la regla: Donde no hay controversia, no hay mediación (parlamentaria).

6. A pesar de que desde distintas partes se demandaba, y al comienzo del trabajo de la Comisión todavía se tenía por posible, la supresión de las tareas comunes de los arts. 91a y b GG, finalmente el resultado no fue otro, si se prescinde de la eliminación de la construcción de centros de enseñanza superior (art. 91a.1.1.º GG), que una «adaptación» de las mismas. El fomento de la investigación y la ciencia en supuestos de alcance suprarregional, tanto fuera como dentro de los centros de enseñanza superior, así como el fomento de los edificios destinados a la investigación en los centros de enseñanza superior (incluidas las grandes instalaciones) se hicieron depender del acuerdo entre la Federación y los *Länder* (art. 91b.1 GG). Como compensación por la pérdida de la planificación de la enseñanza se llegó al acuerdo de crear una nueva tarea común para la determinación de la eficiencia del régimen educativo, cuyo desarrollo se hace depender igualmente del acuerdo entre la Federación y los *Länder*.

A diferencia de lo que sucede con las tareas comunes del art. 91a GG, para la implementación de estos supuestos de cooperación no se eligió la forma de ley, sino la del «acuerdo», a fin de garantizar que las condiciones para el cumplimiento de las obligaciones resultantes no pudieran ser impuestas a la fuerza unilateralmente por la Federación, sino que dependieran del asentimiento de todos los *Länder*. Este modelo de cooperación ya no tiene nada que ver con la imbricación de tareas, porque la cooperación de la Federación y los *Länder* en estos campos solo es un reflejo del sistema federal de separación. De ahí que en Alemania rija la máxima: Cuanto más clara sea la separación de funciones o competencias y cuanto menor la interdependencia, más cooperación habrá en el sentido de colaboración voluntaria de la Federación y los *Länder*. El reparto federal de poderes y la cooperación de la Federación y los *Länder* no son, por tanto, algo contradictorio, sino que se implican el uno al otro. Los costes de la remodelación de las tareas comunes, de acuerdo con el principio de conexión entre las tareas y los gastos (art. 104a.1 GG), los soporta en su mayor parte la Federación bajo la forma de pagos compensatorios, de conformidad con el art. 143c.1 GG en conexión con la ley de desconcentración.

7. Por último, la Reforma del Federalismo I también ha modificado sustancialmente la posición y la influencia del *Bundesrat*. Con anterioridad, una ley federal, que en contra de lo dispuesto en la regla del art. 84.1 GG también regulaba la organización de las autoridades o el procedimiento administrativo, precisaba siempre obligatoriamente el asentimiento del *Bundesrat*. Dado que esto sucedía con no poca frecuencia, el *Bundesrat* fue asumiendo paulatinamente el rol de una auténtica segunda cámara, algo a lo que nunca estuvo destinado, convirtiéndose de este modo en una especie de Gobierno adicional (*Nebenregierung*). De ahí que hubiera en el seno de la Comisión un deseo común, que pronto se transformó en uno de los objetivos nucleares de la reforma, de reducir el número de leyes necesitadas del asenti-

miento del *Bundesrat* a través de la modificación del art. 84.1 GG. Que esto se haya traducido en una reducción del porcentaje de tales leyes desde cerca del 55% en su cómputo global a menos del 40% se considera, en buena medida, todo un éxito, como se suele señalar repetidamente.

Entre los aspectos de la implementación de esta reforma tiene un especial significado el mecanismo de negociación que ha conducido a este resultado. También en este caso el ejercicio del compromiso hizo que la Federación y los *Länder* caminaran de la mano a fin de encontrar una solución para que ambas partes tuvieran más libertad de actuación y autonomía. Así, se llegó al acuerdo de que, por un lado, la Federación pudiera regular la organización de las autoridades y el procedimiento administrativo sin necesidad de contar con el asentimiento del *Bundesrat*, a cambio de que, por su parte, los *Länder* pudieran aprobar a este respecto regulaciones divergentes (art. 84.1 GG). A fin de asegurar que la Federación, en casos excepcionales, a causa de una necesidad especial de una regulación federal uniforme, pueda ignorar esas divergencias formales, lo que, por ejemplo, podría ocurrir en la práctica con la implementación del derecho de la UE, cabría prohibir la divergencia siempre que se contara de nuevo con el asentimiento del *Bundesrat* (art. 84.1 *in fine* GG). El temor a que la Federación haga un uso abusivo de esta regulación especial no se ha visto confirmado.

Lo importante para hacer una valoración de estas medidas reformistas no lo es tanto el resultado de las mismas como el principio político que las informa, basado en la unidad. Reza así: Desconcentración a través de la liberación (*Entflechtung durch Befreiung*). La Federación y los *Länder* pueden seguir su propio camino de manera independiente en la organización de las autoridades y el procedimiento administrativo, compensándolo con el en otro caso necesario asentimiento del *Bundesrat*. Cuando en supuestos especiales esto no sea posible y la Federación persista en sus prescripciones, la ley vuelve a estar necesitada del asentimiento del *Bundesrat*. De una regulación así se benefician ambas partes, dado que ambas son libres respectivamente en sus esferas para elegir la solución que consideren preferible para sí. También aquí se demuestra, por tanto, que administración propia y heteronomía (por medio del *Bundesrat*) no son cosas opuestas, sino que se complementan. De esta forma, la Federación y los *Länder* pueden elegir respectivamente aquella solución que les procure un óptimo en influencia política y que se corresponda de la mejor manera posible con sus diferentes fuerzas. Puestos a reconocer un modelo inspirador de las relaciones entre la Federación y los *Länder* después de la Reforma del Federalismo, son muy evidentes los desarrollos y las modificaciones estructurales del federalismo alemán a las que finalmente se pudo llegar.

## VI. DESARROLLOS ESTRUCTURALES Y MODIFICACIONES

La Reforma del Federalismo I ha reestructurado profundamente el orden federal en Alemania, tal y como se adivina con las 25 modificaciones de la Ley Fun-

damental y su implementación por parte de la Federación y de los *Länder*. Esos desarrollos afectan no solo a la cooperación de la Federación y los *Länder* (1) o a la manera que se coordinan estos (2), sino también a la creciente tendencia a una racionalización de la política (3). Por vez primera, en la reforma constitucional participó activamente también el Tribunal Constitucional Federal, impulsándola, así como examinando en muchos casos los ulteriores actos de implementación, exigiendo correcciones a través de sus decisiones (4). De esa forma contribuyó a que el resultado de la Reforma del Federalismo I arroajara un modelo de cooperación de la Federación y los *Länder* que resultara productivo tanto en los momentos en que ambas partes actúan de común acuerdo como en aquellos otros en que compiten entre sí, cultivando, desarrollando, concentrando y vinculando entre sí (sin llegar a «hacerlas interdependientes») las fortalezas de ambos niveles, lo que permitió la optimización de la capacidad creativa y configuradora del Estado global. A la vista de las importantes fuerzas movilizadas se puede hablar también de un federalismo «sinérgico» (5).

1. Con la Reforma del Federalismo I y el estilo abierto de deliberación desarrollado en el seno de la Comisión, la relación de la Federación y los *Länder* se ha modificado de manera permanente. La comunicación de ambos niveles entre sí se ha vuelto, en términos generales, cooperativa y considerada, esto es, menos impregnada de obstinación y «forcejeo competencial» («*Kompetenzgerangel*»). En esencia, por tres motivos: 1) el fuerte énfasis en el modelo del acuerdo; 2) la creciente predisposición de la Federación a no agotar completamente sus competencias o a establecer cláusulas abiertas para los *Länder*; y 3) al contrario que la intención de los *Länder*, hacer un uso moderado de sus facultades de divergir.

El principio del acuerdo juega, sobre todo en el caso de las tareas comunes, un rol decisivo. Mientras que las tareas comunes subsistentes, de acuerdo con el art. 91a GG, siguen siendo ordenadas por ley federal, para la totalidad de los nuevos supuestos de cooperación previstos en el art. 91b GG resultan imprescindibles los acuerdos entre la Federación y los *Länder*. El texto constitucional tampoco emplea el concepto «cooperación» («*Zusammenarbeit*»), que ya de por sí implica ciertos esfuerzos, sino de manera más discreta habla tan solo de «colaboración» («*Zusammenwirken*»), dejando así completamente abierto el grado y la intensidad de la respectiva participación. En el caso de la implementación, tal y como se ha mostrado, el modelo del acuerdo ha acreditado su eficacia. Con la creación de la Conferencia para la Ciencia y los grupos de control para la determinación de la eficiencia del régimen educativo en perspectiva internacional, vinculados a la Conferencia de Ministros de Cultura, se han creado dos instituciones extraordinariamente capacitadas que resultan indispensables al servicio de la educación y de la ciencia.

Un segundo aspecto afecta al modo en que la Federación ejercita sus nuevas competencias legislativas. Aunque la Federación, en el ámbito de su legislación concurrente, podría aprobar regulaciones completas, renuncia a ello, dejando a los *Länder* márgenes suficientes para su propia configuración. Esto sucede en parte de

manera tácita, y en parte a través de las llamadas cláusulas abiertas, de las cuales incluso la Federación en un caso, en concreto, la regulación del registro de la personas, ha hecho uso, aunque aquí la misma dispone de una competencia exclusiva.

Los *Länder* se muestran agradecidos. En la medida en que disponen del derecho a divergir, en los antecedentes de sus proyectos de ley acentúan elogiosamente la medida de la Federación y declaran por su parte que solo en casos excepcionales, y solo y en la medida en que sea necesario para el mantenimiento de su derecho ya existente, se desviarán de las prescripciones legales de la Federación. Esto es aplicable no solo a las divergencias materiales, sino también a las formales, respecto de las cuales los *Länder* solo hacen uso, la mayor parte de las veces, cuando las tareas, para cuyo cumplimiento la ley federal prevé una situación especial, pueden ser acometidas por sus autoridades ya existentes.

2. La práctica de la auto-coordinación horizontal (el llamado tercer nivel) ha recibido un nuevo impulso a través del traslado de numerosas competencias concurrentes a la legislación exclusiva de los *Länder*. Se ha vuelto a descubrir la preferencia por los proyectos modelo; los tratados y los acuerdos administrativos vuelven a estar de moda. En el caso del régimen penitenciario, incluso se ha puesto en práctica un proyecto de ley de régimen penitenciario uniforme de los *Länder* de Berlín, Brandemburgo, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein y Thüringen, en un momento en el que ya algunos de estos *Länder* habían aprobado desde hacía tiempo su propia ley de régimen penitenciario. Para la regulación de la prisión provisional fue presentado ya a la luz pública un proyecto modelo en noviembre de 2008.

En el terreno del derecho de la función pública, los *Länder* del norte de Alemania, Niedersachsen, Bremen, Hamburgo, Schleswig-Holstein y Mecklenburg-Vorpommern, confeccionaron un «proyecto de ley de la función pública de *Land*», que fue adoptado de hecho por estos *Länder* como modelo. En esta concreta ocasión pudo haberse producido la circunstancia de que con la transferencia de la competencia legislativa para regular el derecho de la función pública, incluida la remuneración y la previsión social (a excepción de los derechos y obligaciones estatutarios de los funcionarios), se diera el peligro de que *Länder* vecinos entraran en una competición por ofrecer más atractivas condiciones de trabajo, pudiendo atraer así personal cualificado. Este recelo debió de haber sido tan fuerte que este proyecto incluso fue reelaborado y rebajado por los Gobiernos de *Länder* de distinta composición político-partidista. De este modo resulta sorprendente la facilidad con que se puede cooperar incluso más allá de las fronteras partidistas.

A raíz de estas experiencias en la implementación de las nuevas competencias de los *Länder* se puede llegar, como conclusión, a una valoración de los proyectos distinta a la que en su momento hizo la Ministra de Justicia presente en la Comisión, Brigitte Zypries, que se mostró en contra de la transferencia de competencias a los *Länder* con el argumento de que si solo salieran adelante «proyectos modelo», la competencia podría dejarse directamente en manos de la Federación, ya que las leyes federales y los proyectos modelo de los *Länder* sirven, por cierto, al mismo

objetivo, a saber, el mantenimiento de un mínimo de homogeneidad del ordenamiento jurídico en el territorio federal. Con todo, tienen diferentes motivos para originarse, difieren en el grado de su vinculatoriedad y se basan en procedimientos completamente diferentes. Mientras que el origen de las leyes se debe a la voluntad política de la correspondiente mayoría de gobierno, reivindican obediencia jurídica y se perfeccionan mediante el discurso público en las deliberaciones parlamentarias, los proyectos modelo son siempre el producto de grupos de trabajo de los *Länder*, constituidos de forma políticamente heterogénea, tienen solo carácter de recomendación, y son «negociados», por regla general, a puerta cerrada. De ahí que ambas formas jurídicas no sean recíprocamente intercambiables. Cada una tiene su propia función y razón de ser.

3. Más allá de esto, la Reforma del Federalismo I ha supuesto un cambio de tendencia en el desarrollo del orden federal en Alemania, sin que se pueda prever qué efectos tendrá aún en el futuro. Desde la fundación de la República Federal en el año 1949 se ha podido verificar, en términos generales, un creciente desplazamiento de competencias legislativas de los *Länder* a favor de la Federación, al tiempo que lamentar una «erosión» del parlamentarismo de *Land*. Los ganadores de este proceso lo fueron, además de la Federación, también los Gobiernos de los *Länder*, que a través del *Bundesrat* participaron en la aprobación de la legislación federal y —en buena medida gracias a la «teoría de la unidad» del TCF— en la elevación creciente del número de leyes necesitadas del asentimiento de aquel. Regía el principio: intercambio de competencias y facultades de codecisión, que fue observado de manera inalterable como una férrea ley natural. Konrad Hesse ha descrito gráficamente este suceso en su trabajo «El Estado federal unitario» («*Der unitarische Bundesstaat*») (Karlsruhe, 1962).

Con la Reforma del Federalismo I no solo se frenó esta tendencia, sino que incluso se revirtió. Por vez primera en la historia constitucional alemana las competencias legislativas, que con el paso del tiempo fue acumulando el Estado global, han sido devueltas a los *Länder*, de conformidad el principio del art. 70 GG: «Los *Länder* tienen derecho a legislar en la medida en que esta Ley Fundamental no confiera facultades legislativas a la Federación». De ahí se deriva que, en correspondencia con las intenciones del Consejo Parlamentario, la legislación de *Land* es la regla y la legislación de la Federación, la excepción. El significado del actual cambio de curso es, a la vista de los vanos intentos anteriores, difícil de sobrevalorar. La Comisión parlamentaria del *Bundestag* sobre la «Reforma constitucional» ya lo había intentado sin éxito en 1976. La «Comisión constitucional conjunta» del *Bundestag* y el *Bundesrat* se propuso también tras la reunificación retroceder competencias a los *Länder*, pero no lo pudo conseguir ni una sola vez en el caso de la ley marco de universidades, una materia que desde su origen estaba sujeta a la responsabilidad de los *Länder*. Si ya de por sí constituye un pequeño milagro que, a la vista de los anteriores fracasos, en la Comisión sobre el Federalismo se buscaran sobre todo materias con vinculación regional, cuanto más se ha de reconocer el hecho de que esa búsqueda haya conducido a resultados considerables.

4. La enumeración de los actores implicados en la Reforma del Federalismo I sería, sin embargo, incompleta si no se hiciera referencia al Tribunal Constitucional Federal. Porque, por de pronto, con sus decisiones sobre la «imprescindibilidad» de una ley federal en el sentido del art. 72.2 GG, al menos, ha proporcionado el impulso necesario para que tuvieran lugar las negociaciones entre la Federación y los *Länder* sobre la (re)transferencia de competencias concurrentes, convirtiéndose así, consciente o inconscientemente, en una especie de «comadrona» de la Reforma del Federalismo. La Federación debía temer que los *Länder*, en caso de que no existiera disposición a negociar, recuperaran las competencias por la vía de la reclamación judicial. Los *Länder* se sintieron de nuevo animados e incluso demandaron el «derecho a intervenir» («*Zugriffsrechte*») en las competencias concurrentes asumidas hasta ahora por la Federación.

En lo sucesivo, el TCF ha vuelto a intervenir cuando la implementación de las reformas se situaba en los límites de la Constitución. Después de que la parte principal del derecho sobre la función pública fuera confiada a los *Länder*, dejando en manos de la Federación la regulación de los derechos y obligaciones estatutarios, determinó el Tribunal que el art. 33.5 GG, con la garantía de los principios convencionales de la función pública, constituye el único punto de referencia. Al *Land* de Nordrhein-Westfalen se le prohibió contratar temporalmente funcionarios con funciones directivas. La remuneración de los profesores de nivel W-2 en Hessen es demasiado baja; ni siquiera cubre el principio de manutención (*Alimentationsprinzip*).

En dos casos censuró el Tribunal las regulaciones sobre protección de los no fumadores. En una ley berlinesa se echó de menos una disposición excepcional para las pequeñas empresas que tuvieran especiales cargas económicas. La ley de Hamburgo había extendido de manera indiferenciada la prohibición de fumar a todos los centros de restauración en los que se suministrara comida. En Baviera se suspendió la aplicación de la ley reguladora del derecho de reunión porque a la vista del art. 8 GG fijaba requerimientos demasiado elevados para la organización de concentraciones. Ya en 2008 se ocupó el Tribunal, a propósito de la ley de protección de la Constitución de Nordrhein-Westfalen, del problema de la investigación *online*, fijando cuáles eran sus condiciones. La ley berlinesa sobre apertura de los comercios fue rechazada por vulnerar la regulación sobre días libres del art. 140 GG en conexión con el art. 139 de la Constitución de Weimar. Finalmente, el Tribunal retiró los límites a la obtención de información por parte de la Federación en el caso de las ayudas financieras del art. 104b.1 GG. Con todas estas decisiones el TCF se ha erigido en un severo «vigilante» de la implementación de los resultados de la reforma.

5. Si se intenta resumir en una breve fórmula los desarrollos y modificaciones estructurales llevados a cabo a través de la Reforma del Federalismo I, el «nuevo» Estado federal alemán puede ser conceptualizado como la manifestación de un «federalismo sinérgico». Bajo ese concepto se han de entender aquellas formas y procedimientos de colaboración de la Federación y los *Länder* a través de los cuales

ambos niveles se fortalecen y cuyas fuerzas se reúnen y anudan, haciéndose útiles en beneficio del Estado global. En esa medida, el federalismo «sinérgico» se diferencia del «cooperativo», sobre todo, en que los nuevos modelos y manifestaciones de la colaboración entre la Federación y los *Länder* se basan en el principio de la voluntariedad, siendo definidos a través de la Constitución o de las leyes federales. Si desde 1969 existía una cierta obligación de cooperar, la misma estaba dominada y dirigida por el principio de libertad federal. Esto afectaba, por un lado, a la implementación de las competencias nuevas o redistribuidas de acuerdo con el principio de subsidiariedad (a); en segundo lugar, a la intensificación de la colaboración de acuerdo con el principio de efectividad (b); y, en tercer término, al modo de relación y comportamiento recíproco de conformidad con el principio de lealtad (c).

a) El denominador común de todas las modificaciones de las competencias jurídico-constitucionales y de los márgenes de configuración política, desde el punto de vista de su implementación en la praxis constitucional, reza lo siguiente: tanta relación como sea necesario, tanta libertad como sea posible. Esta máxima vale de igual modo tanto para la Federación como para los *Länder*. En la medida en que la Federación sea requerida para crear condiciones de vida equivalentes en interés general o para mantener la unidad jurídica y económica en el territorio federal, con la ampliación de sus facultades legislativas exclusivas y concurrentes ha recibido las competencias que necesita. Ahora ya puede en estos campos dictar regulaciones completas a las que se encuentran vinculados los *Länder*. Y al contrario, las competencias que hayan sido regionalizadas son entregadas a la implementación de los *Länder*, dado que su alcance es limitado, y no solo admiten sino que también demandan diferenciaciones. Aquí se puede hablar de un supuesto de aplicación del principio de subsidiariedad, tal y como demuestra la implementación hasta ahora realizada de las nuevas competencias de la Federación y los *Länder*, de modo que la Federación con su renuncia competencial no ha perdido nada que pudiera regular mejor o de forma más eficaz, y los *Länder* no han ganado nada que suponga una carga demasiado pesada.

En el entretanto, esta impresión, en términos generales, se ha estabilizado, de modo que en ambos niveles se han eliminado prejuicios, sospechas y temores a competir. A ello ha contribuido de manera decisiva la aceptación por parte de la Federación de los derechos formales y materiales a divergir de los *Länder*. De esta forma se ha abierto para los *Länder* un ámbito de configuración política propia, que se suma a las nuevas competencias legislativas exclusivas y que —prescindiendo de la posibilidad de una nueva divergencia federal— queda fuera del control de la Federación. Esta circunstancia tenía efectos retroactivos sobre el ejercicio de las competencias federales, porque la Federación sabía que los *Länder*, en todo caso, podían divergir, de forma que no era ya necesario aprobar regulaciones completas carentes de lagunas, sino que con la renuncia a las disposiciones de detalle y las cláusulas abiertas se facilitaba a los *Länder* márgenes adicionales de actuación. Esta actitud conscientemente contenida de la Federación y expresamente alabada por

los *Länder* llegó a tal extremo que incluso en leyes respecto de las cuales aquella era exclusivamente competente, ha incorporado tales lagunas y cláusulas abiertas (por ejemplo, en la ley de actualización del derecho registral).

b) En el caso de todas aquellas tareas públicas para cuya realización eficaz no baste con las fuerzas de la Federación, un *Land* o todos los *Länder* juntos, las nuevas regulaciones de la Reforma del Federalismo I posibilitan la cooperación de la Federación y los *Länder* de acuerdo con el principio de efectividad. Esto tiene lugar, sobre todo, en el ámbito de la formación, afectando al fomento de la ciencia y la investigación, tanto dentro como fuera de los centros de enseñanza superior, y a la determinación de la eficiencia del régimen educativo. Justo este último ejemplo muestra que la forma de la «comunitarización» («*Vergemeinschaftung*») de las tareas se diferencia diametralmente del hasta ahora vigente tipo de las tareas comunes (en el sentido del art. 91a GG), que, en realidad, solo consistía en prever, respecto de las tareas comunes originarias, una cofinanciación por parte de la Federación. En los nuevos supuestos, la «colaboración» de la Federación y los *Länder*, de acuerdo con el art. 91b GG, consiste, por el contrario, en «auténticas» tareas comunes, respecto de las cuales no basta con que cada parte ejerza su propia competencia, sino que, en realidad, por su naturaleza, solo pueden ser cumplidas conjuntamente por ambos niveles.

El sistema educativo no es, sin embargo, de ninguna manera el único ámbito en el que la Federación y los *Länder* cooperan. Así sucede también en la ordenación territorial, los esfuerzos por que el desarrollo sea sostenible y, no por último, los asuntos de la Unión Europea. En la medida en que no haya instituciones especiales competentes para ello (*Bundesrat*, Conferencia de Ministros de Cultura, etc.) o que no sean creadas (Sociedad para la Gestión Cultural y Científica), la cooperación se basa, por regla general, en tratados o acuerdos administrativos que precisan del asentimiento de todos los afectados, diferenciándose esencialmente, por ello, de las leyes federales, en tanto que fundamentos de las tareas comunes del art. 91a GG. Esta cooperación vertical se complementa con la cooperación horizontal de los *Länder* entre sí, que ha sido intensificada por la Reforma del Federalismo I, experimentando un nuevo impulso. La creciente objeción sobre la inadmisibles «imbricación política» de la actual configuración de las tareas comunes, como si fuese una especie de «accidente laboral» del federalismo cooperativo, no afecta ya a las nuevas formas de cooperación de la Federación y los *Länder*, así como de los *Länder* entre sí, porque las tareas a cumplir no pueden ser atribuidas por separado a ningún nivel, de modo que ya no es aquí aplicable el concepto de «interdependencia». Y es que algo solo puede ser interdependiente si hubiera estado separado con anterioridad o, al menos, fuera imaginable que lo hubiera estado. Este, sin embargo, no es el caso de las nuevas tareas comunes, que de acuerdo con su naturaleza solo pueden ser entendidas en forma de cooperación de la Federación y los *Länder*, y que, desde un principio, en absoluto se podrían cumplir si estuvieran atribuidas de manera separada a uno u otro nivel.

c) Las experiencias de los distintos responsables políticos y de los funcionarios implicados en la Reforma del Federalismo I han contribuido —según constatan ex-

peritos de todos los niveles— a que se desarrolle una nueva cultura de la discusión y la comunicación entre la Federación y los *Länder*, y de estos entre sí. La intuición de que todo puede ser realizado de manera más sencilla y posiblemente incluso mejor si se va más allá de los límites espaciales y funcionales ha ganado mucho peso en los últimos años. A este respecto, la organización político-partidista de los actores solo ha jugado un rol subordinado. El fundamento de este nuevo estilo de relaciones radica en que el asunto es común y la confianza recíproca en la seriedad y lealtad de la(s) otra(s) parte(s). En esa medida, el proceso de reforma fue en sí mismo un éxito, que no se hubiera producido si tras el fracaso de la Comisión el asunto no hubiera sido retomado por la Gran Coalición.

## VII. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Con todo, aún falta comprobar si el Estado federal «sinérgico» no solo es un modelo válido para los «buenos tiempos», sino si también está acreditado cuando las condiciones no son las idóneas. Próximamente habrá ocasión de comprobar si antes del año 2019 es posible acordar una nueva ordenación de las relaciones financieras de la Federación y los *Länder*. A este respecto, deben de ser tramitados y superados simultáneamente no menos de cuatro difíciles problemas, de los cuales cada uno demanda por sí solo altísimos esfuerzos: 1) la nueva configuración del equilibrio financiero; 2) el mantenimiento del límite al endeudamiento no solo por parte de la Federación, sino también de los *Länder*; 3) la disminución de asignaciones al Pacto de Solidaridad II, junto con la cuestión relativa a las compensaciones; y 4) la asimilación de las antiguas deudas de los *Länder* receptores (*Nebmerländer*) altamente endeudados. El nuevo federalismo «sinérgico» en Alemania habría superado su primera gran prueba si, desde el consenso, también fuese capaz de afrontar con éxito estos desafíos.

\*\*\*

TITLE: *The new German federal State. The reform of Federalism I and its implementation.*

ABSTRACT: *The reform of federalism I, entered into force on 1 September 2006, represents, with its additions and modifications of 25 articles of the German Basic Law, the most profound and complete constitutional reform that have been carried out since the existence of the Federal Republic of Germany. This article discusses deeply both the process generated as the result of it.*

RESUMEN: *La Reforma del Federalismo I, en vigor desde el 1 de septiembre de 2006, representa, con sus adiciones y modificaciones de 25 artículos de la Ley Fundamental, la más profunda y completa reforma constitucional que se ha llevado a cabo desde la existencia de la República Federal de Alemania. En el presente artículo se analizan profundamente tanto el proceso generado para la reforma como el resultado de la misma.*

KEY WORDS: *reform of Federalism, German Basic Law, constitutional reform*

PALABRAS CLAVE: *reforma del federalism, Ley Fundamental de Bonn, reforma constitucional*

FECHA DE RECEPCIÓN: 10.06.2014 FECHA DE ACEPTACIÓN: 30.07.2014

