

LA POSICIÓN DEL BUNDESRAT TRAS LA REFORMA DEL FEDERALISMO

Prof. Dr. Stefan Oeter y Julia Wolff*
Traducido del alemán por María Ángeles Martín Vida

SUMARIO

- 1.- *Introducción.*
- 2.- *Posición del Bundesrat en el procedimiento legislativo.*
- 3.- *La nueva redacción del artículo 84.1.*
- 4.- *Artículo 104a.*
- 5.- *Competencias legislativas, artículos 70 y siguientes.*
- 6.- *Artículo 23.*
- 7.- *Derechos de participación del Bundesrat que no han sido modificados.*
- 8.- *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace décadas se viene discutiendo en Alemania acerca de la reforma del sistema federal. Ya en los años setenta se creó una comisión de trabajo en el Bundestag sobre cuestiones relativas a la reforma del Estado federal, cuyos resultados, sin embargo, no encontraron ninguna resonancia en la política¹. Con motivo de la reunificación se llevó a cabo en 1994 una primera, aunque más bien tímida, modificación de las normas de la Ley Fundamental relativas al reparto de competencias, cuyos resultados

* Catedrático de Derecho Público y Asistente de investigación. Universidad de Hamburgo.

¹ Cfr. con detalle al respecto OETER, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998, pp. 304 y ss.

más importantes fueron el endurecimiento de la llamada «cláusula de necesidad» del artículo 72.2 GG, y la paralela limitación de las posibilidades de uso de la legislación marco en el artículo 75.2 GG (un precepto mediante el cual toda regulación de detalle con aplicabilidad inmediata se declaró excepcional)². En los años siguientes, el Tribunal Constitucional Federal debió poner en práctica, mediante los correspondientes cambios de orientación, estos endurecimientos de los artículos 72.2 y 75.2 2 GG³. El legislador se vio, a raíz de este desarrollo, pero también por las mayorías «enemigas» en el Bundesrat, notablemente arrinconado e impulsó una nueva reforma de la Constitución del Estado federal. La Comisión del Estado Federal («Bundesstaatskommission») de los años 2004/05 habría prácticamente logrado ese resultado si no se hubiese disuelto en el último minuto por enfrentamientos sobre cuestiones de política educativa⁴.

Pero la formación de la Gran Coalición en otoño de 2005 pareció brindar una nueva oportunidad. Los partidos de la coalición suscribieron, como declaración programática en el Acuerdo de Coalición, la continuación de los esfuerzos en pro de una reforma del federalismo⁵. El 1 de septiembre de 2006 ha entrado en vigor la quincuagésimosegunda reforma de la Ley Fundamental⁶, conocida como «reforma del federalismo». Si bien de acuerdo con el título de la ley pudiera parecer que se trata en principio de una

² Cfr. sobre ambas modificaciones SANNWALD, *Die Reform des Grundgesetzes*, NJW 1994, pp. 3313 y ss.; G. SCHMIDT, *Die neue Subsidiaritätsprinzipregelung des Art. 72 GG in der deutschen und europäischen Wirtschaftsverfassung*, DÖV 1995, pp. 657 y ss.; M.D. MÜLLER, *Auswirkungen der Grundgesetzrevision von 1994 auf die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern*, 1996, pp. 51 y ss.

³ Cfr. ROZEK, en v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK: *Das Bonner Grundgesetz - Kommentar*, vol. 2, 5ª ed. 2005, Art. 75, marginales 74 y ss., y también OETER, *ibidem*, Art. 72, marginales 111 ss.; cfr. además KENNTNER, "Der Föderalismus ist (doch) justitiabel", *NVwZ* 2003, pp. 821 y ss.; FASSBENDER, "Eine Absichtserklärung aus Karlsruhe zur legislativen Kompetenzverteilung im Bundesstaat", *JZ* 2003, pp. 332 y ss.; DEPENHEUER, "Vom Bedürfnis zur Erforderlichkeit", *ZG* 2003, pp. 177 y ss.; GEIS/KRAUSNICK, "Die Neujustierung der Gesetzgebungskompetenzen", en BORCHARD/MARGEDANT (eds.), *Der deutsche Föderalismus im Reformprozess*, 2006, pp. 215, 218 y ss.

⁴ Cfr. DIETSCHKE/HINTERSEH, "Entflechtung der Gesetzgebungskompetenzen", en BORCHARD/MARGEDANT (eds.), *Der deutsche Föderalismus im Reformprozess*, 2006, pp. 11, 26 y ss.; U. MÜCH, "Bildungspolitik als föderativer Streitpunkt", en *Jahrbuch des Föderalismus 2005*, pp. 150 y ss.

⁵ «Juntos por Alemania – con valentía y humanidad», Acuerdo de Coalición entre la CDU, la CSU y el SPD, 11.11.2005, pp. 26 y siguiente.

⁶ Ley de Reforma de la Ley Fundamental (artículos 22, 23, 33, 52, 75, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 143c), BGBl. 2006, Parte I, núm. 41, p. 2034. Véase con carácter complementario la Ley de Acompañamiento a la Reforma del Federalismo, BGBl. 2006, Parte I, nº 41, p. 2098.

reforma relativamente insignificante, esta modificación de los preceptos federales en materia de reparto de competencias resulta ser, sin embargo, la reforma constitucional más importante desde la aprobación de la Ley Fundamental⁷. Objetivo declarado de la reforma era el de deshacer la maraña de competencias entre la Federación y los Länder, que se considera como un obstáculo para la democracia y para la eficiencia⁸. Por una parte, debían desenmarañarse las competencias legislativas y administrativas de la Federación y de los Länder, que se habían ido enredando notablemente a lo largo de las últimas décadas, para, de esta manera, alcanzar un mayor grado de transparencia política. Por otra parte, debía reconducirse a una medida razonable la desgraciadamente famosa «maraña política» que se había creado como consecuencia de la participación de los Gobiernos de los Länder en la legislación federal, considerablemente intensificada desde 1949⁹. Pero esto, que suena tan plausible como objetivo, por lo menos en alguna medida, es difícil de concretar en detalle. Para la tarea de la reforma constitucional había que ganarse a una fuerte mayoría de los Gobiernos de los Länder, porque la reforma de la Constitución precisaba una mayoría de dos tercios (mayoría de reforma constitucional) no sólo en el Bundestag, sino también en el Bundesrat. Los Gobiernos de los Länder no iban a dejarse comprar el voto sin recibir algo a cambio, pero eso era de esperar desde el principio.

Punto esencial de partida en los esfuerzos para desenredar las competencias legislativas lo constituía la conciencia de que la proporción de leyes que necesitan del voto favorable del Bundesrat para su aprobación («Zustimmungsgesetze») había ido creciendo considerablemente desde la fundación de la República Federal hasta alcanzar la cuota actual de más del sesenta por ciento del total de las leyes federales¹⁰, frente a la distribución inicialmente pensada entre leyes que no necesitan el voto favorable del Bundesrat para su aprobación («Einspruchsgesetze»), que habrían de constituir la regla general, y «Zustimmungsgesetze», que habrían de constituir la excepción. Si bien el legislador federal, con su práctica legislativa de

⁷ Véase también NIERHAUS/RADEMACHER, «Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle? », *LKV* 2006, p. 385.

⁸ Véase la fundamentación de la ley, BT-Drs. 16/813, p. 7.

⁹ Cfr. HÄDE, «Zur Föderalismusreform in Deutschland», *JZ* 2006, pp. 930, 932.

¹⁰ Véase la fundamentación de la ley, BT-Drs. 16/813, p. 7. Las investigaciones confirman de hecho que el porcentaje de *Zustimmungsgesetze* alcanzaba en una legislatura, como regla general, más del cincuenta por ciento, en parte incluso hasta el sesenta por ciento. Véase recientemente el análisis del Servicio de Investigación del Bundestag alemán, Georgii/Borhanian (autores), *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, WD3-37/06 y 123/06, p. 8 (en:<http://www.bundestag.de/parlament/gremien/foederalismus/wirkung.pdf>).

invadir ampliamente el ámbito de las normas de organización y procedimiento, no es del todo inocente en este desarrollo, y si bien la relación original entre regla general y excepción suponía desde el principio en cierta medida un fallo de cálculo, a la vista de las tendencias expansivas del legislador federal¹¹, lo cierto es que todos los participantes en la empresa de reformar la Constitución tuvieron desde el primer momento claro que una auténtica reforma del reparto de competencias entre la Federación y los Länder no iba a poder pasar por alto la función del Bundesrat. Para eso es demasiado importante el Bundesrat, como bisagra entre la legislación federal y la práctica ejecutiva de los Länder.

La reforma está en conexión, por consiguiente, con un conflicto permanente entre el Gobierno Federal y el Bundesrat: el conflicto acerca de la necesidad del voto favorable del Bundesrat para poder aprobar determinados proyectos de ley y la problemática a él asociada relativa al derecho de participación del Bundesrat en la legislación¹². Así pues, la reducción de los derechos de codecisión del Bundesrat se situó, junto con la redistribución de las competencias legislativas en los artículos 70 y siguientes GG, en el eje de los intentos de reforma¹³. En esencia, el legislador espera ahora de la reforma una reducción de la cuota de «Zustimmungsgesetze» de hasta el cuarenta por ciento¹⁴, lo que podría hacer suponer que la posición del Bundesrat en la estructura constitucional del Estado federal habría quedado claramente debilitada con la reforma. El objeto de la presente investigación lo constituye esencialmente la pregunta de si y en qué medida la reforma de las estructuras federales de división de competencias ha repercutido de hecho sustancialmente en la posición del Bundesrat como órgano central de participación de los Länder en la política federal.

2. POSICIÓN DEL BUNDESRAT EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Una descripción del trasfondo histórico del modelo de Bundesrat elegido por el constituyente y de su desarrollo en los últimos cincuenta años sobrepasaría con creces el marco de la presente discusión¹⁵, pero una

¹¹ Cfr. por todos OETER, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998, pp. 161 y siguiente, 469 y ss.

¹² Sobre el trasfondo y el desarrollo de este conflicto véase OETER, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998, pp. 158 y ss.

¹³ Véase la fundamentación de la ley, BT-Drs. 16/813, p. 8.

¹⁴ Véase la fundamentación de la ley, BT-Drs. 16/813, p. 14.

¹⁵ Para una visión de conjunto con numerosas indicaciones en profundidad véase KORIOTH, en v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, vol. 2, 5ª ed., 2005, Art. 50.

breve exposición de la tradicional división federal de competencias y de la posición que el Bundesrat ocupa dentro del modelo es imprescindible para comprender los objetivos de la reforma y para valorar las modificaciones adoptadas. Si uno lo mira con detenimiento, el modelo alemán de Estado federal, como muchas estructuras institucionales, se muestra extremadamente dependiente del curso histórico seguido hasta entonces, lo que limita también las opciones reales de reforma del sistema federal.

A través del Bundesrat asumen los Länder o, mejor dicho, sus Gobiernos (art. 51.1 GG) una influencia decisiva en el ejercicio del poder estatal dentro de la Federación¹⁶. Significativa y particularmente controvertida desde el punto de vista político era, y es en este sentido, sobre todo, la influencia del Bundesrat en la legislación de la Federación.

Los detalles de la legislación ordinaria se regulan en los artículos 76 y siguientes de la Ley Fundamental. Al principio se discutió en el Consejo Parlamentario de 1948 la alternativa entre adoptar el modelo alemán clásico de Bundesrat, por una parte, o un Senado de inspiración americana, por otra. Debido a la presión de los Länder se decidió finalmente adoptar el modelo tradicional de Bundesrat que, en su origen, evoca claras referencias a una Federación internacional de Estados. El precio de la insistencia en adoptar el modelo de Bundesrat fue el papel subordinado (en relación al Bundestag) del «órgano federal», que se compone de representantes de los Gobiernos de los Länder. El Bundesrat no debía tener, como el Senado de los Estados Unidos o el «Ständerat» suizo, pleno poder de codecisión en el procedimiento legislativo, sino que simplemente podría hacer valer un veto suspensivo en el procedimiento legislativo de aprobación de «Einspruchsgesetze» (concebido sistemáticamente como regla general). Es decir, el Bundesrat estaría, en el marco de la actividad legislativa, dotado sólo parcialmente de plenos derechos de consulta¹⁷. Solamente se necesita el voto favorable del Bundesrat para que una ley pueda ser aprobada en los supuestos (exhaustivos) en los que expresamente así se dispone en la Ley Fundamental. En los demás, al Bundesrat le corresponde un derecho de veto que al final el Bundestag puede superar con una determinada mayoría. La proporción de «Einspruchsgesetze» y de «Zustimmungsgesetze» tiene, pues, un significado destacado en la posición real del Bundesrat. La presunción de que la regla general establecida en la Constitución sería el

¹⁶ Cfr. KORIOTH, en v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, vol. 2, 5ª ed., 2005, «Art. 50», marginal 2.

¹⁷ Véase OETER, «Die Stellung des Bundesrates im deutschen Verfassungsgefüge», en: *Der Bundesrat im ehemaligen Preußischen Herrenhaus*, 2002, p. 169.

derecho de veto simplemente suspensivo se reveló en el transcurso del tiempo como engañosa¹⁸. De hecho, la cifra de «Zustimmungsgesetze» superó, ya en los primeros años de legislación federal, a la de «Einspruchsgesetze»¹⁹. «Coladero»²⁰ determinante de esta redistribución de pesos resultó ser sobre todo el antiguo artículo 84.1 GG, que prevé la necesidad del consentimiento del Bundesrat para el supuesto de que, en el contexto de la ejecución de leyes federales como tarea propia de los Länder, el legislador federal quiera regular por sí mismo, haciendo caso omiso del principio de la competencia administrativa de los Länder, la organización de las autoridades y el procedimiento administrativo. Y es que esa «competencia administrativa» de los Länder engloba en principio también el derecho de éstos de poder regular como competencia propia la organización y el procedimiento administrativos, incluso cuando se trata de ejecutar leyes federales.

En total, con la antigua regulación, la proporción de «Zustimmungsgesetze» fue, como media de los procedimientos legislativos, de más del cincuenta por ciento²¹. El Bundesrat alcanzó claramente de esta manera mayor significación y más influencia de la que el constituyente al principio se había figurado²². No hay que exagerar la interpretación de este resultado: el constituyente puede también equivocarse alguna vez en las consecuencias de determinadas conformaciones institucionales, como ha ocurrido con la frecuencia proporcional de «Einspruchsgesetze» y «Zustimmungsgesetze». El amargo despertar en la etapa siguiente de los primeros ensayos prácticos de la nueva Constitución resultó ser, de esta manera, inevitable. El malestar así alimentado de los políticos federales y constitucionales, orientados en su mayoría en una dirección unitarista, generó bien pronto considerables críticas al papel del Bundesrat, valorado como exagerado. Ya en la primera legislatura se mostraron masivas divergencias entre el Gobierno federal y el Bundesrat, y también entonces se criticó en parte la «cierta posición de oposición»²³ del Bundesrat. Esta crítica no se ha

¹⁸ Cfr. H. SCHÄFER, *Der Bundesrat*, 1955, p. 87; H. SCHNEIDER, *Die Zustimmung des Bundesrates zu Gesetzen*, DVBl. 1953, p. 257.

¹⁹ Véase GEORGI/BORHANIAN, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, WD3-37/06 y 123/06 (*supra*, nota a pie 10), p. 8.

²⁰ H. SCHNEIDER, *Die Zustimmung des Bundesrates zu Gesetzen*, DVBl. 1953, p. 257.

²¹ Véase GEORGI/BORHANIAN, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, WD3-37/06 y 123/06 (*supra*, nota a pie 10), pp. 1, 40 ss.

²² Más referencias en KORIOH, en v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, vol. 2, 5ª ed., 2005, Art. 50, marginal 30.

²³ Véase al respecto OETER, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998, p. 158.

calmado en el transcurso de las más de cinco décadas de práctica constitucional de la República Federal, sino que casi podría decirse que se ha agudizado todavía más. Hoy se califica con frecuencia de manera crítica al Bundesrat de «oposición federal diferida»²⁴, «órgano permanente de veto»²⁵ o «instrumento de bloqueo»²⁶. En estos calificativos resuena claramente el reproche formulado desde los años setenta²⁷ de que el Bundesrat es objeto de una creciente instrumentalización²⁸ de cara a la satisfacción de los intereses partidistas de los partidos minoritarios en la Federación y de que se ha convertido en el «ancla institucional de la oposición parlamentaria a nivel federal»²⁹. También resuena en las manifestaciones peyorativas acerca del papel del Bundesrat la asimismo vieja conocida imputación de que el Bundesrat practica una política de bloqueo y de expansión de sus propias competencias. Pero ninguno de estos dos reproches resiste apenas una consideración más detallada y habrían de ser más bien calificados de retórica política³⁰. No es posible por lo menos confirmar empíricamente una preponderancia en el Bundesrat de la política de partidos frente a los intereses institucionales de los Länder, preponderancia que se manifiesta solamente en supuestos excepcionales de votaciones de elevada carga política³¹. Por lo demás, precisamente por la responsabilidad a que los miembros del Bundesrat están sujetos ante los Parlamentos de los Länder, tampoco deberían ser inadmisibles decisiones del Bundesrat motivadas por la política de partidos³². El reproche de que el Bundesrat practica una política

²⁴ MEYER, en su opinión como experto en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del Bundestag los días 15 y 16 de mayo de 2006, p. 10. Todas las opiniones de los expertos en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del Bundestag de los días 15 y 16 de mayo de 2006 han sido publicadas en la página de internet: http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/foederalismusreform/Anhoerung/01_Allgemeiner_Teil/Stellungnahmen/.

²⁵ GEORGII/BORHANIAN, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, Estudios del Servicio de Investigación del Bundestag alemán WD3-37/06 y 123/06 (*supra*, nota a pie 10), p. 8.

²⁶ STÜNKER, "Ist der Bundesrat ein Störfaktor?" Pro & Contra, ZRP 2005, p. 279.

²⁷ Sobre la creciente polarización del sistema de partidos y referencias a las posiciones de entonces véase OETER, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998, pp. 322 ss.

²⁸ Véase de forma expresa recientemente, con más referencias, NIERHAUS/RADEMACHER, "Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle?" LKV 2006, pp. 386 y siguiente.

²⁹ Cfr. P.M. HUBER, *Deutschland in der Föderalismusfalle?*, 2003, p. 3.

³⁰ Véase también KORIOTH, en v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, vol. 2, 5ª ed., 2005, Art. 50, marginal 18.

³¹ KÖNIG/BRÄUNINGER, "Wie wichtig sind die Länder für die Politik der Bundesregierung bei Enspruchs- und Zustimmungsgesetze?" ZParl 1997, pp. 605 ss.

³² En este sentido también KORIOTH, en v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, vol. 2, 5ª ed., 2005, Art. 50, marginal 18.

de bloqueo y de expansión de sus propias competencias ignora, además, el hecho de que el incremento de los derechos de participación del Bundesrat es, en esencia, culpa del propio legislador federal; radica, en concreto, en la legislación de la Federación que invade, sobre la base del antiguo artículo 84.1 GG (que ha sido, siempre y ante todo, un producto de las tendencias unitaristas en la práctica constitucional de la República federal³³) la esfera administrativa. Desde la perspectiva de los Länder, la participación decisiva del Bundesrat en la conformación material de las leyes, percibida desde el ángulo de la política federal sobre todo como de bloqueo y de extralimitación de competencias, se muestra más como reacción a las cada vez mayores ambiciones reguladoras de la Federación que como despliegue de los egoísmos «particulares» de los Länder.

Aunque así se pueda desvirtuar ampliamente el reproche de una actitud de bloqueo por parte del Bundesrat motivada por intereses partidistas, lo cierto es que no se podía negar el efecto obstaculizador de la maraña competencial existente entre la Federación y los Länder. El Estado federal alemán está atrapado en una estructura de un enredo político extremo, en el que cada nivel no puede apenas actuar ya de manera independiente, sino que cada vez se necesita el consenso de los más importantes de los otros actores a nivel federal y a nivel de Land. Es por eso que también los autores que reconocen el significado fundamental del Bundesrat como institución y que no le echan la culpa sólo a él de los desarrollos expuestos en la relación entre la Federación y los Länder han exigido, con razón, que se desenreden las competencias y que se reduzca el número de «Zustimmungsgesetze»³⁴.

A continuación se expondrán las modificaciones de la Ley Fundamental esenciales para la función de colaboración del Bundesrat y se indagará acerca de sus efectos. Además, se echará un breve vistazo a aquellas disposiciones relevantes en materia de colaboración del Bundesrat que no se han modificado.

³³ En este sentido recientemente también IPSEN, *Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle*, NJW 2006, pp. 2801, 2802; véase ya en su momento K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, 1962, pp. 22 y siguiente; además OETER, *Integration y Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998, p. 161, con más referencias.

³⁴ Véase KORIOH, en v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, vol. 2, 5ª ed., 2005, Art. 50, marginal 33.

3. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 84.1

Como ya se ha mencionado, el artículo 84.1 GG representa el supuesto de hecho central del que se derivan los, con mucho, más frecuentes casos de necesidad del voto favorable del Bundesrat para la aprobación de concretos proyectos de ley. El artículo 84 GG se refiere a la configuración de la Administración propia de los Länder cuando se trata de ejecutar leyes federales. En la práctica constitucional de las últimas décadas, la necesidad de contar con el voto favorable del Bundesrat para la aprobación de una ley se ha basado empíricamente en más de la mitad de los casos en la regla del artículo 84.1 GG (en su antigua redacción)³⁵. De ahí se derivó el deseo de todas las Comisiones a las que se encargó la reforma del sistema federal –y al final también del legislador reformador de la Constitución- de reducir la cuota de «Zustimmungsgesetze», fundamentalmente mediante una reconfiguración del supuesto de hecho más importante determinante de la necesidad del voto favorable del Bundesrat para la aprobación de leyes³⁶.

3.1. Antiguo tenor

De acuerdo con el antiguo artículo 84.1 GG, el poder de organización en el ámbito de la Administración recaía fundamentalmente sobre los Länder. Si bien el legislador federal estaba expresamente autorizado por la Ley Fundamental para atraer hacia sí esta competencia reguladora, es decir, para adoptar mediante ley federal reglas sobre la organización administrativa y sobre el procedimiento administrativo, necesitaba para ello el voto favorable del Bundesrat.

Como ya se ha mencionado, la Federación tendió a agotar en su contenido la autorización para la adopción de reglas en materia de organización y procedimiento, y a regular, junto a las cuestiones jurídico-materiales, también el procedimiento administrativo³⁷. El incremento, asociado a ello, de las leyes federales necesitadas para su aprobación del voto favorable del Bundesrat se vio todavía más reforzado con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal en los años sesenta y setenta. De acuerdo con la llamada «tesis de la unidad», una ley federal precisa como un todo el

³⁵ Véase, para las legislaturas décimocuarta y décimoquinta, GEORGII/BORHANIAN, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, WD3-37/06 y 123/06 (*supra*, nota a pie 10), pp. 40 y siguiente.

³⁶ Véase la fundamentación de la ley, BT-Drs. 16/813, pp. 8 y 14.

³⁷ Cfr. HÄDE, «Zur Föderalismusreform in Deutschland», *JZ* 2006, pp. 930 y 934.

voto favorable del Bundesrat para ser aprobada incluso cuando sólo una de las normas contenidas en la ley se encuadre materialmente en el ámbito de normas que exigen el voto favorable del Bundesrat³⁸. Con ello se extendió la necesidad del voto favorable del Bundesrat del artículo 84.1 GG (pensada en realidad, según la intención original del constituyente, sólo para normas relativas a la organización administrativa y al procedimiento administrativo) a toda la regulación jurídico-material de la ley en cuestión. Este cambio de dirección del Tribunal Constitucional Federal ha sido muy criticado, pero un análisis más detenido muestra que, en gran medida, pocas alternativas hay³⁹.

En conjunto, es posible sostener que las ambiciones reguladoras del legislador federal (ampliamente invasivas) y la interpretación extensiva que ha hecho el Tribunal Constitucional Federal de la disposición del artículo 84.1 GG, condujeron en definitiva a una participación reforzada del Bundesrat en la legislación federal⁴⁰. La posición jurídico-procedimental de veto que se le asignó al Bundesrat en la práctica legislativa federal le dio, de hecho, la posibilidad de influir también, por medio del antiguo artículo 84.1 GG, en la configuración material de las leyes.

3.2. Nueva redacción

También de acuerdo con la nueva redacción les sigue correspondiendo fundamentalmente a los Länder la potestad organizativa (nuevo art. 84.1 GG). La Federación puede también todavía regular por sí misma, mediante una ley federal, la organización administrativa (el «establecimiento de las autoridades») y el procedimiento administrativo (nuevo art. 84.1.2 GG). Para ello ya no necesita, sin embargo, el voto favorable del Bundesrat, siempre que la Federación se resigne a que los Länder puedan adoptar normas que se aparten de la legislación federal (nuevo art. 84.1.2 GG). La competencia federal para la regulación de la organización de las autoridades y del procedimiento administrativo queda a expensas de que los Länder hagan en cualquier momento uso de su derecho de intervención en este ámbito⁴¹. La

³⁸ BVerfGE 55, 274, p. 237; sobre el desarrollo reciente de esta jurisprudencia véase Wernsmann, *Reichweite der Zustimmungsbefähigung von Gesetzen im Bundestat*, NVwZ 2005, pp. 1352 y ss.

³⁹ OETER, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998, pp. 159 ss. (con más referencias bibliográficas).

⁴⁰ Sobre las críticas a este desarrollo, cfr. por todos, por ejemplo, P.M. HUBER, *Deutschland in der Föderalismusfrage?*, 2003, p. 28.

⁴¹ Cfr. DEGENHART, "Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfrage?" *LKV* 2006, pp. 385, 392 y siguiente.

Federación, por su parte, no se ve en cualquier caso obstaculizada para hacer a continuación uso de nuevo de su competencia según el artículo 84.1.1 GG, y desplazar a los Länder otra vez, con la ayuda de la regla de la prioridad temporal, del terreno legislativo, una posibilidad que a continuación se les ofrece a su vez también a los Länder. Al peligro de un «juego de ping-pong» entre el legislador federal y el legislador a nivel de Land⁴² se ha intentado hacer frente haciendo que las leyes federales que se aprueben sobre la base del artículo 84.1.1 GG entren en principio en vigor seis meses después de su promulgación, lo que abriría a los Länder, justo a tiempo antes de que la legislación federal entre en vigor, la posibilidad de adelantarse a su vez al legislador federal con normas de Derecho de los Länder que se aparten de aquélla⁴³.

«En supuestos excepcionales», es decir, en caso de una indiscutible «necesidad de una regulación federal unitaria», puede la Federación regular el procedimiento administrativo (pero no el establecimiento de las autoridades) sin que los Länder tengan la posibilidad de apartarse de esa normativa, para lo que la ley necesita entonces el voto favorable del Bundesrat (nuevo art. 84.1.5 y 6 GG). Esta posibilidad debería también poner límites a una competencia dañina entre el legislador federal y el legislador del Land⁴⁴. De todos modos, en qué medida los Länder van a hacer en el futuro efectivamente uso de su derecho de legislar apartándose de la legislación federal es algo que está en el aire. Por lo menos, es posible calificar de improbable el tan cacareado «juego de ping-pong» entre el legislador federal y el legislador a nivel de Land. La mayoría de los legisladores de los Länder estarán con frecuencia satisfechos con las normas federales de organización y procedimiento y, en consecuencia, no pensarán en absoluto regular por sí mismos, es decir, apartándose de la normativa correspondiente de Derecho federal, y de manera autónoma cuestiones relativas a la organización administrativa o al procedimiento administrativo. En numerosos supuestos lo más probable es que sólo algún legislador puntual de un Land adopte una regulación propia; la mayoría de los legisladores de los Länder, por el contrario, permanecerán a la sombra de la legislación federal. Sólo en un número pequeño de casos se llegará, por experiencia, a una

⁴² Cfr. en este sentido HÄDE, “Zur Föderalismusreform in Deutschland”, *JZ* 2006, pp. 930, 934.

⁴³ Cfr. J. IPSEN, “Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle”, *NJW* 2006, pp. 2801, 2805; HÄDE, “Zur Föderalismusreform in Deutschland”, *JZ* 2006, pp. 930, 934.

⁴⁴ Cfr. HÄDE, “Zur Föderalismusreform in Deutschland”, *JZ* 2006, pp. 930, 934.

sustitución completa del Derecho federal relevante por Derecho de los Länder que se aparte de él.

Si bien con esta nueva formulación del artículo 84 GG aumenta la probabilidad de que en el futuro haya que operar en mayor medida con fenómenos de «Derecho federal particular», perdiéndose en consecuencia la unidad y la claridad de las formas actuales de regulación federal, lo cierto es que el legislador federal espera conseguir con esta nueva regulación una clara reducción del número de supuestos en los que es necesario el voto favorable del Bundesrat para aprobar una ley federal, que se rebajarían, según estimaciones, del actual más del sesenta por ciento a algo más del treinta y cinco o cuarenta por ciento en el futuro⁴⁵. En la medida que en el futuro desaparezca la posibilidad de emplear el voto favorable imprescindible del Bundesrat en los supuestos del antiguo artículo 84.1 GG, como resorte para conseguir, en el marco de negocios políticos de compensación, ventajas políticas en otros ámbitos, debería reducirse notablemente, como consecuencia, el número de procedimientos en los que se acude a la Comisión de Mediación entre el Bundestag y el Bundesrat⁴⁶.

3.3. Valoración

A pesar de estos evidentes efectos positivos, la nueva regulación del artículo 84.1 GG fue, ya en el procedimiento de aprobación de la ley de reforma, criticada desde diversos puntos de vista⁴⁷. Sobre todo se arguyó reiteradamente en contra del derecho de los Länder de apartarse de la normativa federal del nuevo artículo 84.1.2 GG, el temor a un fraccionamiento jurídico. Pero decisiva para la valoración jurídico-política debería ser la pregunta de si con la nueva formulación disminuye efectivamente la proporción de leyes federales necesitadas del voto favorable del Bundesrat para su aprobación y si la influencia del Bundesrat en la legislación federal va a disminuir, porque, en definitiva, éste es el objetivo central de la reforma, y hay buenas razones para valorar como mucho más importantes los efectos positivos de este esperado «desenmarañamiento» que las quejas, en última instancia muy emocionales, sobre el «fraccionamiento jurídico» y la poca claridad regulatoria⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. BT-Drs. 16/813, pp. 14 y siguiente.

⁴⁶ Cfr. J. IPSEN, "Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle", *NJW* 2006, pp. 2801, 2805.

⁴⁷ Véanse por todas las opiniones vertidas, en calidad de expertos, en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* los días 15 y 16 de mayo de 2006 (*supra*, nota a pie 24) de MEYER, pp. 5 ss.; SCHARPF, pp. 2 ss.; y PESTALOZZA, pp. 3 ss.

⁴⁸ Cfr. por ejemplo HÄDE, "Zur Föderalismusreform in Deutschland", *JZ* 2006, pp. 930, 934.

En primer lugar se puede sostener que, al contrario de lo que ocurría anteriormente, ahora se pueden aprobar leyes federales que incluyan normas en materia de organización o procedimiento administrativos sin necesidad de contar con el voto favorable del Bundesrat. Si bien la supresión de la necesidad del voto favorable del Bundesrat se basa en una renuncia de la Federación a poder aprobar en este ámbito regulaciones que sean en última instancia auténticamente vinculantes⁴⁹, lo cierto es que, como afirman algunos no sin parte de razón, este resultado que evita ampliamente la necesidad del voto favorable del Bundesrat ya se podría haber conseguido, con el precio de una renuncia de la Federación a reglas vinculantes, bajo la vigencia del régimen jurídico anterior. Con razón se destaca que la Federación ya estaba facultada, bajo la anterior situación jurídica, para renunciar a la adopción de reglas procedimentales y, de esta manera, evitar la necesidad del voto favorable del Bundesrat para la aprobación de leyes federales⁵⁰. Las denunciadas posibilidades de bloqueo del Bundesrat podrían, por tanto, haberse evitado mediante la no regulación de contenidos procedimentales o, al menos, mediante la separación admisible entre ley material y ley de procedimiento. Pero no hay que olvidar en este punto una diferencia decisiva entre el antiguo y el nuevo tenor del artículo 84 GG. Bajo la antigua redacción, el legislador federal tenía que abstenerse por completo de cualquier regulación de la organización o el procedimiento administrativos para eludir la necesidad del voto favorable del Bundesrat. Esto lleva consigo, sin embargo, en muchos casos, enormes dificultades, porque las normas materiales, las de procedimiento administrativo y las de organización administrativa están legislativamente en una estrecha relación de interdependencia. Si el legislador quiere asegurarse de que los objetivos materiales de la norma se alcancen efectivamente no podrá evitar, normalmente, tener que plantearse cuestiones relativas al procedimiento administrativo o a la organización administrativa. Pero si el legislador federal quería hasta ahora plasmar el resultado de estas reflexiones en la ley y proporcionarles a los Länder de esta manera pautas para asegurar una ejecución adecuada, terminaba irremediablemente necesitando el voto favorable del Bundesrat para la aprobación de la ley correspondiente. Prácticamente inevitable resultaba la necesidad del voto favorable del Bundesrat según el (antiguo)

⁴⁹ Véase la opinión de SCHARPF, p. 2, en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del Bundestag de los días 15 y 16 de mayo de 2006 (*supra*, nota a pie 24).

⁵⁰ Véanse las opiniones de SCHARPF, p. 2, y PESTALOZZA, p. 3, marginal 13, en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del Bundestag de los días 15 y 16 de mayo de 2006 (*supra*, nota a pie 24).

artículo 84.2 GG con frecuencia en los casos de transposición de Directivas comunitarias, porque las Directivas más recientes suelen incluir, cada vez más, reglas de procedimiento. La escisión de la transposición de estas Directivas en una parte material, que se le habría asignado al legislador federal, y una parte procedimental, de la que habrían sido responsables los legisladores de los Länder, no resultaría al final apenas practicable por lo artificial de la división, sin olvidar los considerables problemas de tiempo y de coordinación que habría ocasionado una escisión de esta naturaleza.

El nuevo tenor del artículo 84.1 GG evita en gran medida estas dificultades⁵¹. El legislador federal puede ahora plasmar sin problemas en forma de ley sus ideas acerca de la conexión objetiva entre normas materiales, Derecho procedimental y organización de las autoridades, sin por ello caer a la vez en la trampa de la necesidad del voto favorable del Bundesrat. Lo mismo vale para la rápida transposición de directivas, en la medida en que éstas incluyan reglas de procedimiento; una división de la regulación entre Federación y Länder ya no es necesaria y se reduce el tiempo que necesita el legislador federal porque en estos casos, en principio, ya no será necesario acudir a la Comisión de Mediación entre el Bundestag y el Bundesrat⁵². Con frecuencia aceptarán los Länder (o, por lo menos, la mayoría de los Länder) esta normativa federal sin reducciones, siempre que la regulación sea convincente desde el punto de vista jurídico-político y de la práctica administrativa⁵³. Pero si la Federación se atraviesa en el camino de algún Land con normas sobre el procedimiento y la organización, a la vista, por ejemplo, de modelos de organización o de reforma administrativa específicos de la política de ese Land, o si ignora sencillamente las tradiciones procedimentales u organizativas de Länder concretos, es justo que se le dé la oportunidad al legislador del Land de modificar el modelo general del legislador federal a la vista de las especialidades particulares de ese Land⁵⁴. La Administración es al final el auténtico ámbito nuclear, el «*proprium*» de la política a nivel de Land, y con ese trasfondo debería serles posible a los legisladores y Gobiernos de los Länder perseguir modelos homogéneos para el ámbito de la Administración del Land.

⁵¹ Cfr. la valoración decididamente positiva de la reforma en la opinión de P.M. HUBER, en el marco de la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* de los días 15 y 16 de mayo (*supra*, nota a pie 24), pp. 8 y ss.

⁵² Cfr. la opinión de P.M. HUBER en el contexto de la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* de los días 15 y 16 de mayo (*supra*, nota a pie 24), p. 9.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Cfr. J. IPSEN, "Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle", *NJW* 2006, pp. 2801, 2805.

Desde esta perspectiva, resulta demasiado pesimista la presunción de que la Federación evitará de hecho, también con la nueva normativa, con su insistencia en las normas vinculantes, que se llegue a una reducción del número de «Zustimmungsgesetze»⁵⁵. Esos temores no tienen, por un lado, en cuenta que la (co-)regulación del procedimiento administrativo obedecía a menudo en esencia a puras razones de práctica legislativa, ubicadas en la lógica objetiva de la materia normativa concreta, es decir, que para el legislador no se trataba en absoluto de controlar a los Länder⁵⁶. Además, no es posible prever por ahora en qué medida la Federación verá en la futura práctica legislativa motivos para implantar la vinculación de sus normas con carácter definitivo, excluyendo la posibilidad de los Länder de apartarse de la normativa federal, para lo que necesita el voto favorable del Bundesrat. El legislador federal será razonablemente más bien reacio a hacer uso de esta variante reguladora y se conformará por regla general con una regulación sencilla, a no ser que los Länder hagan un uso excesivo de la posibilidad de apartarse, mediante leyes propias, de la legislación federal y con ello destruyan notoriamente el modelo (normativo) político del legislador federal.

Quedaría todavía, sin embargo, una cuestión absolutamente abierta: la de en qué medida y con qué alcance harán los Länder efectivamente uso de su derecho a apartarse de la legislación de la Federación⁵⁷. En algunos Länder ello es más bien improbable, por falta de medios del aparato legislativo y por falta de los recursos burocráticos pertinentes. El margen de actuación en el diseño del procedimiento está, además, de todos modos, constitucionalmente limitado, con lo cual con frecuencia no será posible en absoluto que los Länder se aparten en aspectos esenciales de la legislación federal. La Federación, a su vez, no querrá excluir que los Länder puedan apartarse de su legislación en cuestiones no esenciales si el elevado precio que hay que pagar por ello es la necesidad de contar con el voto favorable

⁵⁵ Escéptico por el contrario Scharpf en su opinión en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* de los días 15 y 16 de mayo (*supra*, nota a pie 24), pp. 2 y siguiente; respecto al margen de valoración de la Federación en el caso de la regulación excepcional véase NIERHAUS/RADEMACHER, “Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfaulle?”, *LKV* 2006, p. 393.

⁵⁶ Con referencia a la difícil delimitación entre normas procedimentales y normas jurídico-materiales véase GEORGII/BORHANIAN, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, Estudios del Servicio de Investigación del *Bundestag* alemán, WD3-37/06 y 123/06 (*supra*, nota a pie 10), p. 20.

⁵⁷ En este sentido también GEORGII/BORHANIAN, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, WD3-37/06 y 123/06 (*supra*, nota a pie 10), pp. 21 y siguiente.

del Bundesrat para poder aprobar la ley federal. En esta medida hay que contar, en principio, con que la nueva regulación del artículo 84.1 GG pueda conducir, efectivamente, a una reducción del número de leyes que necesitan del voto favorable del Bundesrat para ser aprobadas y con que se limitarán considerablemente los derechos de participación del Bundesrat, lo que podría llevar a un incremento de la eficiencia del procedimiento legislativo (sobre todo desde el punto de vista del tiempo) y a una mayor transparencia de los procesos de decisión⁵⁸.

4. ARTÍCULO 104A

El artículo 104a GG regula el reparto, esencial para el ordenamiento del Estado Federal, de tareas administrativas entre la Federación y los Länder. En este punto rige el principio de que la Federación y los Länder tienen que soportar por separado los costes que conlleve el cumplimiento de sus respectivas tareas (art. 104a.1 GG). Excepciones a este principio se aplican a la Administración de los Länder que ejecuta tareas federales por encargo de la Federación («Auftragsverwaltung», apartado 2), a las leyes federales que concedan prestaciones dinerarias y cuya ejecución corresponda a los Länder («Geldleistungsgesetze», apartado 3, completado en la nueva redacción por el apartado 4), así como a la competencia para la concesión de ayudas financieras (antiguo apartado 2, nuevo artículo 104b). En relación a los derechos de codecisión del Bundesrat se ha producido aquí una reforma esencial de la Constitución respecto a la regulación excepcional aplicable a las leyes de concesión de prestaciones dinerarias que, a la vista de los peligros de posibles desplazamientos de gastos de la Federación a los Länder, contiene ahora obstáculos notablemente mayores para el legislador federal.

4.1. Antigua redacción

Para leyes de la Federación que preveían la concesión de prestaciones dinerarias pero que habían de ser ejecutadas por los Länder existía la posibilidad, según el artículo 104a.3.1 GG, de trasladar, en todo o en parte, a la Federación la obligación de soportar los costes. Por «prestación dineraria» se entienden en este contexto simplemente las concesiones dinerarias procedentes de medios públicos, sin que se incluyesen las prestaciones en

⁵⁸ Véase también IPSEN, «Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle», *NJW* 2006, p. 2805.

especie en la posibilidad de desplazamiento de la obligación de soportar los gastos⁵⁹. En la medida en que las llamadas «leyes de prestaciones dinerarias» supusiesen para los Länder una carga de una cuarta parte de los gastos era imprescindible el voto favorable del Bundesrat para su aprobación (antiguo art. 104a.3.3 GG). La necesidad del voto favorable del Bundesrat del antiguo artículo 104a.3.3 GG no alcanzaba a las prestaciones en especie⁶⁰.

4.2. Nueva redacción

De acuerdo con la nueva redacción, se mantiene para las prestaciones dinerarias (y en concreto, sólo para éstas) la posibilidad de trasladar los costes a la Federación (art. 104a.3.1 GG, no modificado). El supuesto de hecho de la necesidad del voto favorable del Bundesrat ha sido, no obstante, considerablemente ampliado. Ahora necesitan el voto favorable del Bundesrat para su aprobación, según el nuevo artículo 104a.4 GG, todas las leyes federales que vayan a ser ejecutadas por los Länder y que prevean la concesión de prestaciones dinerarias, prestaciones en especie evaluables en dinero y prestaciones comparables de servicios frente a terceros, siempre que para los Länder se deriven gastos de las previsiones legales. La necesidad del voto favorable del Bundesrat alcanza ahora, por tanto, también a prestaciones en especie, con lo que se vincula, pues, a todo tipo de costes que tengan que soportar los Länder y que vengan motivados por leyes federales, con independencia de cómo de elevada resulte ser la proporción de los gastos que han de soportar los Länder⁶¹. En definitiva, las únicas leyes federales que no necesitan el voto favorable del Bundesrat son aquellas que prevean la completa asunción de los gastos por la Federación. Siempre que de la ley resulten gastos de ejecución para los Länder, independientemente de la cantidad y del tipo de gasto, se necesitará en el futuro el voto favorable del Bundesrat.

4.3. Valoración

La extensión del supuesto de hecho de la necesidad del voto favorable del Bundesrat debe garantizar la posibilidad de participación de los Länder en la creación o en la imposición de nuevas obligaciones financieras que

⁵⁹ MAUNZ, en MAUNZ/DÜRIG, "Grundgesetz, Art. 104a", marginal 33; cfr. también HÄDE, "Finanzausgleich – Die Verteilung der Aufgaben", *Ausgaben und Einnahmen im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union*, 1996, pp. 305 y ss.

⁶⁰ MAUNZ, en MAUNZ/DÜRIG, "Grundgesetz, Art. 104a", marginal 33.

⁶¹ Cfr. HÄDE, "Zur Föderalismusreform in Deutschland", *JZ* 2006, pp. 930, 935.

hayan de soportar los Länder de una forma ahora notablemente más amplia⁶², y con ello compensar en el fondo la supresión de la necesidad del voto favorable del Bundesrat en el nuevo artículo 84.1 GG⁶³. La nueva regulación podría, en todo caso, volver a elevar de manera no precisamente insignificante la proporción de leyes necesitadas del voto favorable del Bundesrat que la nueva redacción del artículo 84.1 GG ha reducido. Respecto a las prestaciones en especie son más que previsibles nuevas posibilidades de bloqueo y negocios de compensación política⁶⁴. Para prestaciones en especie rige, a falta de una regulación especial, el artículo 104a.1 GG. En contra de lo que ocurre con las prestaciones dinerarias, las prestaciones en especie no podrán, por tanto, ser asumidas por la Federación. Los Länder no pueden, pues, con su nuevo derecho de voto favorable a través del Bundesrat del artículo 104a.4 GG, lograr la asunción por la Federación de las prestaciones en especie, sino que podrían como mucho impedir la ley como tal⁶⁵. En esto descubren los críticos, no sin parte de razón, una vía potencial de entrada para negocios de intercambio⁶⁶ y para bloqueos mutuos de la mayoría de Gobierno y de la mayoría en el Bundesrat⁶⁷. De esta regla no se puede esperar, en cualquier caso, que contribuya a desenmarañar la estructura competencial; al contrario: el sistema de financiación, que, por lo demás, no se ha modificado esencialmente, amenaza en este punto con paralizar todavía más la política de la Federación⁶⁸. Que este preocupante desarrollo, que apunta hacia un sistema financiero de la Federación y los Länder completamente falto de transparencia, pueda ser contrarrestado mediante la creación de nuevos supuestos de leyes que hayan de ser aprobadas con el voto favorable del Bundesrat podría contabilizarse más bien bajo la rúbrica de las «mentiras existenciales e ilusiones» del federalismo alemán, aunque sea cierto que tiene plenamente sentido desde el punto de vista constitucional proteger a los Länder frente a una

⁶² Véase la fundamentación de la ley, BT-Drs. 16/813, p. 8.

⁶³ Véase MÖLLERS en su opinión como experto en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* los días 15 y 16 de mayo de 2006 (*supra*, nota a pie 24), p. 3.

⁶⁴ Véanse las opiniones como expertos en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* los días 15 y 16 de mayo de 2006 (*supra*, nota a pie 24) de Meyer, pp. 7 y siguiente, y SCHARPF, p. 5.

⁶⁵ Cfr. HÄDE, "Zur Föderalismusreform in Deutschland", *JZ* 2006, pp. 930, 935.

⁶⁶ MEYER, en su opinión como experto en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* los días 15 y 16 de mayo de 2006 (*supra*, nota a pie 24), p. 9.

⁶⁷ SCHARPF, en su opinión como experto en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* los días 15 y 16 de mayo de 2006 (*supra*, nota a pie 24), p. 5.

⁶⁸ OETER, "Die Stellung des Bundesrates im deutschen Verfassungsgefüge", en: *Der Bundesrat im ehemaligen Preußischen Herrenhaus*, 2002, p. 179.

política de atribución sistemática de costes y que habría que educar en cierta medida a la Federación cuando se dedica a repartir regalos a costa de terceros⁶⁹.

5. COMPETENCIAS LEGISLATIVAS, ARTÍCULOS 70 Y SIGUIENTES

La reordenación de las competencias legislativas tiene efectos en ciertamente escasa medida sobre la posición del Bundesrat. Por eso se renuncia en este lugar a hacer una exposición detallada de las numerosas modificaciones⁷⁰.

Los puntos estructuralmente esenciales de la reforma son la supresión de la competencia marco de la Federación (antiguo art. 75 GG) y la introducción de una competencia de los Länder para apartarse de la legislación federal. Las competencias marco existentes hasta ahora han pasado ahora en parte a la legislación concurrente (véase el nuevo art. 74.1, núms. 27 a 33 GG) y en parte a la competencia exclusiva de la Federación (véase el nuevo artículo 73.1.3 y 5a GG). En los ámbitos que han pasado a la legislación concurrente existe ahora un derecho material de los Länder para apartarse de la legislación federal (nuevo art. 72.3.1 GG), similar en parte al derecho de apartarse de las normas en materia de organización y procedimiento del artículo 84.1.2 GG. La Federación tiene, pues, en estos ámbitos el derecho de regulación plena, pero los Länder pueden aprobar normas que se aparten de esa regulación. Las leyes federales sobre estas materias entran en vigor como muy pronto seis meses después de su promulgación, a no ser que el Bundesrat haya votado a favor de una entrada en vigor más temprana (nuevo art. 72.3.2 GG). Para una valoración general de estas modificaciones nos remitimos en este punto a las opiniones pertinentes de los expertos⁷¹. El nuevo supuesto de necesidad del voto

⁶⁹ Cfr. sobre el derecho de voto del *Bundesrat* según el artículo 104a.4 GG como medida de protección necesaria a favor de los *Länder* NIERHAUS/RADEMACHER, "Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle?" *LKV* 2006, pp. 385, 393.

⁷⁰ Véanse en detalle J. IPSEN, "Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle", *NJW* 2006, pp. 2803 y ss.; NIERHAUS/RADEMACHER, "Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle?" *LKV* 2006, pp. 387 y ss.; DEGENHART, "Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform", *NVwZ* 2006, pp. 1209 y ss.

⁷¹ Véanse, por ejemplo, las opiniones como expertos en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* de los días 15 y 16 de mayo de 2006 de HUBER, pp. 11 y ss.; MEYER, pp. 17 y siguiente; SCHARPF, p. 8; PESTALOZZA, pp. 8 y siguiente; además IPSEN, "Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle", *NJW*

favorable del Bundesrat del artículo 72.3.2 GG no supone a su vez para el Bundesrat ningún aumento de poder significativo. Por una parte es dudoso hasta qué punto la Federación hará uso de esta regla excepcional. Pero incluso aunque quisiese, por ejemplo, lograr una entrada en vigor más temprana de las leyes federales para cumplir los plazos comunitarios de transposición, un veto del Bundesrat no supondría ninguna ventaja especial para los Länder, porque en estas normas no se trata en ningún caso de plazos de exclusión. Que la Federación pueda ser chantajeada a través de esta regla para que conceda compensaciones parece más bien absurdo, a la vista de la lógica de transposición practicada por ella hasta ahora.

Se han creado nuevos supuestos de voto favorable necesario del Bundesrat en el nuevo artículo 73.2 GG en referencia a la nueva competencia federal en materia de defensa contra el terrorismo (nuevo art. 73.1.9a GG) y en el nuevo artículo 74.2 GG respecto a la regulación, que ha pasado a ser objeto de legislación concurrente, de las cuestiones relativas al estatus de los funcionarios de los Länder (nuevo art. 74.1.27 GG)⁷². En otro lugar ha desaparecido, por el contrario, el supuesto de voto favorable necesario del Bundesrat al pasar las materias de remuneración y previsión social de los funcionarios de los Länder y de los municipios a ser objeto de la competencia exclusiva de los Länder⁷³.

En conjunto, se puede constatar un reforzamiento notable de los Länder mediante la introducción de competencias (materiales) para apartarse, en determinadas categorías objeto de legislación concurrente, de la legislación federal, así como una transferencia a su competencia legislativa exclusiva de algunos ámbitos no poco significativos de regulación que hasta ahora estaban abiertos a la regulación por parte de la Federación. Este desplazamiento de competencias legislativas no se produce en perjuicio del Bundesrat o, en todo caso, en una mínima medida. En general, la reordenación de las competencias legislativas no influye esencialmente en la posición del Bundesrat.

2006, pp. 2803 ss.; NIERHAUS/RADEMACHER, "Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle?" *LKV* 2006, pp. 387 y ss.

⁷² Esta cuestión era, según la antigua regulación, objeto de legislación-marco según el artículo 75.1.1, n° 1 GG (véase ROZEK, en v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Kommentar zum GG*, 15ª ed., Art. 75, marginal 36).

⁷³ La remuneración y la previsión social eran objeto de legislación concurrente, según el antiguo artículo 74a GG. Las leyes federales relativas a estas materias necesitaban, según el antiguo artículo 74a.2 GG, del voto favorable del *Bundesrat*. Según el nuevo artículo 74.1.27 GG, ahora estas materias han sido expresamente excluidas de la legislación concurrente, con lo que pasan a ser competencia exclusiva de los *Länder* según el artículo 70.1 GG.

6. ARTÍCULO 23

También la cooperación del Bundesrat en los asuntos de la Unión Europea ha sufrido modificaciones de poco alcance. Digna de mención resulta en este punto sólo la nueva redacción del artículo 23.6 GG, según el cual la defensa de los derechos de la República Federal como Estado miembro por parte de un representante de los Länder elegido por el Bundesrat se limita a ámbitos concretos de la competencia legislativa exclusiva de los Länder. Si estos ámbitos están afectados, el traspaso de la representación es ahora obligatorio, frente al precepto anterior que expresaba una recomendación. Pero, por lo demás, el sistema de vinculación escalonada del Gobierno federal a las opiniones del Bundesrat⁷⁴ no se ha reordenado en lo esencial.

7. DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DEL BUNDES RAT QUE NO HAN SIDO MODIFICADOS

La reforma deja sin modificar, por lo demás, algunas normas especialmente importantes por lo que se refiere a los derechos de participación del Bundesrat, a lo que a continuación se hará aquí nuevamente una breve referencia.

7.1. Artículo 85.1 GG

El artículo 85.1 GG regula, de acuerdo con su tenor literal, el establecimiento de las autoridades cuando los Länder ejecuten leyes federales por encargo de la Federación. La organización de las autoridades sigue siendo, en principio, asunto de los Länder, incluso en el caso de la Administración delegada, siempre que no se disponga otra cosa en una ley federal con el consentimiento del Bundesrat. El procedimiento administrativo no se menciona expresamente. Esto se considera por el Tribunal Constitucional Federal como un error de redacción, con la consecuencia de que también las leyes federales que regulen cuestiones de procedimiento necesitan el voto favorable del Bundesrat. En parte, sin embargo, se interpreta también que la regulación del procedimiento administrativo por parte de la Federación como anexo de la competencia material se substraerá a la necesidad del voto favorable del Bundesrat⁷⁵. Lo suyo habría sido eliminar, en el marco de la

⁷⁴ HUBER, en su opinión como experto en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* los días 15 y 16 de mayo de 2006 (*supra*, nota a pie 24), p. 4.

⁷⁵ Un resumen en PIEROTH, en JARASS/PIEROTH, Art. 85, marginal 3.

reforma constitucional, la falta de claridad existente, de acuerdo con el tenor literal, en relación al tratamiento de las leyes reguladoras del procedimiento. Además, no parece comprensible, a la vista de situaciones comparables, la no adopción en este ámbito de una regla que se corresponda con el artículo 84.1 GG.

7.2. Artículo 80.2 GG

Lo mismo se puede decir del artículo 80.2 GG. Esta regla exige el voto favorable del Bundesrat para aprobar reglamentos de la Federación que hayan sido adoptados sobre la base de leyes federales necesitadas del voto favorable del Bundesrat o de leyes federales que sean ejecutadas por los Länder por encargo de la Federación. Lo adecuado habría sido aproximar este artículo a la nueva regulación del artículo 84.1 GG, sobre todo tras la más reciente decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre el artículo 80.2 GG⁷⁶. En esta decisión argumenta el Tribunal Constitucional Federal que la exigencia del voto favorable del Bundesrat prevista en el artículo 80.2 GG persigue proteger la autonomía organizativa y procedimental de los Länder. Los derechos de voto del Bundesrat (según el antiguo artículo 84.1 GG) no deberían poder eludirse mediante una delegación al Ejecutivo. El artículo 80.2 GG persigue, en palabras del Tribunal, prolongar la protección de la competencia administrativa fundamental de los Länder⁷⁷. Que el artículo 80.2 GG no sólo se refiera a reglamentos reguladores del procedimiento, sino alcance también a reglamentos con regulaciones materiales de detalle, representa en cierta medida una exigencia excesiva de voto favorable del Bundesrat que escapa de lo que es el fin protector de la norma. El Tribunal Constitucional Federal contempla, por tanto, el objetivo de la necesidad de voto favorable del artículo 80.2 GG a la luz del fin protector del artículo 84.1 GG. En esta medida resultaría razonable también en este punto una regulación paralela a la del nuevo artículo 84.1 GG⁷⁸.

⁷⁶ Decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre la Ley de Protección de las Cotizaciones (*Beitragssicherungsgesetz*), de 13 de septiembre de 2005 – 2 BvF 2/03, NVwZ 2006, pp. 191 ss.; sobre la crítica a esta sentencia véase, entre otros, LENZ, “Die Umgehung des Bundesrates bei Verordnungsänderung durch Parlamentsgesetz”, NVwZ 2006, pp. 296 y ss.

⁷⁷ Decisión del Tribunal Constitucional Federal, NVwZ 2006, pp. 191, 197.

⁷⁸ En este sentido también MEYER, en su opinión como experto en la audiencia pública de la Comisión Jurídica del *Bundestag* los días 15 y 16 de mayo de 2006, p. 11.

7.3. Artículo 105.3 GG

El artículo 105.3 GG ha resultado ser en la práctica hasta ahora la segunda norma más importante (después del antiguo artículo 84.1 GG) sobre la que se ha basado la necesidad del voto favorable del Bundesrat para la aprobación de leyes federales⁷⁹. El artículo 105.3 GG dispone que todas las leyes sobre impuestos cuyos ingresos correspondan en todo o en parte a los Länder o a los municipios precisan el consentimiento del Bundesrat. Una lectura precisa del artículo 106 GG muestra que los ingresos de la mayor parte de los impuestos más productivos, como por ejemplo el impuesto sobre la renta, el de sociedades o el impuesto sobre el volumen de negocios (véase el artículo 106.3 GG) les corresponden al menos en parte a los Länder, con lo que el Bundesrat tiene, a través del artículo 105.3 GG, una gran influencia sobre la legislación impositiva de la Federación. La posición central del Bundesrat en el ámbito de la legislación impositiva así fundamentada no ha sido alterada por la reforma del federalismo. El artículo 105.3 GG no ha sido modificado y por ahora no hay planeada ninguna reforma⁸⁰. En cualquier caso, la Federación y los Länder se han propuesto emprender una revisión de la Constitución financiera en el marco de una segunda fase de la reforma del federalismo (en realidad inmediatamente a continuación de la primera fase), en cuyo contexto se debería probablemente llevar a cabo una revisión en profundidad también de la disposición del artículo 105 GG. Si se hace un esfuerzo serio en el contexto de esta segunda fase por intentar desenmarañar la Constitución financiera, en especial el sistema de impuestos, resultaría razonable recortar los amplios derechos de participación del Bundesrat como contrapartida al establecimiento de una mayor autonomía de los Länder (por medio de derechos de recargo o mediante una transferencia completa de impuestos concretos a los Länder).

8.- CONCLUSIÓN

Al hacer una valoración global de las reformas de la Ley Fundamental llevadas a cabo en el transcurso de la reforma del federalismo no es posible en realidad apreciar ningún cambio revolucionario en lo que se refiere a la posición del Bundesrat dentro de la estructura competencial del Estado

⁷⁹ GEORGII/BORHANIEN, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, WD3-37/06 y 123/06 (*supra*, nota a pie 10), pp. 11, 24.

⁸⁰ GEORGII/BORHANIEN, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, WD3-37/06 y 123/06 (*supra*, nota a pie 10), pp. 11, 24.

federal. El Bundesrat sigue siendo un actor importante en el contexto de la legislación federal. El reformador de la Constitución ha intentado, mediante la reformulación del artículo 84.1 GG, recortar notablemente las competencias de codecisión del Bundesrat en el procedimiento legislativo. El supuesto hasta ahora más importante en la práctica de necesidad del consentimiento del Bundesrat para la aprobación de proyectos de ley ha sido en gran medida eliminado. La Federación ha estado incluso dispuesta (lo que hace poco años nadie hubiera considerado posible) a conceder a los Länder la facultad de apartarse en sectores específicos de la regulación contenida en leyes federales, para conseguir deshacerse de la obligación de tener que contar con el voto favorable del Bundesrat para poder aprobar normas sobre la organización y el procedimiento administrativos. La proporción de «Zustimmungsgesetze» debería por eso reducirse algo en el futuro. Pero con la modificación del artículo 104a.3 y 4 GG se ha producido también un movimiento contrario en sus efectos. El legislador federal estará en el futuro sujeto al consentimiento de la mayoría de los Länder a través del Bundesrat en mayor medida todavía de lo que ya lo estaba según el Derecho anterior, cuando se trate de aprobar leyes sobre prestaciones dinerarias (y, de manera complementaria, leyes que impongan a los Länder nuevos deberes de proporcionar prestaciones en especie o prestaciones de servicios comparables).

Ambas normas (el nuevo artículo artículo 84.1 y el nuevo artículo 104a.4 GG) son en sí mismas adecuados desarrollos ulteriores del orden federal de competencias. A través de la primera se les atribuye a los Länder un mayor grado de independencia legislativa, que se corresponde con una descarga (parcial) del procedimiento legislativo federal de la obligación de tener que alcanzar compromisos o generar «paquetes normativos» que llevaba consigo la necesidad del voto favorable del Bundesrat para la aprobación de determinadas leyes. Con la otra nueva regulación central quedan los Länder mejor protegidos de lo que hasta ahora era habitual frente a los intentos de la Federación de trasladar a los Länder los costes de la ejecución legislativa. Instrumento del aseguramiento procedimental es aquí la introducción de nuevos supuestos de leyes necesitadas del voto favorable del Bundesrat para poder ser aprobadas. Qué efectos van a tener realmente ambos desarrollos contrarios a la vista del papel político del Bundesrat es relativamente difícil de pronosticar. Hay que remitirse en este punto en parte a consideraciones más bien especulativas. Pero con seguridad se puede decir que, al final, a pesar del objetivo declarado de «desenredar la maraña», no se va a producir un ajuste revolucionario en la estructura orgánica del Estado federal en perjuicio del Bundesrat.

RESUMEN

El 1 de septiembre de 2006 ha entrado en vigor la quincuagésimosegunda y hasta ahora más importante reforma de la Ley Fundamental de Bonn. La llamada «reforma del federalismo» aspira, por una parte, a clarificar el sistema de reparto de competencias entre la Federación y los Länder, y, por otra, a acelerar el procedimiento legislativo a nivel federal reduciendo el número de leyes federales que necesitan el voto favorable del Bundesrat para ser aprobadas (las llamadas «Zustimmungsgesetze»). Esta reducción de la cuota de «Zustimmungsgesetze», que, según los cálculos más optimistas, podría alcanzar hasta el cuarenta por ciento, pudiera hacer suponer que la posición del Bundesrat en la estructura constitucional del Estado federal ha quedado claramente debilitada con la reforma. El objeto del presente trabajo lo constituye precisamente la pregunta de si y en qué medida la reforma constitucional ha repercutido de hecho sustancialmente en la posición del Bundesrat como órgano central de participación de los Länder en la política federal. La conclusión a que se llega, después de un detallado análisis de los cambios más importantes y de los preceptos que no se han modificado, es que, en realidad, no es posible apreciar ningún cambio revolucionario en la posición del Bundesrat dentro de la estructura orgánica y funcional del Estado federal alemán.

PALABRAS CLAVE: República Federal de Alemania, Ley Fundamental de Bonn, reforma del federalismo, Bundesrat, «Zustimmungsgesetze».

ABSTRACT

The 1 of September of 2006 has come into force the fiftieth second and until now more important reform of the Fundamental Law of Bonn. The so called “reform of the federalism” pretends, on the one hand, to clarify the system of distribution of competitions between the Federation and the Länder, and, on the other hand, to accelerate the legislative procedure at federal level reducing the number of federal laws that need the favorable vote from the Bundesrat to be approved (the so called “Zustimmungsgesetze”). This reduction of the quota of “Zustimmungsgesetze”, that, according to the most optimistic calculations, could reach to the forty percent, could make suppose that the position of the Bundesrat in the constitutional structure of the federal State has been clearly weakened for this reform. The object of the present work its to solve two questions, if the constitutional reform has really affected substantially the position of the Bundesrat like central agency of participation of the Länder in the federal policy and to what extent. The reached conclusion, after a detailed analysis of the most important changes and the rules that have not been modified, is that, in fact, it is not possible to appreciate any outstanding change in the position of the Bundesrat within the organic and functional structure of the German federal State.

KEY WORDS: Federal Republic of Germany, Fundamental Law of Bonn, federalism reform, Bundesrat, «Zustimmungsgesetze».

