

LA REFORMA DEL SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN LA LEY FUNDAMENTAL

Rafael Naranjo de la Cruz*

SUMARIO

- 1.- *Planteamiento inicial.*
- 2.- *El sistema de reparto competencial antes de la reforma de la Ley Fundamental.*
- 3.- *Las razones de la reforma de los criterios de atribución competencial*
- 4.- *En contra de un reparto estricto de materias.*
- 5.- *La legislación concurrente.*
- 6.- *La supresión de la legislación marco.*
- 7.- *Las normas de Derecho transitorio.*
- 8.- *Conclusiones.*

1. PLANTEAMIENTO INICIAL

La necesidad de modificar el sistema de reparto competencial entre Federación y los Länder dispuesto por la Ley Fundamental (en adelante LF) ha actuado como uno de los principales motores de la reciente reforma constitucional llevada a cabo en Alemania. Los fines reconocidos en la motivación de la iniciativa de reforma, de mejorar la capacidad de actuación y de decisión de la Federación y los Länder y de realizar entre ellos una distribución más clara de responsabilidades¹, exigían adentrarse ineludiblemente en el terreno que nos ocupa. En su Acuerdo de 14 de diciembre de 2005, la Canciller alemana y los Jefes de Gobierno de los Länder se hacían

* Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga.

¹ *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 1.

eco de la necesidad de proceder a un “fortalecimiento de la legislación de la Federación y de los Länder por medio de una atribución más clara de competencias legislativas y la abolición de la legislación marco”.

El objeto de nuestro estudio se limita precisamente a analizar los cambios producidos con la citada reforma constitucional en este sistema de reparto competencial. Especial atención prestaremos en ello al intenso debate doctrinal que se desató, como es sabido, en el marco de este proceso en torno a la cuestión que nos ocupa. Intentaremos, sin embargo, no adentrarnos en otros aspectos que, aunque íntimamente relacionados con esta materia, son abordados de manera específica en otros trabajos de este número, como es el caso especialmente de los cambios efectuados en torno a la titularidad de cada concreto ámbito competencial.

En primer lugar expondremos de forma muy resumida las bases del sistema de reparto competencial vigente hasta el momento de la reforma. Dedicaremos el siguiente apartado a analizar las deficiencias apreciadas en el sistema anterior, para adentrarnos seguidamente en la primera de las disyuntivas planteadas, esto es, si debía optarse por un sistema basado en una división estricta de competencias entre la Federación y los Länder o si, por el contrario, debía mantenerse un grupo de materias sobre las que, dándose una titularidad competencial simultánea de la Federación y los Länder, se procediera a un reparto de funciones. La opción por este segundo modelo tuvo como principal efecto el que el debate se centrara con especial intensidad en un tipo específico, adecuado al fin que se perseguía, cual es el de la legislación concurrente. Por ello dedicaremos buena parte de nuestro trabajo a este debate y a la reforma subsiguiente del art. 72 LF, que lo regula. Seguiremos con la supresión de la legislación marco y, por último, realizaremos una breve referencia a las normas de Derecho transitorio que, en materia competencial, se incluyen en la reforma.

2. EL SISTEMA DE REPARTO COMPETENCIAL ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY FUNDAMENTAL

El principio básico del que parte el texto constitucional alemán sobre el reparto de funciones entre la Federación y los Länder viene expuesto de manera general en el art. 30 LF: “El ejercicio de las potestades estatales y el cumplimiento de sus funciones es competencia de los Länder, en tanto que esta Ley Fundamental no adopte o permita ninguna otra regulación”².

² “Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt”.

Este criterio viene a ser posteriormente reiterado de forma específica para la materia competencial en el art. 70.1 LF, donde se afirma que “Los Länder tienen el derecho a legislar, en tanto que esta Ley Fundamental no conceda potestades legislativas a la Federación”³. En definitiva, en lo que aquí interesa, para que la Federación pueda legislar sobre una materia es necesario que la Ley Fundamental así lo autorice expresamente, ya que, en caso contrario, debe entenderse que son los Länder los que ostentan las correspondientes competencias legislativas. De ahí se ha deducido la existencia de una presunción competencial a favor de éstos, que sólo se rompería cuando la Ley Fundamental dispusiera expresamente lo contrario⁴.

Posteriormente, el apartado 2 del art. 70 LF establece que “La delimitación de competencias entre la Federación y los Länder se rige por las normas sobre la legislación exclusiva y concurrente dispuestas en esta Ley Fundamental”⁵. Por lo que respecta a la legislación exclusiva, ésta puede corresponder, claro está, a la Federación o a los Länder. La LF únicamente contiene las competencias exclusivas de la Federación. La determinación de cuáles sean las competencias exclusivas de los Länder debe realizarse utilizando los principios generales expuestos, esto es, son competencias exclusivas de los Länder todas aquéllas sobre las que la Ley Fundamental no concede potestad normativa alguna a la Federación, ya sea en forma de legislación exclusiva o como partícipe de cualquiera de los restantes tipos competenciales. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en el art. 149.3 de nuestra Constitución, no existe previsión alguna sobre el carácter subsidiario de la legislación federal respecto de la de los Länder⁶.

A las competencias exclusivas de la Federación se dedican los arts. 71 y 73 LF. Éste último contiene el listado de materias objeto de esta competencia exclusiva, mientras que el art. 71 LF nos dice que “En el ámbito de la legislación exclusiva de la Federación podrán legislar los Länder sólo si,

³ “Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht”.

⁴ G. LEIBHOLZ (y otros), “Vor Art. 70-82”, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Band II, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, Lfg 22 April 1992, marginal 96; T. MAUNZ, “Art. 70”, en T. MAUNZ y G. DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Band V, Lfg. 20, marginal 29.

⁵ “Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern bemisst sich nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes über die ausschliessliche und die konkurrierende Gesetzgebung”.

⁶ Ésta provocaría, a juicio de MAUNZ, un desdibujamiento de los límites entre las competencias de la Federación y la de los Länder y no estaría de acuerdo con las normas de la LF sobre el estatuto jurídico de los Länder (T. MAUNZ, op. cit., marginal 43).

y en la medida en que, sean autorizados expresamente para ello en una Ley federal”⁷.

La legislación concurrente se encuentra, por su parte, regulada en el art. 72 LF. En su apartado 1, que no se ha visto afectado directamente por la reforma, se establece que “En el ámbito de la legislación concurrente tienen los Länder la potestad para legislar en tanto que, y en la medida en que, la Federación no haya hecho uso por ley de su competencia legislativa” (art. 72.1 LF)⁸. Donde sí ha incidido en mayor medida la reforma constitucional alemana ha sido en la regulación de la denominada “cláusula de necesidad”, en la que venían a establecerse con carácter general las condiciones a las que debía quedar sometido el uso por el legislador federal de su potestad normativa en el ámbito de la legislación concurrente. Así, en su redacción anterior a la reforma, el apartado segundo de este art. 72 LF disponía que “La Federación tiene el derecho a legislar en este ámbito, si y en la medida en que sea necesario para la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o para la protección de la unidad jurídica o económica en interés nacional”⁹. De este modo, dándose uno de estos requisitos, la Federación podía legislar sobre cualquiera de las materias que la Ley Fundamental reservaba a la legislación concurrente, lo que, en virtud del primero de los apartados del art. 72 LF, producía un efecto barrera frente a cualquier ley aprobada por los Länder sobre el mismo asunto. Finalmente, el apartado tercero del art. 72 LF contenía la norma –desplazada por la reforma a un apartado posterior–, que permite establecer por ley federal que una regulación legislativa federal para la que ya no existe una necesidad en el sentido de la cláusula anterior, pueda ser sustituida por el Derecho de los Länder¹⁰. Las materias sobre las que se extiende la legislación concurrente aparecen recogidas en el art. 74.1 LF¹¹.

⁷ “Im Bereiche der ausschliesslichen Gesetzgebung des Bundes haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung nur, wenn und soweit sie hierzu in einem Bundesgesetze ausdrücklich ermächtigt werden”.

⁸ “Im Bereiche der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat”.

⁹ “Der Bund hat in diesem Bereich das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht”.

¹⁰ “Durch Bundesgesetz kann bestimmt werden, dass eine bundesgesetzliche Regelung, für die eine Erforderlichkeit im Sinne des Absatzes 2 nicht mehr besteht, durch Landesrecht ersetzt werden kann”.

¹¹ El art. 74a LF también extendía antes de la reforma que estudiamos la legislación concurrente a la remuneración y atención de los empleados de servicios públicos que se

Finalmente, el art. 75 LF regulaba la legislación marco de la Federación. Al respecto, establecía que “Con las condiciones establecidas por el art. 72, la Federación tiene derecho a aprobar normas marco para la legislación de los Länder sobre las siguientes materias...”¹². Por disposición constitucional, estas normas marco sólo podían contener normas de detalle o de aplicación inmediata en casos excepcionales (art. 75.2 LF)¹³. Estaban, pues, obligadas a dejar un espacio de decisión política a las normas de los Länder¹⁴. Por último se disponía en el apartado 3 del art. 75 LF que si la Federación aprobaba normas marco, los Länder estaban obligados a dictar las leyes necesarias dentro de un plazo adecuado dispuesto por la ley¹⁵.

Los conflictos que pudieran plantearse entre las normas de la Federación y las de los Länder deben ser resueltos sobre la base del criterio contenido en el art. 31 LF, según el cual “El Derecho federal prevalece sobre el Derecho de los Estados” («Bundesrecht bricht Landesrecht»). Esa prevalencia debe ser entendida en el sentido de atribución al Derecho de la Federación de una mayor fuerza, cualquiera que sea su rango, que la del Derecho de los Länder que se le opone, con el correspondiente efecto de nulidad de éste último¹⁶. El art. 31 LF únicamente se refiere, sin embargo, al Derecho de la Federación válidamente aprobado, esto es, al que ha sido establecido a su vez en el marco de su propia competencia legislativa¹⁷.

En definitiva, antes de la reforma constitucional el modelo de reparto competencial establecido por la Ley Fundamental alemana giraba básicamente en torno a la existencia de unas competencias exclusivas de la Federación, otras exclusivas de los Länder, competencias concurrentes y la figura de la legislación marco¹⁸. Como tendremos oportunidad de desarro-

encuentren en una relación jurídico pública de servicio y fidelidad, en la medida en que no correspondiese a la Federación la legislación exclusiva según el art. 73.8 LF.

¹² “Der Bund hat das Recht, unter den Voraussetzungen des Artikels 72 Rahmenvorschriften für die Gesetzgebung der Länder zu erlassen über (...)”.

¹³ “Rahmenvorschriften dürfen nur in Ausnahmefällen in Einzelheiten gehende oder unmittelbar geltende Regelungen enthalten”.

¹⁴ G. LEIBHOLZ (y otros), op. cit., “Art. 75”, marginal 7.

¹⁵ “Erlässt der Bund Rahmenvorschriften, so sind die Länder verpflichtet innerhalb einer durch das Gesetz bestimmten angemessenen Frist die erforderlichen Landesgesetze zu erlassen”.

¹⁶ G. LEIBHOLZ (y otros), op. cit., “Art. 31”, marginal 1. T. MAUNZ/G. DÜRIG, op. cit., “Art. 31”, marginales 2 y 5.

¹⁷ “Kompetenzwidriges Bundesrecht kann dagegen nicht kompetenzgemässes Landesrecht brechen” (Ibidem, marginal 15).

¹⁸ Junto a los tipos anteriormente citados se distingue también en ocasiones como tipo específico una legislación de principios –*Grundsatzgesetzgebung*–, para los casos en que la LF dispone que sea la ley federal la que establezca los principios de una determinada materia

llar más adelante, las novedades introducidas en las técnicas de reparto competencial consisten principalmente en la supresión de esta legislación marco y en la introducción de importantes modificaciones en el ámbito de la legislación concurrente, a través de la limitación del ámbito de aplicación de la cláusula de necesidad del art. 72.2 LF, y de la creación, como novedad absoluta, de un derecho a la divergencia («Abweichungsrecht»), que permite a los Länder en determinados casos apartarse de la normativa federal aprobada en dicho ámbito competencial.

Antes, sin embargo, de adentrarnos en el estudio pormenorizado de estas reformas, haremos una breve referencia a las deficiencias que, tanto en la clase política como en el debate doctrinal, se apreciaban en la normativa reformada.

3. LAS RAZONES DE LA REFORMA DE LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL

La motivación que acompaña la iniciativa de la reforma pone de manifiesto cómo con el transcurso del tiempo han retrocedido las competencias legislativas de los Länder, en parte por causa de la creación de nuevas competencias para la Federación a través del instrumento de la reforma constitucional, pero sobre todo, por el uso exhaustivo que de manera casi permanente ha realizado el legislador federal de sus competencias en materia de legislación concurrente y por la frecuente adopción en el caso de la legislación marco de normas de detalle y de normas inmediatamente eficaces, posibilidades previstas inicialmente en el texto constitucional con carácter excepcional¹⁹.

Esta situación había suscitado una percepción prácticamente unánime en la doctrina acerca del predominio en el plano legislativo de la Federación, en contra de lo que sería la determinación originaria de la Ley Fundamental, recogida en su art. 30, anteriormente reproducido²⁰. A lo largo de estos años se habría intentado compensar este perjuicio a las competen-

[véanse, en este sentido, los arts. 33.5, 75.1.1.a (ahora derogado), 91.a.2 (ahora derogado), o 109.3 LF]. Estos principios no deben vincular a los ciudadanos, sino únicamente al legislador federal o de los Länder, y han de limitarse al establecimiento de directrices generales (sobre ellos, véase T. MAUNZ, "Art. 70", en T. MAUNZ y G. DÜRIG, op. cit., marginales 37 y 38).

¹⁹ B.Tag Drucksache 16/813, p. 7.

²⁰ Por todos, R. SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0005, p. 2; E. SCHMIDT-JORTZIG, *Kommissionsdrucksache* 0006, pp. 1 y 2.

cias legislativas de los Länder con un aumento de la influencia que sus respectivos Poderes Ejecutivos eran capaces de ejercer sobre la política federal a través de su participación en el Bundesrat, lo que, a su vez, se ha considerado como fuente de otro tipo de disfunciones en el procedimiento de toma de decisiones en el ámbito federal. Ante este estado de cosas, parecía recomendable dar marcha atrás, separando nítidamente las respectivas responsabilidades de los distintos entes. De este modo, las competencias indispensables de la Federación debían poder ser desempeñadas por sus órganos de manera independiente y los Länder, por su parte, debían tener de nuevo más competencias eficaces de decisión y no sólo de ejecución²¹.

Tal y como se establece en la citada motivación de la reforma²², ya la anterior reforma de 1994 intentó detener este proceso e invertirlo, para lo que procedió a agravar los requisitos exigibles para el empleo por parte del legislador federal de la legislación concurrente y la legislación marco. Sin embargo, en la nueva reforma quedan de manifiesto los defectos de la anterior. Por un lado estos criterios –concretados en la ya conocida “cláusula de necesidad”– se consideraban una carga no justificada en el caso de algunas de las materias del art. 74 y 75, sobre las que existía cierto acuerdo acerca del interés general en la existencia de una regulación federal. Por otra parte, se recuerda cómo las posibilidades abiertas con las normas transitorias introducidas en 1994, de una sustitución total o parcial de leyes federales por el Derecho de los Länder (antiguos art. 125a, apartado 2 y art. 72.3) no habían llegado a verificarse, de manera que el retorno deseado de competencias a los Länder no había tenido lugar.

Sin embargo, si en el diagnóstico existía un notable acuerdo en el ámbito doctrinal y político, no se podía decir lo mismo acerca del tratamiento a prescribir al enfermo, lo que queda de manifiesto en la cantidad de propuestas y contrapropuestas, y argumentos a favor y en contra respecto de cada una de ellas que aparecen recogidos en las distintas aportaciones que desde la doctrina y los estamentos políticos se han realizado en el marco de este proceso de reforma constitucional²³. ¿Debía optarse por una

²¹ E. SCHMIDT-JORTZIG, *Kommissionsdrucksache* 0006, op. cit., p. 2. Con palabras de HUBER, “Sobre la base de la Ley Fundamental se ha configurado una variante de federalismo cuyo rasgo característico es que todos deciden sobre todo. Vale la «volonté des tous», una ausencia organizada de responsabilidad” (P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, p. 3).

²² *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 7.

²³ Todos los documentos de trabajo utilizados por la Comisión estatal federal pueden ser encontrados: http://www.bundesrat.de/cln_051/nn_8364/DE/foederalismus/bundesstaatskommission/bundesstaatskommission-node.html__nnn=true. Estos documentos reciben el nombre de *Kommissionsdrucksache* o de *Arbeitsunterlage*, en función de que fueran o no, respectivamente, desde un inicio documentos públicos.

simplificación del modelo a través de un reparto nítido de todas las competencias entre la Federación y los Länder, o, por el contrario, debía mantenerse el esquema propio de una división funcional en relación con determinadas materias? ¿Cómo lograr el objetivo de reforzar las competencias legislativas de los Länder: a través de un recrudescimiento de la cláusula de necesidad; por medio de un derecho de los Estados a separarse de la legislación federal en ciertos ámbitos; o permitiendo la inclusión en las leyes federales de cláusulas de apertura a favor de la intervención legislativa de los Länder? ¿Debía suprimirse totalmente la legislación marco o, por el contrario, debía transformarse en una legislación con un marcado carácter principal? En los próximos apartados nos ocuparemos del tratamiento que éstas y otras opciones recibieron en el debate que acompañó a la reforma y de la solución por la que, finalmente, se optó.

4. EN CONTRA DE UN REPARTO ESTRICTO DE MATERIAS

Cualquier debate acerca del rumbo que debía tomar la reforma constitucional en materia de distribución de competencias debía girar en torno a una primera decisión: ¿debía mantenerse el modelo básico de la Ley Fundamental, basado en la existencia, junto a las respectivas competencias exclusivas, de unos ámbitos materiales compartidos entre Federación y Länder o, por el contrario, serviría mejor a los objetivos perseguidos por la reforma constitucional la realización de un reparto estricto de las materias, con la correspondiente atribución de las mismas en exclusividad a uno sólo de ellos? La opción por este último modelo hubiera exigido la supresión, no sólo de la legislación marco, sino además de la legislación concurrente e, incluso, en puridad, de la legislación de principios del art. 109.3 LF, con lo que hubieran quedado únicamente competencias exclusivas de la Federación y competencias exclusivas de los Länder.

La principal ventaja de un sistema de separación como el expuesto radicaba en la claridad con la que hubieran quedado distribuidas las responsabilidades entre Federación y Länder²⁴. Asimismo, se sostenía su capacidad para poner freno a la continua unitarización experimentada por el sistema federal alemán, toda vez que, de su adopción hubiera hecho nece-

²⁴ P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit, p. 7; H. MEYER, *Kommissionsdrucksache* 0012, p. 20.

saría una nueva reforma constitucional para cada paso en dirección hacia la centralización²⁵.

Varios son los argumentos que se oponen, sin embargo, a la adopción de este modelo de separación estricta. Por un lado, se hace ver que una solución así no se corresponde con la complejidad de algunas de las materias competenciales²⁶. En efecto, determinadas materias se componen de aspectos muy diferentes, de tal manera que algunos de ellos pueden presentar una mayor vinculación con los intereses generales, y exigen por este motivo un tratamiento jurídico centralizado y unitario, mientras otros, sin embargo, podrían admitir cierta diversidad en su regulación en función de los intereses respectivos de cada uno de los Länder. En estos casos, se impone un reparto funcional de tareas entre Federación y Estados.

Por otra parte, una división estricta de competencias no consideraría suficientemente las diferencias en tamaño y capacidad de prestación existentes entre los Länder. Como gráficamente se llega a señalar, “un reparto de competencias «acertado» para Baviera y Renania del Norte/Vestfalia podría sobrecargar a Sarre y Bremen; pero justificaría esto tratar a Baviera según normas que sólo serían acertadas para Sarre?”²⁷. En efecto, la atribución originaria de competencias a los Länder, que obligaría a todos ellos a ejercer su potestad legislativa, podía resultar comprometedora en algunos

²⁵ P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 7. La preferencia por un reparto estable y definitivo de competencias entre Federación, Länder y entes locales respecto de otras opciones como las cláusulas de intervención, de apertura, de prueba o de experimentación se pone también de manifiesto en el Informe sobre los debates de la 65ª *Deutschen Juristentages*, por la inseguridad vinculada a éstas últimas. Allí se advierte del riesgo de que estas propuestas conduzcan a una coexistencia asistemática de normas federales y de Derecho de los Länder y puedan terminar otorgando competencias legislativas a la Federación que según el principio de subsidiariedad, sólo deberían corresponder a los Länder (H. G HENNEKE, “Bericht über die Beratungen des 65. Deutschen Juristentages zur klareren Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen”, *Kommissionsdrucksache* 0076, p. 2).

²⁶ En este sentido, A. BENZ, *Kommissionsdrucksache* 0010, p. 3; F. W. SCHARPF, “Zur Neujustierung der Gesetzgebungskompetenzen”, *Kommissionsdrucksache* 0014, pp. 2 y ss.; del mismo autor, “Für eine flexible und differenzierte Kompetenzverteilung”, *Kommissionsdrucksache* 0062, p. 1; “Überlegungen zur Gesetzgebung nach der Klausurtagung vom 22. und 23. Januar 2004”, *Arbeitsunterlage* 0025, pp. 4 y 5. Para este autor, una separación estricta de competencias da lugar a una de estas dos situaciones: o unas competencias federales definidas de manera demasiado amplia impiden una deseable diferenciación regional o las competencias demasiado ampliamente definidas de los Länder lesionan exigencias generales del Estado (ibidem).

²⁷ F. W. SCHARPF, “Für eine flexible...”, op. cit, p. 1. En este sentido, véase además, del mismo autor, “Anmerkungen zum «asymmetrischen und lernfähigen Föderalismus»”, *Kommissionsdrucksache* 0080, pp. 1 y 2.

casos, dadas las acusadas diferencias existentes entre ellos²⁸. De este modo, además, quedaría cerrada la posibilidad de regulación unitaria sobre la materia, incluso en caso de que ésta se estimara necesaria según las pautas del propio art. 72.2 LF²⁹. Ante tal situación parecía adecuado adoptar soluciones flexibles y diferenciadas, que por una parte posibilitaran una adecuada atribución de competencias legislativas a la Federación y a los Länder a la vista de las exigencias de cada concreta función normativa y, por otra, permitieran a la Federación asumir una responsabilidad en relación con los Länder pequeños y de escasa capacidad de prestación más amplia que respecto de otros Länder.

También se advertía que un reparto de este tipo podría incluso fortalecer la tan criticada confusión de responsabilidades si, para suplir la ausencia de mecanismos competenciales apropiados, la coordinación entre niveles terminaba desarrollándose por medio de negociaciones informales entre ejecutivos³⁰.

En definitiva, la gran desventaja del sistema criticado era, sin duda, su falta de flexibilidad, que le impedía reaccionar ágilmente ante circunstancias cambiantes³¹.

En todo caso, con el rechazo a un sistema de reparto estricto de bloques materiales competenciales entre Federación y Länder, la discusión quedó centrada en cuáles debían ser los cambios a efectuar para, sin privar al sistema de la necesaria flexibilidad, incrementar el nivel competencial de los Länder. El instrumento adecuado para ello parecía ser la legislación concurrente.

5. LA LEGISLACIÓN CONCURRENTES

5.1. *El debate sobre la reforma del art. 72 LF*

5.1. a) Planteamiento inicial

Ante el extendido acuerdo acerca de la necesidad de suprimir la legislación marco como tipo de reparto competencial, la mayor parte de las

²⁸ Cfr. Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", "Bericht zur innerstaatlichen Kompetenzordnung –Bestandsaufnahme und Problembeschreibung-", *Arbeitsunterlage* 0002, p. 19.

²⁹ Ibidem.

³⁰ A. BENZ, *Kommissionsdrucksache* 0010, op. cit., p. 3.

³¹ Por este motivo, en contra de esta solución, SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0005, op. cit., p. 3; P.M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 7; F. KIRCHHOFF, *Kommissionsdrucksache* 0011, p. 4.

discusiones doctrinales y políticas se centraron en el tipo de la legislación concurrente. No cabía duda de que éste debía continuar presente en la Ley Fundamental, pues era considerado como un mecanismo importante de flexibilización del sistema competencial, de especial valor para aquellas materias en las que resulta difícil conocer con antelación el grado de unidad o de diversidad normativa que exigen o toleran, respectivamente³². Pero el acuerdo terminaba ahí. Es en relación con el tipo de la legislación concurrente donde se pusieron de manifiesto en mayor medida las divergencias doctrinales y políticas sobre el rumbo que debía tomar la reforma, al existir muy distintos planteamientos acerca de cuáles debían ser las mejoras a introducir para satisfacer en la mayor medida posible los objetivos de la reforma. Tres fueron las alternativas con mayor peso planteadas al respecto:

a) La reforma de la cláusula de necesidad del art. 72.2 LF.

b) La creación de un derecho de intervención de los Länder sobre las materias reservadas a este tipo competencial en el art. 74 LF, operante incluso tras la aparición de una ley federal («Zugriffsrecht»).

c) La autorización para la inclusión en las leyes federales de cláusulas de apertura («Öffnungsklauseln») a favor de los Länder.

Además, estas soluciones aparecían en principio como incompatibles entre sí³³. En efecto, la Ley Fundamental podía incurrir en una contradicción si exigía, de una parte, al legislador federal, que fuera necesaria su intervención para satisfacer determinados intereses generales (cláusula de necesidad) y, simultáneamente, de otra, permitía la aparición de Derecho de los Länder sobre la misma materia.

Dedicaremos los siguientes apartados de nuestro trabajo a exponer de manera resumida el debate que se suscitó sobre cada una de las propuestas anteriores.

5.1. b) La cláusula de necesidad

La redacción actual de la cláusula de necesidad es el resultado de una reforma constitucional llevada a cabo en 1994³⁴. En relación con la versión

³² D. GRIMM, «Zugriffsrechte und Öffnungsklauseln bei der konkurrierenden Gesetzgebung», *Kommissionsdrucksache* 0018, p. 3.

³³ *Ibidem*, p. 2.

³⁴ Seguimos aquí fundamentalmente J. WIELAND, «Gesetzgebungskompetenzen. Reaktion auf die Papiere der Kollegen Prof. Dr. D. GRIMM und Prof. Dr. F.W. SCHARPF», *Arbeitsunterlage* 0027, pp. 1 y ss.; Bund/Länder-Arbeitsgruppe «Innerstaatliche Kompetenzordnung», op. cit., pp. 15 y 16.

anterior a la reforma de 1994³⁵, el Tribunal Constitucional Federal (en adelante, TCF) había elaborado una jurisprudencia según la cual no cabía la realización por su parte de un control estricto de la aplicación de esta cláusula, en la medida en que se entendía que otorgaba al legislador federal un amplio margen político de discrecionalidad. Por su naturaleza se trataba, a juicio del TCF, de una cuestión no justiciable y excluida del control jurisdiccional³⁶.

Pese a que el TCF matizó algo posteriormente su posición³⁷, lo cierto es que su actitud propició un uso cada vez más frecuente y extenso de la legislación concurrente, con lo que se generalizó la convicción de que la cláusula de necesidad, en su redacción anterior a 1994, se había convertido en una vía importante de vaciamiento de las competencias de los Länder. Estaba destinada a poner fin a esta situación la reforma constitucional de aquel año, que debía servir para concentrar, agravar y precisar las condiciones de empleo de la competencia legislativa concurrente por la Federación, y mejorar así su justiciabilidad por parte del TCF. Para favorecer este mismo objetivo se incluyó incluso en dicha ocasión un nuevo proceso constitucional ante el TCF (art. 93.1.2a LF), para decidir las discrepancias que pudieran surgir en relación con este artículo 72.2 LF.

Sobre la nueva redacción de la cláusula del art. 72.2 LF aprobada en 1994 tuvo lugar, algunos años después, un importante cambio en la doctrina del TCF, que se concreta en la sentencia sobre la «Altepflegegesetz» de 24 de octubre de 2002. Con ella iniciaba el TCF una nueva línea en la que, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad, la posibilidad de control del TCF sobre la actuación legislativa de la Federación en el ámbito de la legislación concurrente quedaba plenamente afirmada, y en la que se definía el significado de cada uno de los componentes de la cláusula de necesidad³⁸.

³⁵ En su redacción anterior a la reforma constitucional de 1994, el art. 72.2 LF tenía la siguiente redacción: «La Federación tiene el derecho a legislar en este ámbito, en cuanto exista una necesidad de regulación por ley federal, porque 1. una materia no pueda ser regulada eficazmente por la legislación aislada de los Länder o 2. la regulación de una materia por ley de un Estado federado pueda perjudicar los intereses de otros Länder o de la generalidad o 3. la protección de la unidad jurídica o económica, especialmente la protección de la homogeneidad de las relaciones vitales más allá del territorio de un Estado federal, la exija».

³⁶ En este sentido, BVerfGE 2, 213, 224; BVerfGE 33, 224, 229; BVerfGE 65, 283, 289.

³⁷ Puede verse, al respecto, BVerfGE 78, 249, 270.

³⁸ Véanse al respecto H. MEYER, *Kommissionsdrucksache* 0012, op. cit., pp. 15 y ss.; H. BACHMAIER, V. KRÖNIG y J. STÜNKER –mit Unterstützung von Prof. Dr. Dr. H.c. H. MEYER-, «Thesen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 72 II, 75 GG –insbesondere Altenpflege- und Juniorprofessorenenentscheidung-», *Kommissionsdrucksache* 077, pp. 1 y ss.

No obstante, con la nueva situación las críticas no cesaron³⁹. Por una parte, se destacaba que, al abandonar su actitud de «selfrestraint» respecto de la cláusula y adoptar un papel de control más activo, el Tribunal estaba asumiendo en realidad una competencia de decisión política⁴⁰. Desde otra perspectiva, los Länder consideraban que el efecto de esta reforma sobre la práctica estatal había sido escaso⁴¹. El legislador federal seguía realizando un uso abusivo de este instrumento en perjuicio de las competencias de los Länder, que veían así correlativamente disminuido su espacio de decisión política. Además, el efecto barrera del art. 72.1 LF se habría producido ya en las materias que habían sido anteriormente objeto de regulación, sobre las que no produciría efectos una cierta elevación de las exigencias constitucionales a la intervención de la Federación. El que los Länder pudieran actuar sobre estos ámbitos se hacía depender exclusivamente de una decisión de la Federación de hacer uso de los mecanismos del art. 72.3 y 125a 2, inciso segundo LF, algo que hasta entonces no había ocurrido nunca. No faltan, sin embargo, opiniones que sostienen que la cláusula de necesidad es, de todas las alternativas manejables, la que mejor se adapta a la finalidad de la legislación concurrente, toda vez que permite tanta diversidad como sea posible y exige tanta unidad como sea necesaria⁴².

³⁹ En este sentido, H. MEYER, *Kommissionsdrucksache* 0012, op. cit., pp. 15 y ss.; H. BACHMAIER, V. KRÖNIG y J. STÜNKER –mit Unterstützung von Prof. Dr. Dr. H.c. H. MEYER–, op. cit., pp. 1 y ss.

⁴⁰ H. MEYER, *Kommissionsdrucksache* 0012, op. cit., p. 18. En este sentido, también A. BENZ, para quien uno de los objetivos de esta reforma constitucional debe ser corregir este desarrollo (A. BENZ, *Kommissionsdrucksache* 0071 –neu– c, p. 1). Sin embargo, otros autores aplauden el efecto producido por la reforma de la cláusula de necesidad en 1994 sobre la jurisprudencia del TCF, en la medida en que consideran que ése era precisamente su objetivo (cfr. E. SCHMIDT-JORTZIG, *Kommissionsdrucksache* 0071 –neu– j, p. 3; P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0071 –neu– k, pp. 3 y 4).

⁴¹ Bund/Länder-Arbeitsgruppe “Innerstaatliche Kompetenzordnung”, op. cit., pp. 15, 16 y 18. Cfr. también R. SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0005, op. cit., p. 4. Para J. WIELAND, en el fondo, el cambio jurisprudencial que se inicia con la sentencia sobre la *Altenpflegegesetz* dejaba nuevamente un amplio margen de actuación al legislador federal, sobre la base del margen de predicción que le correspondería respecto de la necesidad de una regulación (J. WIELAND, “Gesetzgebungskompetenzen...” op. cit., p. 2). En palabras del TCF, “Fehlprognosen sind selbst bei grösster Prognosesorgfalt letztlich nicht auszuschliessen. Also muss auch dem Gesetzgeber, der Prognosen nicht vermeiden kann, innerhalb gewisser Grenzen zugestanden werden, dass er dieses Risiko eingeht, ohne eine negative verfassungsrechtliche Beurteilung befürchten zu müssen” (BVerfGE 106, 62, 151 y ss.).

⁴² D. GRIMM, “Zugriffsrechte und Öffnungsklauseln...”, op. cit., p. 3. Para este autor, los inconvenientes puestos de relieve especialmente por Meyer deberían solventarse con una reformulación de la misma que evitara las situaciones por él denunciadas y ofreciera al mismo tiempo al los legisladores un criterio de conducta claro y al TCF un parámetro de control manejable (ibidem, p. 5).

Esta diversidad de valoraciones que suscita la cláusula de necesidad se plasma en la existencia de propuestas de muy diverso signo al respecto. Así, quienes sostenían que la cláusula no suponía aún un freno eficaz para la actuación del legislador federal proponían distintas fórmulas encaminadas a dificultarla, ajustándola de manera estricta a lo necesario para el logro de los fines allí mencionados⁴³, así como la introducción de mecanismos procedimentales de control de la legislación federal por instancias políticas⁴⁴. Desde otra perspectiva, quienes criticaban el modo en que la Federación veía constreñida su actuación en el ámbito de la legislación concurrente como consecuencia de la cláusula y de su interpretación por el TCF, solicitaban su supresión⁴⁵. La Federación, finalmente, vinculó desde el principio la introducción de un derecho de intervención de los Länder a la relativización de la cláusula de necesidad del art. 72.2 LF⁴⁶.

⁴³ Véanse, por ejemplo, R. SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0005, op. cit., p. 5; del mismo autor, "Vorschlag zur Regelung der Kompetenzen von Bund und Ländern im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung", *Arbeitsunterlage* 0083, pp 1 y 2; E. SCHMIDT-JORTZIG, *Kommissionsdrucksache* 0006, op. cit., p. 3; F. KIRCHHOFF, *Kommissionsdrucksache* 0011, op. cit., p. 4; de este autor, también "Vorschlag zur Abschichtung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern (Neufassung des Art. 72 Abs. 2 u. 3 GG)" *Arbeitsunterlage* 0087, pp 1 y 2. En contra de la propuesta de SCHOLZ, véase F. W. SCHARPF, "Kommentar zur Arbeitsunterlage 0083 von Professor Dr. R. SCHOLZ", *Arbeitsunterlage* 0084, p. 1. En opinión de P. M. HUBER, una reforma con este fin debería codificar los criterios establecidos en la mencionada decisión del TCF en el caso *Altenpflege*, con lo que una ley de la Federación en este ámbito sólo sería admisible si "las relaciones vitales se han desarrollado por separado en los Länder de manera considerable en un modo lesivo del sistema social del Estado federal o se vislumbra un desarrollo de este tipo; amenaza una dispersión normativa que no puede ser aceptada, no sólo en interés de la Federación sino también de los Länder; si la inactividad de la Federación trae consigo considerables desventajas para la economía nacional" (P.M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 8).

⁴⁴ Uno de ellos consistía en la creación de un "mecanismo de alarma temprana" en manos de los Parlamentos de los Länder, equivalente al previsto en el "Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad" en el Proyecto de Constitución para la UE (ibidem). También estudia esta solución A. BENZ, para quien, sin embargo, presenta una desventaja, dadas las condiciones políticas de Alemania: la oposición en el Bundestag podría utilizar este procedimiento para retrasar una ley con ayuda de una mayoría que tuviera su partido en un Parlamento de un Estado federado (A. BENZ, *Kommissionsdrucksache* 0071 –neu– c, op. cit., p. 5).

⁴⁵ Así, H. MEYER, quien proponía junto a la desaparición de la cláusula de necesidad, la aparición de un derecho de intervención de los Länder sobre estas materias, que podrían ejercer únicamente en la medida en que la Federación no hubiera hecho uso de su potestad legislativa (H. MEYER, *Kommissionsdrucksache* 0012, op. cit., p. 20).

⁴⁶ Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit., p. 25.

5.1. c) La creación de un derecho de intervención de los Länder

Junto al debate acerca de la cláusula de necesidad, las discusiones en torno a la reforma del art. 72 LF tuvo como una de sus referencias centrales la posible creación de un derecho de intervención de los Länder («Zugriffsrecht») en el ámbito material de la legislación concurrente. Un derecho de estas características se mostraba adecuado para flexibilizar el reparto competencial, permitiendo a los Länder divergir de la legislación que hubiera podido aprobar la Federación con anterioridad sobre estas materias.

La creación de este derecho de intervención a favor de los Länder era solicitada por los Presidentes de los Estados federados a cambio de disminuir el peso de su actuación en el Bundesrat⁴⁷.

Pese a los notables apoyos recibidos por esta alternativa, se sostuvo mayoritariamente la necesidad de limitar constitucionalmente el uso por los Länder de este derecho de intervención⁴⁸. De este modo, se proponía la presencia de límites de diverso tipo, que actuarían solos o de manera conjunta, en función del autor examinado. En términos generales, la configuración del derecho de intervención podía prever:

1) Límites materiales⁴⁹. En este sentido, el futuro derecho de intervención de los Länder no podría tener un alcance general, sino que debería ser reducido a determinadas materias, dentro del ámbito de la legislación concurrente y de la legislación marco, si se optaba finalmente por su supresión.

⁴⁷ “Föderalismusreform.Positionspapier der Ministerpräsidenten”, *Kommissionsdrucksache* 0045, p. 2. Véase también la posición de los Presidentes de los parlamentos de los Länder (“Quedlinburger Erklärung”, *Kommissionsdrucksache* 0051, pp. 3 y 4.); Bund/Länder-Arbeitsgruppe “Innerstaatliche Kompetenzordnung”, op. cit. p. 22.

⁴⁸ Véase en este sentido, entre otros, E. SCHMIDT-JORTZIG, *Kommissionsdrucksache* 0006, op. cit., pp. 5 y 6; F.W. SCHARPF, “Zur Neujustierung...”, op. cit., p. 5; el propio escrito de los Presidentes de parlamentos de los Länder, “Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern. Positionen der Präsidenten der Landtage in der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung”, *Kommissionsdrucksache* 0038, p. 2. Aun siendo mayoritaria esta posición, HUBER sostuvo la conveniencia de no someter este derecho a condición alguna, para evitar así que se pudiera convertir en una fuente de conflictos federales para el TCF. La única salvedad, eso sí, sería en su opinión la existencia de razones apremiantes basadas en la Constitución o en el Derecho de la Unión Europea (cfr. P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 9).

⁴⁹ A favor de su inclusión, E. SCHMIDT-JORTZIG, *Kommissionsdrucksache* 0006, op. cit., pp. 9 y 10; Bund/Länder-Arbeitsgruppe “Innerstaatliche Kompetenzordnung”, op. cit., p. 21. Por su parte, la Federación mostraba un rechazo absoluto a la introducción de este derecho de intervención respecto de todas las materias de la legislación concurrente (Ibidem, p. 23).

Estas materias podrían venir recogidas tanto a través de un listado positivo, que fijara de manera tasada aquéllas que constituirían el ámbito de actuación del derecho, como por medio de un listado negativo de materias excluidas de su ejercicio⁵⁰.

2) Límites circunstanciales⁵¹. Los Länder sólo podrían ejercer su derecho de intervención en el caso de que con ello no se pusiera en peligro el interés general, expresado en diversas manifestaciones, o el interés de otros Länder. De este modo se crearía algo así como una “cláusula de necesidad invertida”, cuyo efecto no sería ya, a diferencia de la prevista en el art. 72.2 LF, autorizar la intervención normativa de la Federación para salvaguardar dicho interés general, sino evitar con este mismo fin la de los Estados federados.

3) Límites procedimentales⁵². Sin perjuicio del ulterior control jurídico por el TCF, estos límites se basan en la introducción de un mecanismo de control o corrección político sobre el resultado del ejercicio de este derecho de intervención por parte de los Länder, que permitiera, en definitiva, a la Federación en cada caso oponerse a la legislación aprobada por aquéllos.

⁵⁰ Para GRIMM y SCHNEIDER, una división en dos subgrupos dentro de la legislación concurrente -un subgrupo para el que seguiría vigente lo anterior, y un segundo en el que actuaría un deber de apertura a la actuación normativa de los Länder o un derecho de éstos a divergir- no parece razonable. Complicaría aún más la legislación, abriría una nueva fuente de conflictos y resulta prescindible, si sólo permanece en la categoría de la legislación concurrente las materias que no pueden ser atribuidas como exclusivas (D. GRIMM y H.-P. SCHNEIDER, “Neuregelung von Art. 72 Abs. 2 und 3 GG”, *Arbeitsunterlage* 0086, p. 3). En contra también del empleo de estos límites materiales F. W. SCHARPF, “Zur Neujustierung...”, op. cit., pp. 5 y 6; A. BENZ, “Zur Reform der Kompetenzverteilung im Bundesstaat”, *Kommissionsdrucksache* 0017, pp. 5 y 6.

⁵¹ A su favor, aunque con propuestas en ocasiones parcialmente distintas, P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 8; F. W. SCHARPF, “Zur Neujustierung...”, op. cit., p. 6; a esta propuesta se adhiere A. BENZ, “Zur Reform...”, op. cit., p. 6; J. WIELAND, “Gesetzgebungskompetenzen...”, op. cit., p. 3.

⁵² Favorables a su inclusión, F. W. SCHARPF, “Zur Neujustierung...”, op. cit., p. 8; del mismo autor, “Für eine flexible...” op. cit., p. 2. Siguiendo a Scharpf, A. BENZ, “Zur Reform...”, op. cit., p. 8. En contra de la propuesta de Scharpf, H.-P. SCHNEIDER, *Kommissionsdrucksache* 0071 -neu- h, p. 3. Ya en el “Bericht zur innerstaatlichen Kompetenzordnung –Bestandsaufnahme und Problembeschreibung-“, se recoge como opción la de introducción de un veto del legislador federal al ejercicio por los Länder de este derecho de intervención (véase al respecto Bund/Länder-Arbeitsgruppe “Innerstaatliche Kompetenzordnung”, op. cit., pp. 20 y 21). En contra, se argumenta la complejidad de la solución, que supondría ampliar el procedimiento legislativo con pasos adicionales y en cierta contradicción con los objetivos generales de la reforma del federalismo de separación y transparencia. Además, podría dar entrada a los puntos de vista de los partidos políticos en la determinación de la decisión (ibidem, p. 24).

Este control habría de realizarlo alguna instancia política representativa del interés general, como el Bundestag o el Bundesrat⁵³.

Otro aspecto conflictivo de este derecho de intervención ha sido el de los efectos de su introducción en materia de relaciones entre fuentes. Los Länder lógicamente aspiraban a dar a este derecho una eficacia absoluta, con lo que sus leyes se impondrían incluso frente a las novedades legislativas federales posteriores⁵⁴. Se establecería así una excepción respecto del principio del art. 31 LF de prevalencia del Derecho federal sobre el Derecho de los Länder, algo que, para algunos autores, resultaba difícilmente tolerable para la seguridad y claridad jurídica en la totalidad del Estado⁵⁵. Desde este último punto de vista, el legislador federal debía además conservar la libertad de reaccionar frente a desarrollos erróneos no previstos o de definir los intereses y objetivos generales prioritarios respecto de los intereses de los Länder. Ello hacía necesario el que una ley federal posterior pudiera corregir el Derecho de los Länder creado sobre la base de este derecho de intervención⁵⁶.

A favor de la creación de un derecho de intervención de los Länder se exponían los siguientes argumentos:

a) Un derecho con este contenido serviría para fortalecer la propia responsabilidad de los Länder⁵⁷.

b) Su inclusión otorgaría al orden competencial creado por la Ley Fundamental la flexibilidad necesaria⁵⁸.

c) Este derecho posibilitaría el inicio de un proceso de “ensayo y error” en interés general, en el que la intervención de un Estado federado podría llegar finalmente a generalizarse o bien, por el contrario, revelarse como un desarrollo fallido⁵⁹.

⁵³ En opinión de la Federación, la atribución de un derecho de veto al Bundesrat no garantizaría suficientemente el interés general (ibidem, p. 23). Frente a este argumento, los Länder sostenían que el Bundesrat es también un órgano del legislador federal, que desarrolla funciones federales y no una institución conjunta de los Länder (ibidem, p. 24).

⁵⁴ “Föderalismusreform. Positionspapier der Ministerpräsidenten”, op. cit., p. 3.

⁵⁵ R. SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0005, op. cit., pp. 5 y 6. Cfr. también D. GRIMM y H.-P. SCHNEIDER, op. cit., p. 3.

⁵⁶ F. W. SCHARPF, “Zur Neujustierung...”, op. cit., p. 8; E. SCHMIDT-JORTZIG, *Kommissionsdrucksache* 0006, op. cit., p. 10; J. WIELAND, “Gesetzgebungskompetenzen...”, op. cit., p. 3.

⁵⁷ Bund/Länder-Arbeitsgruppe “Innerstaatliche Kompetenzordnung”, op. cit., p. 22.

⁵⁸ P.M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 9. Cfr. Bund/Länder-Arbeitsgruppe “Innerstaatliche Kompetenzordnung”, op. cit., p. 22.

⁵⁹ P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 9; A. BENZ, *Kommissionsdrucksache* 0071 –neu– c, op. cit., p. 4. Cfr. Bund/Länder-Arbeitsgruppe “Innerstaatliche Kompetenzordnung”, op. cit., p. 22.

d) Frente a la opción basada en un reparto estricto de materias, esta otra concede a cada Estado federado, individualmente considerado, un “derecho” de intervención, que podría o no ejercer según sus propias circunstancias e intereses. Da cuenta así de las diferencias existentes entre los diversos Länder⁶⁰.

e) Es un instrumento capaz de evitar conflictos competenciales respecto de materias objetivamente interdependientes⁶¹.

Por su parte, los principales argumentos contrarios a la creación de este derecho pueden resumirse del siguiente modo:

a) El reconocimiento de este derecho de intervención entraba en contradicción con la existencia de una cláusula de necesidad, que exigía que la intervención normativa del Estado sobre las materias de la legislación concurrente estuviera justificada sobre la base del interés general⁶².

b) El reconocimiento de este derecho crearía un riesgo de dispersión normativa y de inseguridad jurídica⁶³.

c) La creación de este derecho plantea problemas de difícil resolución en materia de conflictos normativos entre el Derecho federal y el Derecho de los Länder. La opción por una prevalencia incondicionada de la ley de los Länder respecto de la federal es criticada por varios motivos. Por una parte, la preclusión de una nueva intervención del legislador federal entraría en conflicto con el propio sentido de la legislación concurrente, pues impediría reaccionar en situaciones no previsibles a priori que hicieran necesaria una regulación unitaria para todo el Estado⁶⁴. Además, de ella se señala⁶⁵ que daría lugar a un “tapiz parcheado” («Flickenteppich») de diferentes situaciones jurídicas y a un Derecho federal parcial. Asimismo, un eventual ejercicio del derecho de intervención por todos los Länder privaría de sentido a la ley federal, mientras que en el caso de que tan sólo fueran unos

⁶⁰ Ibidem, pp. 20 y 22; “Föderalismusreform. Positionspapier der Ministerpräsidenten”, op. cit., p. 2; “Quedlinburger Erklärung”, op. cit., p. 3.

⁶¹ A. BENZ, *Kommissionsdrucksache* 0071 –neu- c, op. cit., p. 4; Bund/Länder-Arbeitsgruppe “Innerstaatliche Kompetenzordnung”, op. cit., p. 22.

⁶² H. MEYER, *Kommissionsdrucksache* 0012, op. cit., p. 23.

⁶³ R. SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0071 –neu- g, p. 3. Así sostenía también la Federación (véase Bund/Länder-Arbeitsgruppe “Innerstaatliche Kompetenzordnung”, op. cit., p. 23).

⁶⁴ D. GRIMM, “Zugriffsrechte und Öffnungsklauseln...”, op. cit., p. 4.

⁶⁵ Reproducimos aquí las críticas expuestas por F. KIRCHHOFF, *Kommissionsdrucksache* 0011, op. cit., pp. 6 y 7. Véase también D. GRIMM y H.-P. SCHNEIDER, op. cit., p. 3.

pocos los que dejaran de ejercerlo, la Federación estaría aprobando en la práctica Derecho de los Länder⁶⁶. Por el contrario, en el caso de que una ley federal posterior pudiera imponerse sobre el Derecho divergente de los Länder, la virtualidad del derecho de intervención se vería anulada en la práctica⁶⁷, y los ciudadanos quedarían expuestos a rápidos cambios normativos, y, tras una eventual nueva divergencia por parte de algunos Länder, a una incalculable aglomeración de diferentes situaciones jurídicas⁶⁸.

5.1. d) La alternativa de la inclusión en la ley federal de una cláusula de apertura o de experimentación

En la búsqueda de soluciones adecuadas para proporcionar al sistema de reparto competencial una mayor flexibilidad y, al mismo tiempo, capaces de fortalecer el ejercicio de competencias por los Länder, surgieron a lo largo de los debates realizados con ocasión de la reforma constitucional dos opciones más, que en ocasiones se presentaban de manera íntimamente vinculada. La idea básica consistía en permitir en el tipo de la legislación concurrente la inclusión en la ley federal de cláusulas de apertura («Öffnungsklauseln»), que autorizaran normas divergentes de los Länder en una medida que se considerara necesaria y posible⁶⁹, o bien autorizaciones a la aprobación por parte de los Länder de normativa experimental o de prueba.

Esta posibilidad encontró sin embargo una fuerte resistencia en los propios Länder, quienes entendían que de este modo no se satisfacía en

⁶⁶ Es por ello que la Federación sostiene que la introducción de este derecho de intervención comportaría para ella el riesgo de un gasto inútil en leyes que finalmente pueden encontrar sólo aplicación limitada a algunos Länder (Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung"), op. cit., p. 24).

⁶⁷ D. GRIMM, "Zugriffsrechte und Öffnungsklauseln...", op. cit., p. 4.

⁶⁸ F. KIRCHHOFF, *Kommissionsdrucksache* 0011, op. cit., p. 7. Gráficamente, se generaliza a modo de crítica la descripción de esta situación como un "ping pong" (así, D. GRIMM y H.-P. SCHNEIDER, op. cit., p. 3). Para estos autores, no resulta convincente el argumento basado en la dificultad de que tal situación llegara finalmente a concretarse, pues, a su juicio, es una mala política constitucional apoyar las reglas sobre una presunción de que no serán utilizadas. Si no se desea un determinado efecto, no se debe confiar en que no va a ocurrir, sino que debe ser excluido (ibidem).

⁶⁹ Así, R. SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0005, op. cit., p. 5. Cfr. También H. MEYER, *Kommissionsdrucksache* 0012, op. cit., pp. 23 y 24. GRIMM, aunque contrario a esta solución, considera que plantea menos dificultades que la creación de un derecho de intervención a favor de los Länder. El legislador federal puede autorizar divergencias respecto del Derecho federal o según su discrecionalidad política o bajo determinadas condiciones, que serían en todo caso reconducibles de nuevo a una cláusula de necesidad (D. GRIMM, "Zugriffsrechte und Öffnungsklauseln...", op. cit., p. 5).

grado suficiente el objetivo de fortalecer su autonomía legislativa, toda vez que quedaría finalmente a disposición del legislador federal la decisión de incluir o no en cada una de sus leyes una cláusula de este tipo, y la determinación de la medida en que se habría de conceder la apertura⁷⁰. Además, en tanto que su intervención normativa se hacía depender de una autorización del legislador federal, no podrían los Länder oponerse a una recuperación posterior de la materia por la Federación⁷¹. Por otra parte, cláusulas de esta naturaleza previstas ya con anterioridad en la Ley Fundamental (véanse arts. 71, 72 y 125a, apartado 2 LF), habían quedado hasta el momento inéditas, lo que ponía de manifiesto el escaso interés mostrado por la Federación en su empleo⁷².

Estas críticas quedaban superadas si se recogía la experimentación de soluciones propias por parte de los Länder a modo de derecho, no dependiente por tanto de previa autorización por parte del legislador federal. Los Länder disfrutarían así de un derecho propio a desarrollar proyectos experimentales durante un período de tiempo determinado, a cuyo final serían sometidos necesariamente a un control por parte del legislador federal. Éste debería tener también, en determinadas circunstancias, la facultad de oponerse a la alternativa propuesta por los Länder⁷³. La solución basada en un Derecho experimental por parte de los Länder presentaba para sus defensores como principales ventajas frente a otras su mayor capacidad para desencadenar impulsos descentralizadores o su efecto de estímulo para una competición por el logro de las mejores soluciones⁷⁴.

En todo caso, estas soluciones mostraban inicialmente la misma incompatibilidad con la cláusula de necesidad que se ponía de manifiesto en relación con la creación de un derecho de intervención⁷⁵.

5.2. Las reformas introducidas en la legislación concurrente

Finalmente, tal y como se podía prever a partir del debate expuesto, las modificaciones efectuadas con esta reforma constitucional sobre la legisla-

⁷⁰ Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit., pp. 25 y 26. Véanse también, en este sentido, P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 9; F. KIRCHHOFF, *Kommissionsdrucksache* 0011, op. cit., p. 7.

⁷¹ P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 9.

⁷² Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", op. cit., p. 25. En este sentido también F. KIRCHHOFF, *Kommissionsdrucksache* 0011, op. cit., p. 7.

⁷³ Véanse J. WIELAND, *Kommissionsdrucksache* 0009, p. 4; A. BENZ, *Kommissionsdrucksache* 0010, op.cit., p. 6.

⁷⁴ A. BENZ, *Kommissionsdrucksache* 0010, op. cit., p. 6.

⁷⁵ F. KIRCHHOFF, *Kommissionsdrucksache* 0011, op. cit., p. 7.

ción concurrente han sido de gran alcance y modifican sustancialmente este tipo competencial⁷⁶.

5.2. a) La reforma efectuada del alcance de la cláusula de necesidad

La primera modificación realizada afecta al apartado segundo del citado precepto. Allí se contiene, como es ya sabido, la conocida como “cláusula de necesidad”, que condiciona la actuación normativa de la Federación en el ámbito de la legislación concurrente a la presencia de determinados presupuestos habilitantes (cuando fuera necesario para la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o para la salvaguardia de la unidad jurídica o económica en interés general). Aunque la reforma deja intacto el contenido de la cláusula, incide directamente sobre su aplicabilidad, toda vez que le antepone un listado positivo de materias que pasa a definir su ámbito exclusivo de actuación. De este modo, tras la reforma el art. 72.2 LF comienza diciendo que “En el ámbito del art. 74, apartado 1, números 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 y 26 la Federación tiene derecho a legislar si y en la medida en que sea necesario para...”⁷⁷. Respecto de las materias enumeradas, por tanto, el legislador federal sólo podrá intervenir si se da alguna de las condiciones expuestas en la cláusula de necesidad.

Si de todas las materias incluidas en la legislación concurrente se puede decir que no admiten por su naturaleza su atribución exclusiva a la Federación o a los Länder, las que ahora se enumeran en el art. 72.2 LF se encontrarían especialmente vinculadas al interés de estos últimos. Ello justifica que la intervención normativa de la Federación sólo pueda realizarse si se verifica la aparición de alguna de las condiciones de la cláusula de necesidad. La posibilidad de intervención del legislador federal garantiza, por su parte, el interés general también presente en estas materias.

⁷⁶ El apartado primero del art. 72 LF no ha sido afectado expresamente por la reforma, por lo que su tenor literal sigue estableciendo, como sabemos, que “En el ámbito de la legislación concurrente tienen los Länder la potestad para legislar en tanto que, y en la medida en que, la Federación no haya hecho uso por ley de su competencia legislativa” (art. 72.1 LF). Sin embargo, el sentido de este precepto sí se ve necesariamente afectado por la reforma del resto de apartados de este artículo.

⁷⁷ En el catálogo de materias expresamente mencionadas en el proyecto de reforma del art. 72.2 LF aparecía también el apartado 24 del art. 74.1 [“la eliminación de residuos, la purificación de la atmósfera y la lucha contra el ruido (sin la protección frente al ruido relativo a conductas –*verhaltensbezogenem*–)”, del que se excluía expresamente el derecho a la purificación de la atmósfera y la lucha contra el ruido. En la redacción finalmente aprobada desapareció dicha referencia, lo que facilita al legislador federal su actuación en la materia citada.

Una interpretación sensu contrario del art. 72.2 LF arroja como resultado el que en los ámbitos allí no citados la Federación podrá legislar sin necesidad de que su actuación venga justificada sobre la base del cumplimiento de un presupuesto material que la habilite. En la motivación que acompaña a la iniciativa de la reforma se pone de manifiesto la coincidencia en este punto entre la Federación y los Länder acerca de la necesidad de legislación federal sobre estas materias no citadas por el art. 72.2 LF⁷⁸. Esto no sólo tiene sus consecuencias en cuanto al momento en que el legislador federal puede intervenir, para lo que no se encuentra ya sujeto a la verificación de condición alguna, sino que también se proyecta sobre la intensidad de la intervención legislativa. En efecto, en la redacción anterior, la norma constitucional habilitaba la actuación legislativa si, y en la medida en que lo exigieran los supuestos mencionados. Debía limitarse, pues, a lo que fuera necesario para el restablecimiento de la equivalencia en las condiciones de vida o a la satisfacción del interés general en el mantenimiento de la unidad jurídica o económica. En lo demás, la materia habría de quedar abierta a la acción normativa del legislador de los Länder. Ahora, sin embargo, el legislador federal puede, según el nuevo texto aprobado, regular de forma exhaustiva las materias no citadas en el art. 72.2 LF, sin que a ello se pueda ya oponer pretensión competencial alguna por parte de los Länder. El resultado de esta concreta modificación, individualmente considerada es, pues, un fortalecimiento, al menos aparente, de la capacidad legislativa de los poderes federales en el ámbito de la legislación concurrente.

5.2. b) La creación de un «Abweichungsrecht» a favor de los Länder

La reforma constitucional crea a su vez un importante contrapeso al reforzamiento de la posición de la Federación producido con ocasión de la reforma del apartado 2 del art. 72 LF. Así, el apartado tercero de este mismo artículo establece ahora lo siguiente: “Si ha hecho uso la Federación de su competencia legislativa, los Länder pueden por ley adoptar normas que diverjan sobre...” cualquiera de las materias incluidas en el catálogo que allí se establece⁷⁹. Finalmente, se ha optado, pues, por recoger en el ámbito de la legislación concurrente un derecho de intervención de los Länder, si bien limitado a determinadas materias. Se desecha así en la

⁷⁸ *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 9.

⁷⁹ “Hat der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht, können die Länder durch Gesetz hiervon abweichende Regelungen treffen über (...)”.

reforma la posibilidad de incluir otro tipo de límites circunstanciales o procedimentales al ejercicio por los Länder de su derecho de intervención.

En la motivación de la reforma se dice que con ello “Los Länder ganan la posibilidad de desarrollar en los ámbitos citados sus propias concepciones, separándose de la regulación federal, y de responder a sus distintos presupuestos y condiciones estructurales. El uso de esta posibilidad –concluye el proyecto- o el que la regulación federal sea eficaz sin divergencia, es algo que queda a la decisión política responsable de los respectivos legisladores de los Länder⁸⁰.”

La introducción de este derecho a divergir («*Abweichungsrecht*») supone, claro está, una ruptura sistemática considerable dentro de la legislación concurrente, tal y como ésta era concebida, pues hasta la reforma los Länder sólo tenían derecho a legislar si y en la medida en que la Federación no hubiera hecho uso de su competencia (apartado 1 del art. 72 LF)⁸¹. El nuevo tenor del art. 72.3 LF les permite ahora, sin embargo, legislar aunque la Federación haya hecho uso de su potestad legislativa sobre la materia, e incluso en contra de lo dispuesto en la ley federal.

El tenor literal de este apartado 3 podría dar a entender que, en el ámbito material allí establecido, los Länder no pueden legislar si la Federación no ha hecho antes uso de su propia competencia legislativa (“Si ha hecho uso la Federación de su competencia legislativa, los Länder pueden por ley adoptar normas que diverjan sobre...”). Esta conclusión, sin embargo, sería desacertada. Como se dispone en el apartado 1 de este mismo artículo, los Länder podrán seguir aprobando normas sobre cualquier materia del art. 74 LF si el legislador federal no ha hecho uso de su competencia legislativa, o en la medida en que no haya uso de la misma. Lo único que ocurre es que en este caso no se puede hablar propiamente de la aprobación de “normas divergentes”, en tanto que no se alejan de ninguna ley federal anterior.

Como no podía ser de otro modo, las materias sobre las que los Länder pueden ejercer su «*Abweichungsrecht*» son distintas de aquellas sobre las que recae aún la “cláusula de necesidad” del art. 72.2 LF. Dicho de otra forma, allí donde la Ley Fundamental exige que la intervención del legislador federal venga justificada por la necesidad de crear condiciones de vida equivalentes en todo el territorio federal o de garantizar en interés general la unidad jurídica o económica, no pueden los Länder posteriormente ejer-

⁸⁰ *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 11.

⁸¹ P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 9.

cer su derecho a divergir de la normativa federal. No se hubiera justificado la imposición de dichas condiciones al legislador federal si, acto seguido, hubiera quedado abierta la posibilidad para los Länder de aprobar normas con un contenido distinto de las federales. Los intereses que subyacen a las citadas condiciones hubieran sido puestos nuevamente en peligro.

Se da la circunstancia de que todas las materias mencionadas en el nuevo apartado 3 del art. 72 LF, sobre las que los Länder pueden ejercer su «*Abweichungsrecht*» han sido incluidas también por la reforma constitucional en el ámbito de la legislación concurrente. Con anterioridad encontraban su emplazamiento en la ahora suprimida legislación marco de la Federación (art. 75.1 LF), si bien en ocasiones con alguna modificación. El elenco de materias sobre las que cabe el ejercicio por parte de los Länder de ese “derecho a la divergencia” es el siguiente: “1. La caza (sin el derecho de licencia de caza); 2. La protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje (sin los principios generales de la protección de la naturaleza, el derecho de protección de las especies o la protección del medio marino); 3. La distribución de la tierra; 4. La ordenación del territorio; 5. El régimen hidráulico (sin el régimen de las sustancias o instalaciones); 6. La admisión y la graduación en la enseñanza superior.” Los aspectos de las materias citadas que son expresamente excluidos («*abweichungsfeste Kerne*») quedan bajo el círculo general de la legislación concurrente, y fuera del ámbito de aplicación de su cláusula de necesidad, con lo que el Estado puede legislar libremente sobre ellos sin posibilidad alguna de divergencia por parte de los Länder. En la motivación de la reforma se destaca la especial importancia que este cambio tiene de cara a posibilitar en estos ámbitos la transposición uniforme del Derecho de la Unión Europea por parte de la Federación, así como el especial interés del reconocimiento de este núcleo resistente a la divergencia en lo que respecta a la protección del medio ambiente⁸².

En su nueva redacción, el mismo apartado 3 del art. 72 LF establece además que “Las leyes federales aprobadas sobre estas materias –se está refiriendo, recordemos, a aquellas sobre las que los Länder pueden ejercer su «*Abweichungsrecht*»- entran en vigor no antes de seis meses desde su publicación, en cuanto no se determine otra cosa con la aprobación del Bundesrat⁸³”

⁸² *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 11.

⁸³ En el proyecto de reforma se exigía que la aprobación del Bundesrat fuera por una mayoría cualificada de dos tercios de los votos.

La primera parte de esta norma sirve a un doble objetivo⁸⁴. En primer lugar, ofrece un lapso de tiempo suficientemente amplio a los Länder para que puedan aprobar una ley sobre la materia, de contenido distinto a la ley federal, antes de que ésta última entre en vigor (seis meses desde su publicación). No cabe duda de que puede ser un período de tiempo más que suficiente para que los respectivos parlamentos de los Estados federados estudien el texto de la ley federal y decidan sobre la conveniencia de aprobar o no una ley que diverja del mismo. Debe entenderse, para evitar contradicciones con el primer inciso del art. 72.3 LF que se considera que la Federación ha hecho uso de su competencia legislativa en el mismo momento en que la norma es publicada, y no cuando ésta entra en vigor, con lo que los Länder no necesitan esperar al momento de inicio de la vigencia de la ley estatal para aprobar su ley de divergencia. De esta manera, en aquellos Länder que han ejercido sin dilación su «Abweichungsrecht», puede suceder que la norma federal no llegue a entrar nunca en vigor. Más aún, esta situación es deseable para evitar los -tan criticados durante el proceso de reforma- eventuales cambios rápidos en la legislación aplicable sobre estas materias, que podrían tener lugar sin embargo si los Länder tuvieran que esperar a la entrada en vigor de la ley federal para divergir de ésta.

Pero, por otro lado, este lapso de tiempo persigue además evitar los cambios sorpresivos de legislación aplicable, con merma para la seguridad jurídica, situación a la que se podría llegar si la norma federal pudiera entrar en vigor de manera inmediata tras su aprobación.

La posibilidad prevista de que, con acuerdo del Bundesrat, se pueda exceptuar la aplicación de esta cláusula de «vacatio legis» responde, según la motivación de la reforma- a la necesidad de otorgar cobertura a una respuesta legislativa más rápida para casos de urgencia, como por ejemplo –se cita expresamente-, por causa del cumplimiento de plazos de transposición del Derecho europeo. El interés de los Länder queda garantizado, sin embargo, con el hecho de que sea necesario el acuerdo del Bundesrat, la Cámara donde ellos están representados⁸⁵.

Para aclarar las relaciones que pueden establecerse entre Derecho federal y Derecho de los Länder en el ámbito de las materias sobre las que éstos pueden ejercer su «Abweichungsrecht», el art. 72.3 finaliza diciendo

⁸⁴ Así se declara también en la motivación de la reforma (*B.Tag Drucksache* 16/813, p. 11.

⁸⁵ *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 11.

que “En las materias del inciso primero de este apartado prevalece, en la relación entre Derecho federal y Derecho de los Länder, la ley respectivamente posterior.” Este tenor literal es objeto de una interpretación auténtica en la motivación de la reforma, en la que se establece que “Una ley de un Estado federado que diverge del Derecho federal no deroga el Derecho federal para el territorio del Estado federado en cuestión, sino que meramente es de aplicación preferente («geht vor»).

Esto significa –continúa– que, por ejemplo, en caso de derogación del Derecho divergente del Estado federado automáticamente rige de nuevo el Derecho federal. Si reforma la Federación su Derecho, por ejemplo para trasponer nuevas disposiciones del Derecho de la Unión Europea en todo el territorio federal, prevalece el nuevo Derecho federal –como ley posterior– al Derecho del Estado federado. Si deroga la Federación su ley, rige de nuevo el Derecho del Estado federado. Los Länder por su parte pueden también divergir nuevamente del Derecho federal reformado (en el caso del ejemplo sin embargo sólo con observación del Derecho de la Unión Europea vinculante también para los Länder). En tal caso, el Derecho del Estado federado prevalece de nuevo sobre el Derecho federal”.

El criterio de solución de conflictos normativos plasmado en el art. 72.3 LF constituye, como ha quedado de manifiesto por los debates de la reforma, una excepción al principio general ya citado del art. 31 de la propia Ley Fundamental, según el cual “El Derecho federal prevalece sobre el Derecho de los Estados”⁸⁶. Resulta una excepción absolutamente esencial al propio significado del «Abweichungsrecht» de los Länder, toda vez que no se hubiera entendido su virtualidad si, en caso de conflicto entre la norma federal y la norma divergente de los Länder hubiera prevalecido la primera. El criterio general del art. 31 LF sigue siendo de aplicación para los restantes conflictos normativos que pudieran suscitarse con ocasión de la legislación concurrente.

⁸⁶ Para evitar la contradicción entre los respectivos tenores literales, T. DE MAIZIÈRE, Ministro de Justicia del Estado libre de Sajonia, proponía a su vez una reforma del art. 31 LF, que le añadiera el inciso “en cuanto esta Ley Fundamental no disponga o permita otra cosa” (T. DE MAIZIÈRE, “Zugriffsrecht”, *Arbeitsunterlage* 0078, p. 4). En el mismo sentido, J. WIELAND, “Ergänzung der Eckpunkte zu einer Neufassung des Art. 72 GG. Vorschlag Joachim Stünker, MdB/ Dr. Norbert Röttgen, MdB, vom 27 September 2004”, *Arbeitsunterlage* 0085, p. 2. En contra de la necesidad de reformar el art. 31 LF, H. MEYER, quien pone de manifiesto que el Derecho federal sólo prevalece sobre el de los Länder en la medida en que se base en el ejercicio por la Federación de su propia potestad de regulación, (H. MEYER, “Zur Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern”, *Arbeitsunterlage* 0096, p. 7).

La solución adoptada por el art. 72.3 LF se inspira en el criterio cronológico «lex posterior derogat legi priori». Decimos únicamente que se inspira porque, como se ha puesto ya de manifiesto, la ley anterior no queda derogada, sino que sigue vigente, si bien su aplicación queda desplazada. El criterio cronológico no es por regla general de aplicación allá donde las normas que entran en conflicto se relacionan por el principio de competencia. Existiendo un reparto de competencias, este criterio se desenvuelve normalmente entre las normas propias de cada ámbito competencial, pero no en los supuestos de conflicto entre normas procedentes de distintos centros de producción, dotados cada uno de ellos de un específico ámbito de competencias. Esto nos puede hacer concluir que, en realidad, no se puede hablar propiamente de reparto de competencias entre Federación y Länder respecto de aquellas materias propias de la legislación concurrente sobre las que éstos últimos pueden ejercer su derecho a divergir de la legislación federal. Se tratan, pues, de materias no asignadas a la titularidad de una u otros, sobre las que cada uno de ellos puede actuar en el momento que lo estime oportuno sin necesidad de satisfacer ningún requisito, con el efecto de desplazar la aplicación de la otra norma. No es esto lo que sucede con el resto de materias atribuidas a la legislación concurrente. En el supuesto general del art. 72.1 LF, aunque inicialmente puede actuar tanto el legislador federal como el de los Länder, una intervención del primero absorbe los aspectos de la materia sobre los que ha desarrollado su labor normativa, lo que explica que los Länder, a partir de entonces, sólo puedan desarrollar su potestad legislativa sobre otros aspectos no cubiertos por la legislación federal, y con respeto a lo dispuesto en ésta. La ley federal sólo puede ser derogada por otra ley federal posterior y hasta tanto esto sucede su aplicabilidad no queda sujeta a posible desplazamiento alguno por parte de las normas de los Länder. Lo mismo se puede decir en el caso de las materias para las que es de aplicación la “cláusula de necesidad”, si bien respecto de ellas el apartado 4 del art. 72 LF (anterior apartado 3) dispone, como veremos, un mecanismo que permite al Derecho de los Länder sustituir al de la Federación si una ley federal así lo autoriza por declarar ya inexistente la necesidad que justificó su aprobación.

5.2.c) La desaparición sobrevenida de la necesidad de legislación federal

En efecto, tras la reforma, pasa a ser apartado cuarto del art. 72 LF el que antes era su apartado 3. Este precepto establece lo siguiente: “Por medio de una ley federal se puede determinar que una regulación legal federal, para la que ya no existe una necesidad en el sentido del apartado

2, pueda ser sustituida por el Derecho de los Länder”. Aunque el tenor literal de este precepto ha permanecido intacto, con la reducción del ámbito de materias sometido a la aplicación de la cláusula de necesidad, queda afectado también, lógicamente, el ámbito de aplicación de este precepto. A partir de la reforma, para que los Länder puedan legislar en el espacio de la legislación concurrente sólo puede ser exigible la ley federal que ahí se menciona en relación con las materias sujetas a esa cláusula. Sobre las restantes materias, podrán legislar los Länder “en tanto que, y en la medida que la Federación no haya hecho uso de su competencia legislativa” (apartado 1) o, ejercitando su derecho a divergir en relación con las materias del apartado 3, en cualquier momento tras la publicación de la ley federal.

5.2. d) Recapitulación parcial

En definitiva, dentro del ámbito general de la legislación concurrente se puede, a su vez, realizar tres divisiones:

1) Materias del art. 74 LF sobre las que la Federación puede ejercer su potestad legislativa sin límite ni condición alguna, pudiendo actuar los Länder sobre aquéllas sólo si, y en la medida en que no lo haya hecho previamente la Federación (apartado 1).

2) Materias expresamente mencionadas en el apartado 2 del art. 74 LF, sobre las que la Federación únicamente puede legislar si se dan las circunstancias descritas en la “cláusula de necesidad”. Sobre estas materias pueden legislar los Länder en las mismas condiciones dispuestas en el apartado 1, esto es, si la Federación no ha aprobado norma alguna, o, en su defecto, en los márgenes donde la cláusula de necesidad no haya alcanzado a cubrir la actuación federal. Una vez aprobada la legislación federal, ésta sólo podrá ser sustituida por el Derecho de los Länder si se declara por ley federal la desaparición de las circunstancias que habilitaron la intervención de la Federación.

3) Materias expresamente recogidas en el apartado 3, sobre las que la Federación puede ejercer su potestad legislativa con dos límites: uno relativo al período de «vacatio legis» de seis meses desde la publicación de la ley federal, y otro relativo a su eficacia en el territorio de cada Estado federado, que queda condicionada a que el respectivo Estado no haya hecho uso de su «Abweichungsrecht». Si, por el contrario, el legislador de un Estado federado aprobara una ley divergente de la federal, aquélla prevalecerá sobre ésta, desplazándola en su aplicación. Esta última circunstancia no impediría una nueva intervención legislativa federal.

6. LA SUPRESIÓN DE LA LEGISLACIÓN MARCO

La reforma constitucional efectuada en Alemania suprime la legislación marco. Sobre la conveniencia de dicha supresión existía un acuerdo notablemente generalizado tanto en el ámbito político como en el doctrinal⁸⁷. Esta medida era citada expresamente como uno de los objetivos de la reforma en el Acuerdo de 14 de diciembre de 2005 entre la Canciller alemana y los Jefes de Gobierno de los Länder⁸⁸.

De forma minoritaria, algunos autores sostuvieron durante el proceso de reforma, sin embargo, que se debía mantener la legislación marco con cambios, bajo la forma de una mera legislación de principios⁸⁹ o –de manera análoga al Derecho comunitario europeo– como directivas. Esto serviría eventualmente para aclarar que la Federación se debía limitar sólo a la determinación de los estándares de unidad absolutamente necesarios, dejando así a los Länder un espacio sustancial de decisión política⁹⁰. Frente

⁸⁷ En el terreno del debate político, véase el escrito presentado por representantes en el Bundestag y en los parlamentos de los Länder, encabezados por G. KRINGS y T. GÖNNER, “Unserem Föderalismus erneuern! Es geht um unsere Zukunft. Aufruf junger Bundestags- und Landtagsabgeordneter von CDU und CSU”, *Kommissionsdrucksache* 0019, pp. 5 y 6; o el escrito de los Presidentes de parlamentos de los Länder, “Neuordnung...”, op. cit., p. 3. No obstante, pese a considerar negativa la experiencia acumulada en el uso de esta figura, algunos autores se mostraron partidarios del mantenimiento de este tipo. Éste es el caso de R. SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0005, op. cit., p. 3. Véase además H. G. HENNEKE, op. cit., p. 2.

⁸⁸ No obstante, en la Propuesta de los Presidentes de la Comisión de Bundestag y Bundesrat para la modernización del ordenamiento federal, de 13 de diciembre de 2004, continúa figurando la legislación marco con la misma redacción que tenía en aquel momento, si bien limitada en su ámbito material a tres de los siete apartados hasta entonces a ella atribuidos: principios generales de la educación superior (apartado 1a), la caza, la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje (apartado 3) y la distribución de la tierra, la ordenación del territorio y el régimen hidráulico (apartado 4) (F. MÜNTEFERING y E. STOIBER, “Vorentwurf vom 13. Dezember 2004. Vorschlag der Vorsitzenden”, *Arbeitsunterlage* 0104 – neu-, p. 8).

⁸⁹ Esta opción se contempla también en Bund/Länder-Arbeitsgruppe “Innerstaatliche Kompetenzordnung”, op. cit., p. 36.

⁹⁰ R. SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0005, op. cit., p. 4, E. SCHMIDT-JORTZIG, *Kommissionsdrucksache* 0006, op. cit., p. 3. Véase también la solución propuesta en el escrito presentado por parlamentarios de la CDU y CSU, según la cual esta legislación de principios debería limitarse a la creación de las condiciones para una competencia eficaz entre los Länder (G. KRINGS y T. GÖNNER, op. cit., p. 6). Para los presidentes de los parlamentos de los Länder, en el caso de que se optase por mantener la figura para determinadas materias, debería subrayarse su carácter excepcional para garantizar su empleo estricto como legislación marco o de principios (escrito de los Presidentes de parlamentos de los Länder, “Neuordnung...”, op. cit., p. 3).

a esta posibilidad se puso de manifiesto con acierto por otros autores que la alternativa propuesta no aportaba ninguna mejora sustancial de la situación, pues ni aseguraba la desaparición del problema de las normas completas ni resolvía la delimitación entre principios y normas de detalle⁹¹.

Al acuerdo sobre la necesidad de suprimir el tipo contribuía considerablemente el hecho de que la Federación hubiera realizado un uso incorrecto de su competencia sobre legislación marco, sin que a ello hubiese puesto fin la reforma de 1994, que condicionaba su empleo por el legislador federal a la concurrencia de alguno de los mismos requisitos establecidos para la legislación concurrente por el art. 72.2 LF (cláusula de necesidad)⁹². De este modo, se utilizaba frecuentemente la legislación marco para regular íntegramente las materias afectadas, lo que contradecía evidentemente la intención constitucional de limitar su empleo a la mera fijación de un marco⁹³. La inclusión de disposiciones que entraban en detalles e inmediatamente aplicables, posibilidad concebida como excepcional por el art. 75.2 LF, se había generalizado⁹⁴.

Por otra parte, la legislación marco parecía entrar en contradicción con algunos de los objetivos principales de la reforma del federalismo alemán, como la separación de las funciones estatales y la clarificación de responsabilidades⁹⁵. En este sentido, se le reprochaba a la figura que la coexistencia de normas marco federales y las concreciones de los Länder resultaba problemática y rompía la idea fundamental que sirve de base a los arts. 70 y siguientes de la Ley Fundamental, según la cual o la Federación o los Länder debían ser competentes para legislar, pero no ambos⁹⁶. Para la propia Federación, la delimitación de las funciones normativas se mostraba problemática en la práctica, no sólo a la hora de responder a la cuestión de si existía una norma que entrara en detalles o inmediatamente eficaz -algo únicamente admitido en circunstancias excepcionales-, sino

⁹¹ P.M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 11. Cfr. También A. BENZ, *Kommissionsdrucksache* 0071 –neu– c, op. cit., p. 2

⁹² En este sentido, también los Länder. Así, en Bund/Länder-Arbeitsgruppe “Innerstaatliche Kompetenzordnung” op. cit., p. 31.

⁹³ R. SCHOLZ, *Kommissionsdrucksache* 0005, op. cit., p. 4.

⁹⁴ P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 2. H. MEYER pone el ejemplo de la Ley Marco de Estatuto funcional, dictada sobre la base de la anterior redacción del art. 75.1.1 LF y que regula un estatuto funcional completo (H. MEYER, *Kommissionsdrucksache* 0012, op. cit., p. 13).

⁹⁵ Así, el escrito de los Presidentes de parlamentos de los Länder, “Neuordnung...”, op. cit., p. 3. Esta crítica la compartía también la Federación (véase Bund/Länder-Arbeitsgruppe “Innerstaatliche Kompetenzordnung”, op. cit., p. 32).

⁹⁶ P. M. HUBER, *Kommissionsdrucksache* 0008, op. cit., p. 10.

también para la cuestión, vinculada a la anterior, de si se estaba o no ante una de esas excepciones. Por último, la Federación destacaba la imposibilidad a la que se veía abocada de aprobar regulaciones completas unitarias para toda la Federación que venían impuestas técnica o jurídicamente por la UE⁹⁷.

En la motivación que acompaña a la proposición de reforma se señala que la categoría de la legislación marco, con la necesidad de dos procedimientos legislativos encadenados a nivel federal y de los Länder se había mostrado especialmente ineficaz en el caso de la transposición del Derecho europeo⁹⁸, sin que, en los demás casos, se pudiera valorar positivamente el resultado ofrecido. Ante esta situación, debía considerarse que la solución adecuada era la desaparición total de la figura y el reparto de las materias reservadas a este tipo competencial entre la Federación y los Länder. Así, parte de estas materias son trasladadas al segmento de la legislación concurrente no vinculado por la cláusula de necesidad, y en algunos casos sometidas al posible ejercicio de su «*Abweichungsrecht*» por parte de los Länder.

7. LAS NORMAS DE DERECHO TRANSITORIO

Como consecuencia de la modificación de las técnicas de atribución competencial, puede darse el caso de que una ley, que hubiera sido aprobada en el ejercicio de una determinada competencia, o sobre la base de una concreta configuración de la misma, se viera desprovista de su fundamento. Para solucionar estos supuestos debe acudir a las normas de Derecho transitorio contenidas en el art. 125a LF, parcialmente reformadas, y al ahora creado art. 125b LF⁹⁹.

⁹⁷ Bund/Länder-Arbeitsgruppe “Innerstaatliche Kompetenzordnung”, op. cit., p. 32. A este último argumento oponían los Länder que la valoración de cuándo una regulación completa unitaria para toda la Federación venía impuesta técnicamente era muy subjetiva y jurídicamente irrelevante. Lo decisivo para la cuestión de la necesidad de una regulación federal en la legislación marco debía ser sólo los presupuestos del art. 72.2 LF, a los que se refería el art. 75.1 LF. Por otra parte, jurídicamente la UE no podía imponer nunca una regulación federal, puesto que el Derecho comunitario respeta el orden competencial de los Estados miembros (ibidem, p. 32).

⁹⁸ *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 8. Cfr. al respecto Bund/Länder-Arbeitsgruppe “Innerstaatliche Kompetenzordnung”, op. cit., p. 32.

⁹⁹ Sobre el debate específico suscitado con ocasión de este Derecho transitorio, véanse especialmente la pregunta número 5 formulada por el diputado V. KRÖNIG en *Kommissionsdrucksache* 0071 –neu–, y las respuestas subsiguientes.

En su apartado primero, el art. 125a LF establece ahora que “El Derecho que ha sido aprobado como Derecho federal, pero que por causa de la reforma de los arts. 74.1 [elenco de materias de la legislación concurrente], (...) o por causa de la desaparición de los arts 74a [legislación concurrente], [o] 75 [legislación marco] (...), ya no podría ser aprobado como Derecho federal, continúa vigente como Derecho federal. Puede ser sustituido por Derecho de los Länder”.

El apartado segundo de este mismo artículo dispone que “El Derecho que ha sido aprobado sobre la base del art. 72.2 en la redacción vigente hasta el 15 de noviembre de 1994, pero que por causa de la modificación del art. 72.2 ya no podría ser aprobado como Derecho federal, continúa vigente como Derecho federal. Por medio de una ley federal se puede disponer que pueda ser sustituido por Derecho de los Länder”. Según la motivación de la reforma, una tal autorización deberá ser concedida cuando el legislador federal tenga conocimiento positivo de la ausencia de necesidad, especialmente en los casos en que el TCF ha llegado expresamente a esta conclusión en una decisión incidental. Por lo demás –se añade–, el TCF ha decidido ya que, en caso de ausencia de necesidad, la discrecionalidad otorgada por el art. 125a.2, inciso 2 a la Federación en los casos en los que ella sostiene una nueva concepción acerca de lo que sea necesario, por razones materiales o políticas, se estrecha, de forma que la Federación debe autorizar a los Länder a crear nuevo Derecho¹⁰⁰.

Asimismo se incorpora un nuevo art. 125b que regula específicamente las situaciones creadas con ocasión de la desaparición de la legislación marco. En este sentido establece que “El derecho que ha sido aprobado sobre la base del art. 75 en la redacción vigente hasta el 1 de septiembre de 2006 y que también podría haber sido aprobado después de este momento como Derecho federal, continúa en vigor como Derecho federal. Las potestades y las obligaciones de los Länder en materia legislativa al respecto subsisten. En el caso de las materias citadas en el art. 72, apartado 3 inciso primero –que, recordemos, proceden de la legislación marco–, los Länder podrán aprobar normas divergentes de este Derecho; en el caso de las materias del art. 72, apartado 3, inciso 1 números 2, 5 y 6 sin embargo sólo si y en la medida en que la Federación haya hecho uso de su competencia legislativa a partir del 1 de septiembre de 2006, en los casos de los números 2 y 5 lo más tarde a partir del 1 de enero de 2010, en el caso del número 6 lo más tarde a partir del 1 de agosto del 2008.”

¹⁰⁰ *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 21, con cita de la BVerfGE 11, 10, 31.

A diferencia, pues, de lo que ocurre en el art. 125a LF, aquí se regula sobre la base de las normas anteriores, pero que después de la reforma también podría ser aprobado como Derecho federal, con especial atención a la posible creación de derecho divergente por los Länder. El sentido de este artículo lo aclara la motivación de la proposición de reforma: “En las materias sometidas a la legislación de divergencia del art. 72.3 LF, los Länder pueden aprobar normas divergentes de la actual legislación marco en el ámbito de los números 1, 3 y 4 (en la medida en que alcance su competencia para divergir) desde este mismo momento, mientras que en los ámbitos de los números 6 (admisión y graduación en la enseñanza superior) y 2 y 5 (medio ambiente) sólo está prevista la divergencia de las leyes marco actuales a partir de la fecha específicamente prevista. Hasta entonces únicamente el legislador federal podrá aprobar una nueva regulación de estas materias (...). En el caso de que la Federación hiciera uso de su competencia legislativa antes del transcurso de este plazo de transición, valdría el derecho a divergir desde el momento de la publicación de la ley¹⁰¹”.

8. CONCLUSIONES

1) La necesidad de mejorar la capacidad de actuación y de decisión de la Federación y de los Länder, y de realizar entre ellos una distribución más clara de responsabilidades, por un lado, y, por otro, el retroceso progresivo experimentado por las competencias legislativas de los Länder justifican la reforma del sistema de atribución competencial en la Ley Fundamental.

2) Si existía un notable acuerdo sobre los objetivos a perseguir, las divergencias eran importantes en torno a las medidas concretas a adoptar para este fin. Por ello, con ocasión de la reforma se desarrolló un interesante debate doctrinal y político, donde quedaron de manifiesto las carencias del sistema anterior.

3) La reforma no realiza un cambio radical del sistema anterior por otro basado en un reparto estricto de todas las materias competenciales entre la Federación y los Länder. Esta técnica, aunque hubiera aportado en principio una mayor claridad al reparto competencial, fue rechazada por no corresponderse con la complejidad de los intereses presentes en algunas materias ni con la diversidad existente entre los Estados federados.

¹⁰¹ *B.Tag Drucksache* 16/813, p. 21.

4) En cuanto al tipo de la legislación concurrente, se modifica el alcance material de la cláusula de necesidad (art. 72.2 LF) y se crea un derecho de intervención de los Länder sobre algunas de sus materias. Otras posibilidades, como la inclusión en las leyes federales de cláusulas de apertura o experimentación a favor de los Länder no prosperaron.

5) La Federación ve incrementadas sus posibilidades de actuación en la legislación concurrente, en la medida en que el ámbito de aplicación de la cláusula de necesidad del art. 72.2 LF queda delimitado únicamente a algunas de las materias reservadas a este tipo. De este modo, sobre las restantes, la Federación podrá legislar sin necesidad de que su intervención venga justificada por el cumplimiento de condición alguna.

6) También la capacidad de actuación de los Länder en la legislación concurrente resulta beneficiada, con la creación por la reforma de un derecho a divergir («Abweichungsrecht») de la legislación federal, limitado en su alcance a materias concretas.

7) Donde los Länder pueden divergir de la legislación federal, los eventuales conflictos entre el Derecho de la Federación y el Derecho de los Länder serán resueltos sobre la base del criterio cronológico, lo que constituye una importante excepción al principio de prevalencia del Derecho federal (art. 31 LF).

8) Para evitar que la nueva regulación provoque la rápida sucesión de regímenes jurídicos, la Ley Fundamental establece un plazo de seis meses desde su publicación para la entrada en vigor de la ley federal, lo que permitirá al legislador de los Länder aprobar con tiempo suficiente su norma divergente.

9) Con la reforma desaparece la legislación marco. Sobre la necesidad de su supresión existía un acuerdo importante. Por un lado, el legislador federal había realizado un uso abusivo de este tipo, con frecuente inclusión de normas de detalle y de aplicación inmediata. Por otro, su continuidad entraba en contradicción con el objetivo de clarificar las responsabilidades respectivas de Federación y entes.

RESUMEN

La introducción de cambios en el sistema de atribución de competencias ha sido una de las claves de la reforma de la Ley Fundamental. Los objetivos por ésta perseguidos, de mejorar la capacidad de actuación y de decisión de la Federación y de los Länder y de clarificar sus respectivos ámbitos de responsabilidad, así lo exigían.

Los cambios más importantes se realizan sobre el tipo de la legislación concurrente. Por un lado, la Federación ve incrementadas sus posibilidades de actuación, en la medida en que el ámbito de aplicación de la cláusula de necesidad que la condicionaba (art. 72.2 LF) queda delimitado únicamente a algunas de las materias reservadas a este tipo. También la capacidad de actuación de los Länder en la legislación concurrente resulta beneficiada, con la creación por la reforma de un derecho a divergir (*Abweichungsrecht*) de la legislación federal, limitado en su alcance a materias concretas. Donde los Länder pueden divergir de la legislación federal, los eventuales conflictos entre el Derecho de la Federación y el Derecho de los Länder pasan a ser resueltos sobre la base del criterio cronológico. Con la reforma desaparece la legislación marco, de la que el legislador federal había realizado un uso abusivo, con frecuente inclusión de normas de detalle y de aplicación inmediata. Su continuidad entraba en contradicción con el objetivo de clarificar las responsabilidades respectivas de Federación y entes.

PALABRAS CLAVE: Ley Fundamental de Alemania, Estado federal, reparto de competencias, Federación, Länder, legislación concurrente, legislación marco.

ABSTRACT

The introduction of changes in the system of attribution of competitions has been one of the keys of the reform of the Fundamental Law. The objectives persecuted by this one –to improve the capacity of acting and taking decisions of the Federation and the Länder, as long as to clarify their respective scopes of responsibility– were demanding these changes.

The most important changes affect the type of the concurrent legislation. On the one hand, the Federation increases its possibilities of acting, as far as the scope of application of the necessity clause that conditioned her (art. 72.2 FL) has been restricted solely to some of the matters which were reserved to this type. The possibilities for the Länder of acting on the frame of concurrent legislation has been increased too, due to the creation by the reform of a right for the Länder to diverge (*Abweichungsrecht*) from the federal legislation, which is however limited to concrete subjects. Where the Länder can diverge from the federal legislation, the possible conflicts between the Right of the Federation and the Right of the Länder will be now solved following the chronological criterion. After this reform the frame legislation will disappear, because the federal legislator had made an abusive use, making frequent inclusion of two much detailed norms and regulations immediately applicable. The continuity of these laws contradicted with the objective to clarify the respective responsibilities of Federation and the Länder.

KEY WORDS: German Fundamental Law, Federal State, distribution of competitions, Federation, Länder, concurrent legislation, frame legislation.

