

LA REFORMA DEL FEDERALISMO ALEMÁN. CAMBIOS EN EL REPARTO MATERIAL DE COMPETENCIAS ENTRE LA FEDERACIÓN Y LOS LÄNDER

María Ángeles Martín Vida*

SUMARIO

- 1.- *Introducción.*
- 2.- *A grandes rasgos: objeto y razón de ser de la reforma.*
- 3.- *Modificación en la distribución material de competencias entre la Federación y los Länder.*
- 4.- *Reflexión final.*

1. INTRODUCCIÓN

El Bundesrat alemán aprobó el día 7 de julio de 2006, con la mayoría necesaria de dos tercios¹, la quincuagésimosegunda y hasta ahora mayor reforma de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, GG) que se lleva a cabo desde que ésta entró en vigor en el año 1949, así como la modificación a través de la llamada Ley de Acompañamiento a la Reforma del Federalismo («Föderalismusreform-Begleitgesetz») de otras leyes que se ven necesariamente afectadas por la reforma constitucional². La «madre de

* Asistente científica. Universidad Johann-Wolfgang-Goethe, Frankfurt am Main (Alemania)

¹ 62 votos a favor emitidos de los 69 posibles. Se necesitaban al menos 46 votos favorables. Sólo el Gobierno de coalición entre socialistas y comunistas de Mecklenburg-Vorpommern votó en contra, alegando que la reforma sólo beneficia a los *Länder* ricos, mientras que el Gobierno de coalición entre democristianos y socialistas de Schleswig-Holstein se abstuvo.

² Las reformas introducidas y las leyes afectadas aparecen listadas en el Boletín Oficial del *Bundestag*, *BT Drucksache* 16/814, de 7 de marzo de 2006, pp. 3 y ss.

todas las reformas», como se la ha dado en calificar, porque supone la introducción de cuarenta modificaciones en el texto de la Ley Fundamental, se basa en un proyecto presentado por los grupos parlamentarios que sustentan la «Gran Coalición» de Gobierno y por cuatro Länder el día 7 de marzo de 2006. Afecta fundamentalmente a la estructura del modelo federal alemán y al reparto de competencias entre la Federación y los Länder, y ya fue aprobada por el Bundestag, también por dos tercios el 30 de junio de 2006³.

La reforma constitucional, que ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2006⁴ y cuya aprobación ya fracasó en diciembre de 2004⁵, persigue dotar de claridad al modelo de reparto de competencias entre Federación y Länder, aportando también claridad sobre quién es responsable políticamente de cada decisión, y agilizar el procedimiento legislativo a nivel federal. Muy probablemente a finales de 2006 se emprenda la segunda parte de la reforma, la relativa a las relaciones financieras entre la Federación y los Länder, que se quiere aprobar también en esta legislatura (que en principio termina en 2009), pues parece poco probable poder sacarla adelante fuera de una gran coalición de Gobierno.

Este trabajo se centra fundamentalmente en el análisis de las modificaciones materiales que la reforma introduce en la distribución de competencias entre la Federación y los Länder. De todas ellas analizaré más detalladamente las más importantes y las que más críticas han generado en la doctrina alemana en la fase previa a la entrada en vigor de la reforma.

2. A GRANDES RASGOS: OBJETO Y RAZÓN DE SER DE LA REFORMA⁶

Lo que persigue fundamentalmente la reforma del federalismo alemán, llevada a buen puerto en su primera parte por la «Gran Coalición» de

³ 428 diputados de la «Gran Coalición» de socialistas y democristianos votaron a favor de la reforma (era necesario el voto favorable de al menos 410 diputados, la «Gran Coalición» la componen 448); 162 parlamentarios votaron en contra; y tres se abstuvieron.

⁴ Algunos de los preceptos de la «Ley de Acompañamiento a la Reforma del Federalismo» entrarán en vigor el 1 de enero de 2007, véase el artículo 22 de esta Ley (*BT Drucksache* 16/814, de 7 de marzo de 2006, p. 12).

⁵ Sobre esta fallida reforma, véase el completo análisis de I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, «La fallida reforma del federalismo alemán». *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 16, 2005, pp. 377 y ss, a cuyas valoraciones me remito. Véase también el trabajo de este autor sobre el contexto en el que se produce la actual reforma, en este mismo número de la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*.

⁶ Sobre la razón de ser y el contenido de la reforma del federalismo alemán puede verse más ampliamente M^a Á. MARTÍN VIDA, «La reforma del federalismo alemán – Una visión general». *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18, 2006.

democristianos (CDU), democristianos bávaros (CSU) y socialistas (SPD), es una mayor claridad en el reparto de competencias entre la Federación y los Länder, y una mayor transparencia y efectividad en el procedimiento legislativo a nivel federal, así como una mayor «eficiencia europea» («Europatauglichkeit») de la Ley Fundamental.

Hasta ahora, la Federación ha extendido su competencia legislativa, haciendo uso de todos los posibles resquicios constitucionales (mediante reformas constitucionales; haciendo un uso exhaustivo de la legislación concurrente sobre las materias del artículo 74 GG; y mediante leyes marco que incluían normas directamente aplicables y que regulaban cuestiones de detalle), hasta extremos en principio impensados, en detrimento naturalmente de los Länder. Para compensar esta tendencia a la centralización de competencias legislativas se ha ido reforzando poco a poco a lo largo del tiempo el papel de los Länder en el procedimiento legislativo federal, elevando notablemente la proporción de las llamadas «Zustimmungsgesetze»⁷, leyes federales que no pueden ser aprobadas sin el consentimiento del Bundesrat, la Cámara de representación de los Länder⁸. El gran número de «Zustimmungsgesetze» provoca considerables retrasos en el procedimiento legislativo federal y acaba convirtiendo al Bundesrat en un «contraparlamento»⁹ que impide que importantes leyes salgan adelante, debido en casi todos los casos a enfrentamientos políticos entre la Federación y los Länder y entre los partidos mayoritarios que gobiernan en una y otros.

La reforma constitucional de 2006 aspira fundamentalmente, pues, por un lado, a reducir el número de «Zustimmungsgesetze», de modo que la proporción de las mismas pase de suponer casi un sesenta por ciento del total de las leyes federales a representar aproximadamente sólo entre la cuarta parte y el cuarenta por ciento de las mismas, para de este modo reducir la influencia de los Länder en el procedimiento legislativo federal. El

⁷ Por esta vía de la necesidad del voto favorable del *Bundesrat* para la aprobación de determinadas leyes, el peso político específico a la hora de influir en la regulación de ciertas materias que originariamente corresponderían los *Länder* se desplaza de los Parlamentos de éstos, que serían en principio quienes tendrían que legislar sobre estas cuestiones, a los Ejecutivos, que son los que representan los intereses de cada *Land* en el *Bundesrat*. A este fenómeno llamado «federalismo ejecutivo o de participación» se refiere más ampliamente H.-J.: PAPIER «Föderalismus auf dem Prüfstand». *Deutsche Verwaltungspraxis* 1/05, p. 1.

⁸ Sobre las *Zustimmungsgesetze* y su papel en el sistema constitucional alemán, puede verse más ampliamente M^º Á. MARTÍN VIDA, «Las *Zustimmungsgesetze* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n^º 6, 2003, pp. 331 y ss, y las referencias bibliográficas y jurisprudenciales que en ese trabajo se citan.

⁹ La expresión es de B. ULRICH, «Mehr Zentralismus!». *Die Zeit*, 22 de junio de 2006.

otro aspecto de la reforma, para compensar, pretende disminuir, en favor de los Länder, las competencias legislativas de la Federación. Ello se hace por varias vías: ampliación de la competencia legislativa exclusiva de los Länder, supresión de la legislación marco y reordenación del catálogo de materias sujetas a legislación concurrente, con una reducción del ámbito de aplicación de la «cláusula de imprescindibilidad» («Erforderlichkeitsklausel») del artículo 72.2 GG, pero a la vez con introducción de la posibilidad de que los Länder puedan en numerosos ámbitos apartarse, mediante normas con rango de ley, de la legislación federal¹⁰.

3. MODIFICACIÓN EN LA DISTRIBUCIÓN MATERIAL DE COMPETENCIAS ENTRE LA FEDERACIÓN Y LOS LÄNDER

3.1. Introducción: reordenación de la competencia legislativa concurrente y supresión de la legislación marco

Hay que recordar que el principio básico establecido en la Ley Fundamental de Bonn es el de que la legislación es tarea de los Länder, salvo que en la propia Ley Fundamental se disponga otra cosa (art. 70 GG), y que la ejecución de las leyes, sean federales o sean de los Länder, corresponde, con carácter general, también a éstos (arts. 83 a 85 GG). La Ley Fundamental atribuye expresamente a la Federación la competencia legislativa exclusiva (art. 71 GG¹¹) sobre las materias enumeradas en el artículo 73 GG y sobre algunas más repartidas por toda la Constitución. También le reconoce la posibilidad de legislar sobre las materias, objeto de competencia legislativa concurrente, del artículo 74 GG, excluyendo con ello desde ese momento y en esa medida la posibilidad de los Länder de legislar sobre ellas (art. 72.1 GG¹²), si bien para que la Federación pudiese legislar sobre tales materias era, hasta ahora, necesario en todo caso que una regulación legislativa de las mismas a nivel federal fuese imprescindible para establecer o garantizar «relaciones vitales equivalentes» («gleichwertige

¹⁰ Para más información sobre las modificaciones que la reforma del federalismo introduce en las técnicas de atribución de competencias entre la Federación y los Länder me remito al artículo de R. NARANJO DE LA CRUZ en este mismo número.

¹¹ Art. 71 GG: «Legislación exclusiva de la Federación: En el ámbito de la legislación exclusiva de la Federación tendrán los Länder competencia para legislar sólo si y en la medida en que una ley federal los autorice expresamente a ello».

¹² Art. 72.1 GG: «Legislación concurrente: (1) En el ámbito de la legislación concurrente están los Länder autorizados para legislar mientras y en la medida en que la Federación no haya hecho uso de su competencia legislativa por medio de una ley».

Lebensverhältnisse») dentro del territorio federal¹³ o para asegurar la unidad económica¹⁴ y jurídica¹⁵ en interés del conjunto del Estado, según dispone el artículo 72.2 GG (la llamada «cláusula de imprescindibilidad») desde su reforma en 1994. Esta cláusula ha sido objeto de una interpretación muy estricta por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán¹⁶, reduciendo de ese modo la capacidad de la Federación para legislar sobre las materias sujetas a ella¹⁷.

¹³ El establecimiento o la garantía de «situaciones vitales equivalentes» está en juego (y, de este modo, justificada la legislación federal) cuando las condiciones de vida en los distintos *Länder* sean tan diferentes que se menoscabe de manera notable la estructura del Estado social (BVerfGE 106, 62, 143 y ss; 111, 226, 253 y s.). Pero sólo una afectación «insostenible» de la equivalencia de las situaciones vitales de los ciudadanos que pudiera conducir a migraciones interiores o a poner en peligro la paz social justifica el que la Federación haga uso en estos casos de su competencia legislativa para restablecer la equivalencia de las situaciones vitales puesta en peligro (BVerfGE 111, 226, 253 y siguiente). El peligro ha de ser considerable y demostrable.

¹⁴ La unidad económica peligra cuando aparezcan desventajas considerables para el conjunto de la economía en el sentido de que se perjudique la capacidad funcional del espacio económico, en especial mediante obstáculos o distorsiones del potencial económico (BVerfGE 106, 62, 143 y ss; 111, 226, 253 y s.).

¹⁵ La unidad jurídica está en peligro cuando la diversidad de regulaciones o el hecho de que los *Länder* no hayan regulado en absoluto una materia necesitada de regulación genere inseguridades jurídicas considerables y éstas a su vez obstaculicen de manera inadmisiblemente el tráfico jurídico entre los distintos *Länder*, amenazando de este modo los intereses de la Federación y de los *Länder* (BVerfGE 106, 62, 143 y ss; 111, 226, 253 y s.). Sólo una «fragmentación jurídica» con problemáticas consecuencias que no puedan ser aceptadas ni en interés de los *Länder* ni en interés de la Federación o que amenacen el mantenimiento de una comunidad jurídica funcional justificaría entonces el uso por la Federación de su competencia en el ámbito de la legislación concurrente (o, antes de la reforma, de la legislación marco) (BVerfGE 106, 62, 145 y s.; 111, 226, 253 y s.).

¹⁶ Véanse en especial las sentencias ya citadas: BVerfGE 106, 62 y ss (sentencia *Altenpflege*); y 111, 226 y ss (sentencia *Juniorprofessur*). Puede verse el comentario de Batt a la segunda de estas sentencias, donde se analiza muy claramente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el artículo 72.2 GG y sus consecuencias (H. BATT, «Bundesverfassungsgericht und Föderalismusreform: Stärkung der Länder in der Gesetzgebung. Zum Urteil vom 27. Juli 2004 – 2 BvF 2/02». *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, no. 4/2004, pp. 753 y ss); también el informe de SCHMIDT-JORTZIG como experto ante el *Bundestag*, en especial pp. 2 y s. Un buen análisis de la «cláusula de imprescindibilidad» asimismo en O. DEPENHEUER, «Verfassungsgerichtliche Föderalismusreform – Chance und Bewährungsprobe für den deutschen Föderalismus». *Zeitschrift für Gesetzgebung* 2005, pp. 83 y ss.

¹⁷ El Tribunal Constitucional Federal ha sancionado repetidamente con la nulidad de las leyes en cuestión la no observancia por el legislador federal de la «cláusula de imprescindibilidad» en los estrictos términos expuestos.

La reforma de 2006 mantiene la legislación concurrente sobre determinadas materias, pero limita la aplicación de la «cláusula de imprescindibilidad» a sólo algunas de ellas¹⁸. Para el resto de las materias del apartado 1 del artículo 74 GG se parte de la base de que la Federación y los *Länder* están de acuerdo en que concurren las exigencias que hacen imprescindible una regulación federal de la materia en cuestión, pero se da a los *Länder* la posibilidad de apartarse de las normas que pueda dictar la Federación sobre la mayoría de tales materias, en cualquier momento y sin necesidad de tener que aportar ningún tipo de justificación para ello¹⁹.

Por otro lado, se suprime la legislación marco («*Rahmengesetzgebung*»), mediante la cual la Federación podía regular hasta ahora, siempre que se diesen los requisitos del apartado 2 del artículo 72 GG, los principios básicos de la enseñanza superior o de la función pública, entre otras materias

¹⁸ Sólo once de los treinta y tres números del artículo 74.1 GG siguen estando sujetos a la «cláusula de imprescindibilidad». La Ley Fundamental de Bonn incluye una regla de Derecho transitorio, el artículo 125a.2 GG, en el que se prevé que si con motivo de la restrictiva interpretación de la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG a partir de 1994 el legislador federal hubiese dejado de ser competente para legislar sobre determinadas materias objeto de competencia concurrente, pero ya hubiese legislado sobre ellas antes de la reforma del 94, ese Derecho federal seguirá vigente, pero la Federación podrá mediante una ley autorizar que sea reemplazado por Derecho de los *Länder*. Una regla similar se recoge en el artículo 72.4 GG para las materias que dejen de estar sujetas a la «cláusula de imprescindibilidad» tras la reforma de 2006. Si la Federación no aprobase una ley de autorización, el Derecho federal aprobado en su momento seguiría vigente, pero la Federación ya no tendría la competencia sobre la materia por efecto de la modificación en la cláusula del artículo 72.2 GG; a su vez tampoco los *Länder* podrían, a falta de aquella ley federal, legislar sobre esa materia. Por eso se ha introducido un nuevo apartado 2 en el artículo 93 GG, según el cual un Gobierno regional, un Parlamento regional o el *Bundesrat* pueden solicitar del Tribunal Constitucional Federal que determine si se dan los presupuestos materiales para que la Federación haya perdido, por efecto de la «cláusula de imprescindibilidad», la competencia sobre la materia de que se trate. Esta constatación por parte del Tribunal Constitucional Federal tendría el mismo efecto que una ley federal que autorizase, en los términos del artículo 125a.2 GG o del artículo 72.4 GG, a los *Länder* a regular esa materia.

¹⁹ Para facilitar la tarea legislativa de los *Länder* que opten por apartarse de la regulación federal se dispone que las leyes federales en estas materias entrarán en vigor al menos seis meses después de su promulgación, salvo que se haya dispuesto otra cosa contando con el consentimiento del *Bundesrat* (nuevo art. 72.3 GG). El plazo de los seis meses alargará considerablemente el procedimiento legislativo y dificultará notablemente en muchos casos al Gobierno de turno el desarrollo en el marco de una legislatura, con el apoyo de su mayoría parlamentaria, de su programa político sobre los ámbitos afectados por este plazo. Evidentemente los *Länder* sólo pueden hacer uso de la opción de apartarse de la legislación federal cuando la Federación ya haya legislado sobre la materia de que se trate. Si la Federación no ha regulado la materia en cuestión, los *Länder* podrán en cualquier caso legislar sobre ella por efecto de la propia definición de «legislación concurrente» (art. 72.1 GG).

(art. 75 GG), preceptos marco que luego los Länder se encargaban de desarrollar y concretar mediante leyes propias. Las materias sobre las que hasta ahora la Federación podía dictar leyes marco de acuerdo con el artículo 75 GG pasan a repartirse entre la competencia legislativa de la Federación y la de los Länder, en los términos que se verán más adelante²⁰.

3.2. Nuevo reparto material de competencias entre la Federación y los Länder²¹

Como consecuencia de estas modificaciones, se produce una reordenación de la competencia sobre numerosas materias, algunas de ellas muy importantes, que se analiza en detalle a continuación.

3.2. a) Derecho de la función pública

En materia de Derecho de la función pública, hasta ahora le correspondía a la Federación regular mediante una ley marco los aspectos generales de la función pública de los Länder y entes locales (antiguo artículo 75.1.1 GG), y era la Federación la que tenía la competencia legislativa concurrente en materia de retribuciones y pensiones de los funcionarios al servicio de los Länder y entes locales (antiguo artículo 74a GG). Ahora se suprimen los artículos 74a y 75 GG, de modo que la regulación de la carrera profesional y de las retribuciones, pensiones y ascensos de sus funcionarios, de los funcionarios de sus entes locales y de los de sus Universidades, pasa a ser asunto de cada Land (art. 74.1.27 GG), aunque siempre respetando los principios básicos de la función pública recogidos en el artículo 33 GG. La Federación conserva la competencia legislativa concurrente para regular (mediante una ley que necesitará el consentimiento del Bundesrat) los restantes derechos y deberes del estatuto de los funcionarios y jueces de los

²⁰ La legislación marco vigente y las leyes de los Länder que la hayan desarrollado hasta ahora siguen estando en vigor (art. 125b.1 GG), si bien desde el momento de la entrada en vigor de la reforma constitucional la Federación no podrá dictar leyes marco.

²¹ El texto completo de los informes con las conclusiones de las comparecencias ante el *Bundestag* de los distintos expertos en las diferentes materias que se citan a continuación puede consultarse, a fecha 7 de noviembre de 2006, en la página web oficial del *Bundestag* (www.bundestag.de/ausschuesse/a06/foederalismusreform/Anhoerung/index.html). En adelante, siempre que se cite un autor sin indicación expresa de la fuente se está haciendo referencia al informe con las conclusiones de su comparecencia como experto en la materia en cuestión ante el *Bundestag*. Dado lo numeroso de estas citas, renuncio a reproducir en cada caso el enlace completo, en todos los casos muy largo, donde encontrar cada informe concreto citado. Todos pueden consultarse en la web arriba mencionada. Sí se indica el número de la página de donde está tomada la referencia.

Länder y entes locales²². Esta competencia no está sujeta a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG, y a los Länder no se les reconoce la posibilidad de apartarse de lo que pueda legislar la Federación en esta materia.

Que los Länder sean a partir de ahora competentes para regular los sueldos y las pensiones de sus funcionarios se considera lógico, pues este elemento es un componente importante de la estatalidad de los Länder, que lo perdieron en 1971 cuando se introdujo el artículo 74a en la Ley Fundamental de Bonn²³. Juristas y políticos no han podido, sin embargo, dejar de manifestar su temor a que los Länder comiencen ahora una competición por ganar para sí, con la oferta de sueldos atractivos, a los mejores funcionarios y que ello condene a los Länder más pobres a ser administrados por funcionarios peor cualificados²⁴. Críticas ha levantado también el hecho de que los Länder regulen a partir de ahora la carrera profesional de sus funcionarios y, con ello, el acceso a la misma (aunque ello haya de hacerse siempre respetando los principios del artículo 33 GG), porque ello no hará probablemente sino complicar aún más la ya complicada movilidad funcional entre unos Länder y otros²⁵.

Se modifica también, en materia de función pública, el apartado 5 del artículo 33 GG, que pasa a decir literalmente lo siguiente: «El Derecho de

²² Art. 74.1.27 GG: «La legislación concurrente se extiende a los siguientes ámbitos: ... 27. Los derechos y deberes estatutarios de los funcionarios de *Länder*, municipios y otras corporaciones de Derecho Público así como de los jueces en los *Länder*, con excepción de la carrera profesional, retribución y previsión social». Por supuesto, es competencia exclusiva de la Federación la regulación de todo lo relativo a sus propios funcionarios (art. 73.1.8 GG).

²³ Esa reforma llegó en su momento ante el Tribunal Constitucional Federal por considerarla incompatible con la «cláusula de intangibilidad» del artículo 79.3 GG que, recordemos, impide reformar determinados aspectos de la Ley Fundamental. El Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 34, 9, 20) no consideró al final que la reforma vulnerase el artículo 79.3 GG. Se refiere a todo ello SCHNAPP, p. 3.

²⁴ Véanse por todos KEMPEN (p. 3) y KUTSCHA (p. 1). Esto podría ser particularmente grave en el caso de las Universidades, porque repercutiría en la calidad de la enseñanza superior ofrecida en el *Land* en cuestión y agravaría así, a medio y largo plazo, las dificultades competitivas que de por sí ya tienen los *Länder* más pobres. Se refiere a todo ello más ampliamente BATTIS (p. 3), quien considera que mientras no se concluya la segunda parte de la reforma constitucional que regule la financiación de los *Länder* y afronte los problemas financieros de éstos, no se darán las condiciones de partida necesarias que aseguren una cierta competencia justa entre los distintos *Länder* en este punto. Coincide en ello SCHNELLENBACH (p. 3).

²⁵ HUBER (pp. 24 y s.) y SCHNELLENBACH (p. 2). El favorecimiento de la movilidad funcional dentro del Estado alemán fue precisamente uno de los motivos con los que se justificó la reforma de 1971.

la función pública ha de ser regulado y desarrollado tomando en consideración los principios clásicos del funcionariado»²⁶. Se han añadido simplemente dos palabras («y desarrollado») al antiguo artículo 33.5 GG para que la garantía institucional e individual en él contenida, susceptible incluso de ser protegida por la vía de amparo, no sea interpretada como una petrificación del «status quo», sino que en adelante le sea posible al legislador competente desarrollar el Derecho de la función pública y gozar de una mayor libertad de actuación para poder introducir algunos cambios en esta materia²⁷. Hay que decir en cualquier caso que la posibilidad de introducir cambios en este ámbito no estaba literalmente excluida por la redacción original del artículo 33.5 GG. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha diferenciado tradicionalmente en este punto entre «principios clásicos que han de ser tomados en consideración» y «principios clásicos particularmente esenciales que han de ser respetados»²⁸, aunque al final el resultado ha sido en todo caso la prohibición sólo de modificaciones estructurales en la institución de la función pública, no la adaptación de la institución por vía de interpretación (en conexión particularmente con el artículo 6 GG y con el principio del Estado social) a las nuevas circunstancias²⁹, que siempre ha sido admitida en su jurisprudencia.

3.2. b) Medio ambiente

Hasta la entrada en vigor de la reforma del federalismo en Alemania la competencia nacional en materias medioambientales se repartía entre la

²⁶ «Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln». Un listado no exhaustivo de los «principios clásicos del funcionariado» puede verse en U. BATTIS, «Artikel 33», en M. SACHS (coord.): *Grundgesetz – Kommentar*. Munich: Beck, 1996, marginales 71 y ss, pp. 879 y s.

²⁷ BATTIS (p. 1) considera la modificación del artículo 33.5 GG innecesaria, pues el Derecho de la función pública en Alemania se ha desarrollado en los últimos años sin que los Tribunales hayan visto en la antigua formulación del artículo 33.5 GG un obstáculo para ello. En ese sentido también SCHNELLENBACH (pp. 1 y s.), que teme que con esta modificación se acaben vaciando de contenido los principios clásicos de la función pública, y KUTSCHA (p. 1). SCHNAPP, por su parte (p. 2), no considera problemática la reforma del artículo 33.5 GG en los términos en los que se ha llevado a cabo. KEMPEN, por el contrario, manifiesta su temor a que la reforma de este precepto suponga el principio del fin del funcionariado a través de una erosión paulatina de los principios sobre los que se fundaba, comenzando por una reducción de los sueldos (pp. 1 y s.- téngase en cuenta que el Tribunal Constitucional Federal alemán considera incluido entre los principios clásicos de la función pública el principio de la igualdad de sueldo para puestos iguales o comparables, BVerfGE 12, 327, 334).

²⁸ Véase, entre otras, BVerfGE 62, 374, 383.

²⁹ BVerfGE 43, 168; 44, 267; 81, 376.

Federación y los Länder del siguiente modo: en los artículos 70 y siguientes de la GG, que regulan el reparto de competencias legislativas entre Federación y Länder, no se contemplaba de manera genérica la materia «protección del medio ambiente», sino que las competencias legislativas en materia medioambiental se sustentaban, normalmente en favor de la Federación, en títulos competenciales diversos. Así, las materias «eliminación de residuos», «protección contra la contaminación atmosférica» y «lucha contra el ruido» eran objeto de competencia legislativa concurrente, es decir, que los Länder sólo podían regular estas materias mientras y en la medida en que la Federación no hubiese legislado sobre las mismas (art. 72.1 GG). La Federación por su parte, para poder aprobar leyes que regulasen estas materias, estaba sujeta a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG. Las materias «protección de la naturaleza y cuidado del paisaje» y «economía hídrica» («Wasserhaushalt», que engloba las materias «recursos hidráulicos» y «protección contra las riadas») se atribuían a la Federación como objeto de legislación marco (art. 75.1.3 y 4 GG), con lo que en teoría la Federación no podía dictar normas que regulasen detalles o que fuesen directamente aplicables (art. 75.2 y 3 GG). Además, la regulación de estas materias mediante leyes-marco también estaba sujeta a la «cláusula de imprescindibilidad». Otras materias relevantes desde el punto de vista medioambiental, como la protección del clima, las energías renovables, la seguridad de los productos químicos o la protección frente a radiaciones no ionizantes, no se mencionaban expresamente (y siguen sin mencionarse tras la reforma) en la Ley Fundamental de Bonn. La Federación ha basado hasta ahora su competencia para regular estas materias por medio de ley fundamentalmente, y es previsible que lo siga haciendo, en competencias no escritas o en el título competencial «Derecho de la economía», objeto de legislación concurrente (art. 74.1.11 GG) y sujeto a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG.

La reforma constitucional no modifica en lo esencial este modelo, puesto que sigue sin contemplar una materia genérica bajo la denominación «protección al medio ambiente» o similar, como según la mayoría de los autores sería de desear³⁰, sino que mantiene una pluralidad de títulos

³⁰ Así KLOEPFER (p. 8 y p. 23), aunque es consciente de que con ello no se eliminan todos los problemas. A favor también de un título competencial «Derecho del medio ambiente» en el ámbito de la legislación concurrente, sin sujeción a la «cláusula de imprescindibilidad» y sin posibilidad de que los Länder se aparten de la legislación federal EPINEY (p. 5); ZIEHM (pp. 1 y s.); SCHRADER (p. 1); KOCH (p. 5); y el informe del Comité de Expertos alemán para cuestiones medioambientales (Sachverständigenrat für umweltfragen. *Der Umweltschutz in der Föderalismusreform*, 2006, pp. 5 y ss, publicado en Internet en www.bundestag.de/ausschuesse/

competenciales diferentes relacionados con el medio ambiente y sometidos a regímenes diversos, que sí que se han modificado en algunos puntos interesantes respecto al modelo anterior:

- Las materias «protección contra la contaminación atmosférica» y «lucha contra el ruido» siguen siendo objeto de legislación concurrente pero dejan de estar sometidas a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG. Del bloque «lucha contra el ruido» se excluye, no obstante, la lucha contra el ruido procedente de instalaciones deportivas y de ocio o de instalaciones que cumplan un fin social³¹, que pasa a ser competencia exclusiva de los Länder al quedar expresamente excluida de la legislación concurrente según el artículo 74.1.24 GG³².

- La materia «gestión de residuos» (art. 74.1.24 GG) sigue siendo objeto de legislación concurrente y sigue sometida a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG³³. La novedad fundamental aquí es que en el artículo 74.1.24 GG deja de emplearse el término «eliminación de residuos» («Abfallbeseitigung»), que es sustituido por una nueva denominación de esta materia («gestión de residuos», «Abfallwirtschaft»). La competencia concurrente alcanza de este modo a todas las fases del tratamiento de basuras y residuos (recogida, almacenamiento, tratamiento, transporte), no sólo a su eliminación, y se incorpora de este modo al texto constitucional la amplia interpretación del término «eliminación de residuos» que el Tribunal Constitucional Federal alemán³⁴ y el Tribunal Administrativo Federal³⁵ sostienen desde hace años.

a16/aktuelles/Stellung_Foederalismusreform_Feb2006.pdf, que en adelante se cita como «el informe del SRU»), p. 4.

³¹ Según la fundamentación que acompaña al Proyecto de Ley para la Reforma de la Ley Fundamental de Bonn presentado por las fracciones de la CDU/CSU y del SPD ante el *Bundestag* alemán (*BT Drucksache* 16/813, de 7 de marzo de 2006, p. 13) en esta categoría se engloban guarderías y escuelas infantiles, centros de internamiento de menores, parques infantiles, instalaciones deportivas y estadios, teatros, ferias, hoteles, restaurantes, etc.

³² Aparte de que la delimitación entre actividades que cumplen un fin social y las que no lo cumplen puede ser muy complicada en algunos casos (por ejemplo, el ruido procedente de edificios religiosos o actos de culto), esta separación competencial según que el ruido proceda de una fuente o de otra no se contiene, por ejemplo, en la Directiva Europea sobre Ruido, con lo que es más que previsible que con ello se complique la transposición del Derecho comunitario en esta materia dentro del Derecho alemán. Lo destaca DIETLEIN (p. 3).

³³ Es difícilmente explicable y objeto de críticas en Alemania por qué la gestión de residuos sigue sometida a la «cláusula de imprescindibilidad» y la lucha contra el ruido o la protección contra la contaminación atmosférica no.

³⁴ BVerfGE 98, 106, 120.

³⁵ BVerwG, *Deutsche Verwaltungsblätter* 1991, 400.

- La supresión de la legislación-marco (art. 75 GG) es en general bien acogida por la doctrina alemana, sobre todo porque facilitará la transposición de las Directivas comunitarias en las materias hasta ahora cubiertas por la misma³⁶. Sin embargo, la posibilidad de los *Länder* de apartarse a partir de ahora de la normativa federal en esta materia limitará considerablemente ese efecto positivo³⁷. Las materias relacionadas con el medio ambiente que antes eran objeto de legislación-marco, como la protección de la naturaleza, el cuidado del paisaje, la economía hídrica y la ordenación del territorio pasan a ser objeto de legislación concurrente (art. 74.1.29, 31 y 32 GG) no sujeta a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG, si bien se da a los *Länder* la posibilidad de dictar leyes que se aparten de los que pueda regular la Federación en estas materias. Ahora bien, en la propia Ley Fundamental se enumeran una serie de aspectos nucleares a los que no alcanza esa capacidad de los *Länder* de apartarse de la normativa federal, aunque la mayoría de ellos se formulan de manera demasiado vaga. Son, en concreto, los principios básicos de la protección de la naturaleza³⁸, la protección de las especies y la protección del entorno marino (art.72.3.2 GG) y, en materia de economía hídrica, sólo las reglas relativas a agentes contaminantes y a instalaciones³⁹ (art. 72.3.5 GG)⁴⁰.

- En materia de caza se mantiene en la ley de reforma la separación entre los títulos competenciales «caza» y «protección de la naturaleza». La

³⁶ Hasta ahora, una Directiva no se podía considerar correcta y completamente transpuesta hasta que se aprobaba la ley-marco federal en la materia en cuestión y las dieciséis leyes de los respectivos *Länder* desarrollando la ley-marco.

³⁷ Lo destaca, entre otros, ZIEHM (pp. 2 y s.).

³⁸ Según se establece en el Acuerdo de Coalición, por «principios básicos de la protección de la naturaleza» hay que entender unos «principios básicos vinculantes para la protección de la naturaleza, en particular la conservación de la diversidad biológica, y para asegurar la capacidad funcional del patrimonio natural», lo cual en realidad no ayuda mucho a concretar el contenido de esa vaga fórmula. El Acuerdo de Coalición enumera expresamente una serie de ámbitos que no se englobarían dentro de estos principios, entre otros, la ordenación paisajística, las condiciones concretas para la expulsión de territorios protegidos o la colaboración con asociaciones de defensa de la naturaleza. En estas materias, por tanto, pueden apartarse los *Länder* de lo regulado por la Federación.

³⁹ Es decir, los peligros para las aguas que puedan proceder de instalaciones (fábricas, etc.) y los agentes contaminantes han de ser regulados de manera unitaria para todo el territorio federal.

⁴⁰ Por qué se excluye el que los *Länder* puedan apartarse de la regulación federal en lo que se refiere a los principios básicos de la protección de la naturaleza y no en lo relativo a los principios básicos de la economía hídrica (salvo en materia de instalaciones y de agentes contaminantes) es una de las inconsistencias sistemáticas que el informe del SRU detecta en el texto de la reforma (p. 17).

caza, que hasta ahora era objeto de legislación marco, pasa a ser objeto de legislación concurrente (art. 74.1.28 GG) sin sujeción a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG, aunque se da a los Länder la posibilidad de apartarse de la regulación federal, salvo en materia de licencias de caza (art. 72.3.1 GG). Problemas de delimitación competencial podrían darse en la regulación de la protección de las especies cuando ésta se base en la protección de la naturaleza (aquí los Länder, por previsión expresa del artículo 72.3.2 GG no tienen posibilidad de apartarse de la normativa federal, según se ha visto en el punto anterior) y cuando ésta se base en la protección de la caza y en la conservación de las explotaciones cinegéticas, porque ahí sí que se reconoce a los Länder la posibilidad de apartarse de las normas de la Federación⁴¹.

- Se crea un nuevo título competencial en materia de protección contra las radiaciones («Strahlenschutz»), que se atribuye en exclusiva a la Federación (art. 73.1.9a GG). Siguen faltando, sin embargo, títulos competenciales específicos para las materias «protección del clima», «energías renovables», o «productos químicos», que previsiblemente seguirá regulando la Federación apoyándose, como hasta ahora, en títulos competenciales como el «Derecho de la economía», objeto de legislación concurrente (art. 74.1.11 GG) sujeta a la cláusula del artículo 72.2 GG.

- En el ámbito de la organización y el procedimiento administrativos, se ha modificado el artículo 84.1 GG⁴², y ello también tiene consecuencias en materia medioambiental: a partir de ahora, la Federación puede aprobar normas relativas a la organización y el procedimiento administrativos cuan-

⁴¹ Véase DIETLEIN (pp. 4 y s.). ERBGUTH sugiere (p. 3) que se fije también en este caso un núcleo duro del que no puedan apartarse los *Länder*.

⁴² Hasta ahora la Federación necesitaba contar con el consentimiento del *Bundesrat* para poder aprobar leyes federales en las que se contuviesen normas, aunque sólo fuese una, relativas a la organización de la Administración de los *Länder*, al procedimiento administrativo, a la aprobación de tasas administrativas, o a los requisitos de notificación de los actos administrativos, porque la ejecución de leyes federales está, con carácter general, en manos de los *Länder*. Presupuesto, de todos modos, para que el legislador federal pueda incluir preceptos de esta naturaleza en una ley era, según el propio artículo 84.1 GG, que la ejecución de la ley federal en cuestión correspondiese a los *Länder* como tarea propia, que es la regla general según el artículo 83 GG. La exigencia del voto favorable del *Bundesrat* alcanzaría también, según la opinión mayoritaria, pese a no estar expresamente contemplado en el artículo 85.1 GG, a aquellas leyes federales que contienen regulaciones sobre el procedimiento administrativo y cuya ejecución corresponde a los *Länder* no como tarea propia, sino por encargo de la Federación (*Bundesauftragsverwaltung*). El Tribunal Constitucional Federal alemán no se ha pronunciado expresamente a este respecto, aunque así parece deducirse de su sentencia BVerfGE 26, 338 (385). El artículo 85.1 GG no ha sido objeto de reforma en este sentido en 2006.

do los *Länder* ejecuten leyes federales, pero sin contar como hasta ahora con el consentimiento del *Bundesrat*, si bien se permite en adelante a los *Länder* adoptar normas con rango de ley que se aparten de lo regulado en este punto en la normativa federal. Sólo en el supuesto excepcional de que «necesidades especiales reclamen una regulación unitaria para todo el territorio federal» podrá la Federación aprobar normas relativas al procedimiento administrativo sin que los *Länder* puedan apartarse de esa regulación, aunque para eso sí que se necesita contar con el consentimiento del *Bundesrat* (art. 84.1.3 y 4 GG)⁴³. Pues bien, según el Acuerdo de Coalición, y esta referencia se incorpora también a la fundamentación que acompaña al Proyecto de Ley para la Reforma de la Ley Fundamental de Bonn presentado por las fracciones de la CDU/CSU y del SPD ante el Bundestag alemán⁴⁴, la regulación del Derecho procedimental medioambiental constituye normalmente una de tales excepciones que reclaman una regulación unitaria de la que los *Länder* no podrán apartarse. Hubiera sido en cualquier caso deseable, por razones de seguridad jurídica, anclar este acuerdo de forma expresa en el texto constitucional⁴⁵.

Hay que tener en cuenta que la finalidad principal que se persigue con la reforma constitucional en materia de medio ambiente es, tal como figura

⁴³ Artículo 84.1 GG en su nueva formulación: «Cuando los *Länder* ejecuten las leyes federales como asunto propio regularán ellos mismos la constitución de las autoridades y el procedimiento administrativos. Si una ley federal dispusiese algo diferente, los *Länder* podrán adoptar una regulación que se aparte de ello. Si un *Land* hubiese adoptado una regulación diversa de acuerdo con la frase anterior, las reglas posteriores contenidas en una ley federal relativas en ese punto a la constitución de las autoridades y al procedimiento administrativo entrarán en vigor como muy pronto seis meses después de su promulgación, salvo que con el voto favorable del *Bundesrat* se disponga otra cosa. La frase tercera del apartado 3 del artículo 72 se aplica en consecuencia. En casos excepcionales podrá la Federación, si existe una necesidad especial de una regulación federal unitaria, regular el procedimiento administrativo sin que los *Länder* tengan la posibilidad de apartarse de esta regulación. Estas leyes necesitarán el voto favorable del *Bundesrat*. A los municipios y las federaciones de municipios no se pueden transferir tareas mediante ley federal». La estructura del nuevo artículo 84.1 GG la explica gráficamente MÖLLERS (pp. 1 y s.) hablando de la existencia de tres niveles: 1) En un primer nivel pueden los *Länder* regular la organización y el procedimiento administrativos necesarios para ejecutar, como tarea propia, el Derecho federal en su territorio; 2) En un segundo nivel puede la Federación aprobar normas en materia de procedimiento administrativo sin necesidad de contar con el voto favorable del *Bundesrat*, pero de las que los *Länder* podrán apartarse mediante normas con rango de ley; 3) En un tercer nivel puede la Federación, en determinados supuestos y siempre contando con el voto favorable del *Bundesrat*, aprobar reglas en esta materia de las que los *Länder* no podrán apartarse. La novedad sustancial la constituye el segundo nivel.

⁴⁴ *BT Drucksache* 16/813, de 7 de marzo de 2006, p. 15.

⁴⁵ En este sentido el informe del SRU, p. 27. También ZIEHM (p. 5) y SCHRADER (p. 15).

en el Acuerdo de Coalición, que la Federación pueda aprobar en el futuro un Código de Derecho Medioambiental que ordene de forma sistemática la pluralidad de normas, algunas de ellas contradictorias, que actualmente existen en esta materia. Con ello se pretende fundamentalmente reforzar, sobre todo mediante una simplificación y unificación de los procedimientos de concesión de licencias y autorización de proyectos, el atractivo de Alemania como lugar de establecimiento de empresas. Qué valor tendrá ese Código y en qué quedarán los objetivos que con él se persiguen cuando los Länder empiecen a apartarse de las normas en él contenidas es algo que los críticos de la reforma ya se están planteando⁴⁶.

Resumiendo puede decirse que la reformada Ley Fundamental de Bonn contempla en materia de medio ambiente cinco títulos competenciales diferentes: 1) competencia exclusiva de la Federación en materia de protección contra las radiaciones; 2) competencia exclusiva de los Länder en materia de lucha contra el ruido procedente de instalaciones deportivas y de ocio; 3) competencia concurrente de la Federación con tres variantes: a) con vinculación de la Federación a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2. GG en materia de gestión de residuos y de Derecho de la economía (título competencial en el que se tendrá que seguir apoyando la Federación como hasta ahora para regular, entre otras, materias como la protección del clima, las energías renovables, o la seguridad de los productos químicos, que siguen sin ser mencionadas expresamente en el texto de la Ley Fundamental); b) sin vinculación de la Federación a la «cláusula de imprescindibilidad» y sin posibilidad de que los Länder puedan apartarse de la regulación federal en materia de protección contra la contaminación atmosférica y la lucha contra el ruido (con las excepciones señaladas) así como en los ámbitos expresamente excluidos en materias en las que, en principio, sí que pueden apartarse los Länder de la legislación federal; c) sin vinculación de la Federación a la «cláusula de imprescindibilidad» y con posibilidad para los Länder de apartarse de la legislación federal en materia de protección de la naturaleza y ordenación territorial y en determinados ámbitos de la materia «economía hídrica».

⁴⁶ Véase el informe del SRU, pp. 16 y ss. KLOEPFER considera que estos temores están injustificados (pp. 2 y siguiente, y p. 10), básicamente porque los *Länder* también estarán sujetos al apartarse de la normativa federal a las numerosas normas comunitarias en la materia y a los límites que éstas impongan, y porque no necesariamente los *Länder* rebajarán el nivel de protección del medio ambiente contenido en el futuro Código, sino que cabe pensar también que los que hagan uso de la posibilidad de apartarse de él lo hagan para elevar los *standards* en él contenidos, algo que el informe del SRU no ve tan claro. También optimista RUTHIG (p. 8).

En general puede decirse que el nuevo reparto de competencias en materia de medio ambiente tiene algunos aspectos que en principio hay que valorar como muy positivos, pero parece garantizada la aparición de numerosos conflictos entre la Federación y los Länder cuando cada uno de estos entes empiece a hacer uso de sus respectivas competencias. Esos conflictos se tendrán que resolver, o bien acudiendo al Tribunal Constitucional Federal, o bien mediante acuerdos entre la Federación y los dieciséis Länder fuera de los cauces parlamentarios habituales de toma de decisiones (Bundesrat)⁴⁷. Además, es más que probable que esta fragmentación de la competencia sobre las materias medioambientales y la posibilidad de los Länder de apartarse en muchos ámbitos de la legislación federal genere (mejor dicho, siga generando) problemas a la hora de transponer en Derecho interno alemán las Directivas comunitarias en materia de medio ambiente⁴⁸.

3.2. c) Enseñanza

3.2. c).1. Educación primaria y secundaria

La enseñanza a nivel de educación primaria y secundaria, que era el asunto que hizo fracasar el intento de reforma de 2004, pasa a quedar en manos en exclusiva de los Länder, algo que en la práctica ya ocurría antes de la reforma, mientras que la Federación conserva su competencia en

⁴⁷ Véase en este sentido más ampliamente el informe del SRU, pp. 33 y s.

⁴⁸ Se refiere ampliamente a ello EPINEY (pp. 2 y ss), a quien me remito. Lo destaca también ZIEHM (p. 6). En ese sentido ha manifestado también sus temores ante el texto de la reforma constitucional el Comisario de Medio Ambiente de la Unión Europea, Stavros Dimas (ZIEHM, pp. 6 y s.). Interesantes también las reflexiones de SCHRADER (en especial pp. 10 y ss). Esos problemas de transposición de Directivas en materias medioambientales a causa del federalismo ya existen en Alemania, como lo demuestra por ejemplo el hecho de que se haya concluido la primera fase de transposición de la Directiva 92/43/CEE sobre hábitats con once años de retraso porque los *Länder* Baja Sajonia, Bremen y Schleswig-Holstein no han mandado hasta febrero de 2006, y ello sólo debido a la presión de la Comisión Europea, sus propuestas de qué espacios naturales dentro de su territorio han de considerarse «lugares de importancia comunitaria», propuestas que según el artículo 4 de la Directiva tendrían que haberse presentado en junio de 1995 como muy tarde. Los problemas se incrementarán en este ejemplo concreto y en otros similares cuando el Estado alemán, responsable último de la adecuada transposición de la Directiva, sea incapaz de cumplir, precisamente por la previsible fijación normativa de estándares de protección diferentes en los *Länder* que se aparten de la normativa federal homogénea, las obligaciones que le impone esta Directiva (F. EKARDT, y R. WEYLAND, «Föderalismusreform und europäisches Verwaltungsrecht». *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 7/2006, p. 740).

materia de formación profesional fuera de las escuelas. La competencia exclusiva de los Länder en materia de educación primaria y secundaria es, en general, valorada negativamente por los expertos que han aportado su opinión a los trabajos de la Comisión para la Reforma del Federalismo en el Bundestag⁴⁹ a la vista, fundamentalmente, de los pésimos resultados obtenidos por los escolares alemanes en el estudio PISA⁵⁰, que apuntan hacia la necesidad de más competencia federal en esta materia y no de menos, para que Alemania pueda recuperar la posición que le corresponde a nivel internacional en este contexto⁵¹. También los maestros tienen ahora mismo dificultades extraordinarias para que su titulación y su experiencia, obtenida en un Land, sean reconocidas en los otros Länder, dificultades que no harán más que agravarse con el reforzamiento de las competencias de los Länder en la materia, hasta el punto de que se dice que es más fácil

⁴⁹ Puede verse, por ejemplo, STEINERT (en especial pp. 4 y ss), en su condición de Presidente de la Confederación de Padres de Alumnos. También LANDFRIED (p. 1).

⁵⁰ El último estudio PISA indica que más de una quinta parte del total de los jóvenes de quince años escolarizados en Alemania carecen de los conocimientos básicos imprescindibles (el porcentaje varía entre el 13 y el 32 por ciento según los Länder y según el área de conocimiento de que se trate); la proporción asciende a más de dos quintos cuando se trata de inmigrantes de la segunda generación. Por otra parte, Alemania es uno de los países de la OCDE donde la relación entre procedencia socioeconómica y éxito escolar está más acentuada, con diferencias también notables en este punto entre los distintos Länder. Los resultados medios de los tests realizados en el marco del estudio PISA muestran marcadas diferencias entre unos Länder y otros, también en el ámbito de la educación preuniversitaria, con lo que no está garantizada una base más o menos homogénea de conocimientos en el momento de acceder a la Universidad (HÜTHER, p. 3).

⁵¹ Téngase en cuenta, además, que, incluso ahora, un cambio de escuela motivado por un traslado de la familia de un Land a otro va acompañado de dificultades extraordinarias para el niño o la niña, dada la existencia de leyes escolares diferentes en los distintos Länder, de diferentes períodos de escolarización obligatoria, de diferentes planes de estudios, de dieciséis modelos diferentes de formación profesional, de diferentes modelos de aprendizaje de lenguas extranjeras en la escuela, de diferentes edades para la escolarización obligatoria según cada Land, de diferentes libros de texto, sin que sea algo excepcional el que los alumnos que atraviesan por esta experiencia tengan que invertir más años en su formación escolar que si no hubiesen cambiado de Land. Esas dificultades no harán probablemente a partir de ahora sino incrementarse (lo apuntan STEINERT, p. 4, y THÖNE, p. 1, y G. SEIDEL, «Der unreformierbare Föderalismus». *Recht und Politik* 4/2005, p. 213). Mucho más optimista y convencido de la capacidad de los Länder para abordar con éxito las nuevas tareas que se le encomiendan HOFFMANN (p. 3). También KRAUS (p. 1), que considera que no es la competencia de los Länder en materia de enseñanza la responsable de los malos resultados de los escolares alemanes en el estudio PISA, y que a esa competencia hay que agradecer el que algunos Länder hayan alcanzado resultados más que satisfactorios en ese estudio: una competencia federal en la materia no haría sino equiparar por abajo a todos los Länder alemanes.

actualmente para un maestro procedente de otro país de la Unión Europea trasladarse a Alemania y empezar a ejercer su profesión en territorio germano o a la inversa que para un maestro alemán titulado en un Land trasladarse a otro Land dentro de Alemania⁵².

La mayoría de los expertos reclaman un marco general y único en esta materia para todos los Länder que sólo será posible mediante reglas federales válidas y vinculantes en todo el territorio estatal que fijen estándares educativos mínimos que todos los Länder estén obligados a respetar. Sin ese marco único, la educación no podrá dar cumplimiento de forma efectiva y eficiente a las funciones, también económicas, que tiene asignadas (socialización, adquisición de competencias básicas, adquisición de una cualificación profesional, etc.)⁵³. Los Länder podrían luego, al desarrollar los preceptos federales, estimular en ese marco la competencia entre las escuelas de su territorio, aunque la normativa federal garantizaría el que la competencia no se desarrollase en perjuicio de los colectivos más desfavorecidos desde el punto de vista educativo. Hüther destaca cómo, aunque la competencia en materia de enseñanza la tengan los Länder en exclusiva, va a corresponder al final a la Federación, a agencias federales o a las propias empresas poner los medios, también financieros, para subsanar las deficiencias en la adquisición de los conocimientos básicos que correspondería a los sistemas escolares de los Länder proporcionar y que éstos no proporcionen. Asimismo, si la capacidad de los estudiantes para acceder a la Universidad no está garantizada por la posesión de unos conocimientos básicos homogéneos en todo el territorio federal, las Universidades tendrán que subsanar esas deficiencias, bien estableciendo sus propias pruebas de acceso para asegurar que los estudiantes que lleguen a ellas tienen un determinado nivel de conocimientos, o bien prolongando la duración de los estudios universitarios para suplir aquellas carencias⁵⁴. Lo mismo ocurre con las empresas si no pueden confiar en que la posesión de un determinado título escolar acredite la posesión de un mínimo y homogéneo nivel de competencia y conocimientos en todo el territorio federal⁵⁵, lo cual ya es un hecho, según constata Kraus⁵⁶. Hay muchas dudas

⁵² THÖNE, como representante del sindicato Educación y Ciencia (p. 1).

⁵³ HÜTHER (pp. 2 y ss).

⁵⁴ Algunas Universidades alemanas se están ya planteando ofrecer cursos complementarios de lengua alemana, incluso obligatorios, a sus estudiantes para suplir con ello las deficiencias de la educación primaria y secundaria en este punto que dificultan notablemente la transmisión, adquisición y evaluación de conocimientos dentro de la Universidad.

⁵⁵ HÜTHER (pp. 3 y s.).

⁵⁶ En su informe como experto ante el *Bundestag*, p. 3.

además acerca de la capacidad de los Länder, en particular de los más pobres, para financiar a partir de ahora por sí solos las reformas que se consideran necesarias en materia de educación primaria y secundaria⁵⁷.

El reforzamiento de la competencia de los Länder en el ámbito de la enseñanza traerá consigo, por otro lado, un reforzamiento en la posición y la función de la Conferencia de Ministros de Educación, donde están representados los Ministros de Educación de cada uno de los Länder, y que será la responsable a partir de ahora de fijar, mediante técnicas de cooperación, las líneas maestras de una serie de cuestiones básicas en materia educativa, también a nivel universitario, que luego cada Land se encargará de desarrollar. Las cuestiones básicas, por tanto, no serán decididas por los Parlamentos regionales, ni, naturalmente, en el Bundestag o el Bundesrat, sino en el seno de este órgano de cooperación entre los Gobiernos regionales, que además celebra sus sesiones a puerta cerrada⁵⁸, y que se ha mostrado hasta la fecha incapaz de hacer frente satisfactoriamente a las tareas que le corresponden⁵⁹.

El único residuo competencial que le queda a la Federación en este ámbito se recoge en la nueva redacción del artículo 91b.2 GG, según el cual «la Federación y los Länder pueden, sobre la base de acuerdos, colaborar en la elaboración de informes y recomendaciones para determinar la capacidad de rendimiento del sistema escolar a nivel internacional», precepto orientado únicamente a estimular la cooperación entre la Federación y los Länder en estudios internacionales comparativos, como el famoso estudio PISA.

⁵⁷ HÜTHER (p. 4).

⁵⁸ Lo destaca THÖNE (p. 8). También se refiere a ello H. J. PAPIER, op. cit., p. 2, quien de manera contundente llega a la conclusión en general, no sólo en el caso de la Conferencia de Ministros de Educación, de que «el sentido de una reforma del federalismo en el ámbito de la competencia legislativa no puede ser el que una competencia que hasta ahora era de la Federación sea simplemente sustituida por un complicado proceso de coordinación entre los Länder, al final del cual resulta una norma en definitiva unitaria para toda la Federación, sólo que cumplimentada dieciséis veces por leyes regionales. Una refederalización de la legislación sólo tiene sentido, en otras palabras, cuando los Länder —en especial los Parlamentos regionales— reciben o encuentran de nuevo la posibilidad, la voluntad y la fuerza de una auténtica estatalidad y de una configuración propias».

⁵⁹ Piénsese sólo en las enormes dificultades que ha tenido la Conferencia de Ministros de Educación para sacar adelante una reforma de la ortografía alemana aplicable en todos los Länder, o en el hecho, que destaca HÜTHER (p. 5), de que la Conferencia ha sido hasta la fecha incapaz de introducir estándares mínimos de calidad vinculantes, de reducir o siquiera de suavizar las interacciones interregionales negativas, o de asegurar la no rivalidad entre los Länder en el cumplimiento de las funciones educativas «socialización» y «adquisición de conocimientos básicos».

3.2. c).2. Enseñanza superior y Universidades

Hasta ahora, la Federación tenía atribuida constitucionalmente la competencia para dictar leyes-marco sobre los principios generales del sistema universitario (antiguo art. 75.1.1a GG), competencia cuyo ejercicio estaba sujeto a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG. La reforma de la Ley Fundamental de Bonn suprime ahora la legislación marco en general, y pasa a atribuir a la Federación la competencia concurrente sólo para legislar sobre admisión en la Universidad («Hochschulzulassung») y sobre títulos universitarios («Hochschulabschlüsse»), materias que no están sometidas a la «cláusula de imprescindibilidad», si bien se da a los Länder la posibilidad de apartarse de la regulación que pueda elaborar la Federación (art. 74.1.33 GG, en conexión con los apartados 2 y 3.1.6 del artículo 72 GG)⁶⁰. La competencia en materia de admisión en la Universidad pretende dar a la Federación la posibilidad de regular de manera unitaria los procedimientos de selección y de adjudicación de plazas, en particular en aquellas titulaciones con «*numerus clausus*». Expresamente excluida de este título competencial queda la polémica cuestión de las tasas universitarias, cuya fijación corresponde por tanto a los Länder. La competencia en materia de «títulos universitarios», por su parte, permite a la Federación regular de manera unitaria, no sólo los títulos en sí y el nivel de cualificación necesario para alcanzarlos, sino también la duración mínima de las distintas titulaciones⁶¹.

El resto de la materia pasa a ser competencia exclusiva de los Länder⁶²; es decir, que éstos pueden a partir de ahora regular, sin sujeción a normas federales, la constitución y organización de las Universidades y Escuelas Técnicas Superiores, sus deberes, su dotación, y la posición jurídica de su

⁶⁰ La posibilidad de apartarse de la normativa federal se reconoce a los *Länder* desde el momento en que el legislador federal haya regulado esta materia tras la reforma o, incluso en ausencia de nueva regulación federal, en todo caso desde el 1 de agosto de 2008 (art. 125b.1.3 GG). La previsible falta de una regulación unitaria a nivel federal en materia de acceso a la Universidad y de títulos universitarios no es visto por Steinberg como un problema ni generará en su opinión un caos, porque, según él, los *Länder* actuarán de manera inteligente y responsable y mantendrán la movilidad mediante técnicas de coordinación (acuerdos entre *Länder*) (STEINBERG, p. 4). Críticos con la posibilidad de los *Länder* de apartarse de la legislación federal en este punto se muestran prácticamente el resto de los expertos consultados por el *Bundestag*, incluida la Conferencia de Rectores de Universidades alemanas (véanse, por ejemplo, SCHNEIDER, p. 1, y HÜTHER, p. 8).

⁶¹ *BT Drucksache* 16/813, de 7 de marzo de 2006, p. 14.

⁶² El Derecho actualmente vigente en esta materia seguirá en vigor (art. 125a.1.1 GG), pero puede a partir de ahora ser reemplazado por Derecho de los *Länder* (art. 125a.1.2 GG).

personal⁶³. Sólo se deja sin modificar la competencia concurrente de la Federación en materia de ayudas a la formación profesional y de promoción de la investigación científica (art. 74.1.13 GG), que sigue con ello también sujeta a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG y, por tanto, impracticable, porque ninguno de los criterios determinantes de la «imprescindibilidad» de la legislación federal es fácilmente aplicable a este título competencial⁶⁴. La Federación sigue siendo competente para regular, al amparo del título competencial «Derecho del trabajo» (art. 74.1.12 GG), la relación del personal laboral al servicio de las Universidades y Escuelas de Enseñanza superior, competencia concurrente que deja de estar sujeta a la «cláusula de imprescindibilidad»⁶⁵.

Se suprime la tarea común («Gemeinschaftsaufgabe»⁶⁶) «construcción de Universidades» y con ello la financiación mixta para la construcción de Universidades y Hospitales Clínicos Universitarios (antiguo art. 91a.1 GG), aunque los Länder seguirán percibiendo transitoriamente, en principio hasta 2013, fondos públicos de la Federación en los términos previstos en el nuevo artículo 143c GG y en el artículo 13.2 de la Ley de Acompañamiento a la Ley de Reforma Constitucional. Eso quiere decir que a partir de ahora, a salvo de lo dispuesto en esa regla transitoria, la construcción de Universidades o de nuevas Facultades queda en manos exclusivamente de los medios financieros (en general muy escasos) de los Länder, lo cual es duramente criticado por Hüther⁶⁷ y Landfried⁶⁸, porque además ninguna norma

⁶³ Lo previsible es, en cualquier caso, que en el futuro se evolucione hacia un reforzamiento de la autonomía universitaria y que dentro de unos años sean las propias Universidades y Escuelas Técnicas Superiores las que regulen de manera autónoma las cuestiones de organización, personal, medios financieros e, incluso, admisión que les afecten, y que el papel del Estado se limite al aseguramiento de niveles determinados de calidad (véase E. HANSALEK, «Die neuen Kompetenzen des Bundes im Hochschulrecht». *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* núm. 6, 2006, p. 669).

⁶⁴ Lo constata MEYER, p. 3.

⁶⁵ Para los funcionarios al servicio de las Universidades vale lo dicho anteriormente al hablar del reparto de competencias entre la Federación y los Länder en materia de función pública, a lo cual me remito.

⁶⁶ La categoría de las «tareas comunes» fue introducida en 1969 en la Ley Fundamental de Bonn. Su artículo 91a, que enumera exhaustivamente la lista de tareas comunes, establece que la Federación colaborará en el cumplimiento de tareas de los Länder cuando dichas tareas sean relevantes para la totalidad y la colaboración de la Federación sea imprescindible para mejorar las condiciones de vida. La colaboración de la Federación se centra en su participación en la planificación marco y en la ejecución de la tarea en cuestión, lo que supone que la Federación asume una parte importante de los costes que todo ello conlleva. Ello a su vez ha supuesto un incremento notable en la capacidad de influencia de la Federación en tareas que en realidad son competencia de los Länder.

⁶⁷ HÜTHER, p. 6.

⁶⁸ LANDFRIED, p. 7.

obliga a los Länder a partir de 2013 a destinar fondos a tales fines. La Federación sólo puede cooperar en la construcción de centros de investigación y en la compra de grandes aparatos destinados a la investigación.

Sí se mantiene la cofinanciación⁶⁹ para estimular el desarrollo de proyectos de investigación científica de importancia supra-regional dentro o fuera de las Universidades y Centros de Enseñanza Superior (art. 91b GG). La cofinanciación en materia de docencia y formación, que no de investigación, universitarias⁷⁰ queda excluida en adelante por efecto del nuevo artículo 104b.1.2 GG, que suprime las ayudas financieras en materias que sean de competencia exclusiva de los Länder, regla que naturalmente también va a afectar a la financiación por parte de la Federación de programas en el ámbito de la educación primaria y secundaria, lo que se teme que en conjunto afecte negativamente a la calidad de la oferta educativa sobre todo en los Länder más pobres.

La supresión de la competencia marco en materia de Universidades se veía como algo inevitable desde 1994 en que, con la reforma del artículo 72.2 GG y con la estricta interpretación que de los criterios de «imprescindibilidad» ha hecho desde entonces el Tribunal Constitucional, el legislador federal quedó prácticamente imposibilitado para hacer uso de la competencia en esta materia. En ese sentido no ha habido sorpresas. La mayoría de los expertos consultados considera, no obstante, necesarias, igual que en educación primaria y secundaria, mayores competencias federales, y no menos, en materia de Universidades, para asegurar la calidad de las mismas y su competitividad a nivel internacional⁷¹.

⁶⁹ También es posible que se acuerde entre la Federación y los Länder que sea la Federación la única que financie el proyecto de que se trate (*BT Drucksache* 16/813, de 7 de marzo de 2006, p. 16).

⁷⁰ Esta separación entre docencia e investigación universitarias es criticada por SCHNEIDER (p. 1) como algo ajeno al sistema alemán y también muy duramente por LANDFRIED (p. 6). Véase también THÖNE (p. 14), y el informe del DAAD como experto ante el *Bundestag*, p. 3: «la necesidad de inversión e innovación en la formación y la docencia universitarias en las Universidades y Escuelas de Enseñanza Superior alemanas es como mínimo tan urgente como en la investigación» (afirmación que confirma el informe de la Conferencia de Rectores de Universidades alemanas ante el *Bundestag*, p. 1).

⁷¹ En este sentido, por ejemplo, M. STOCK, «Föderalismusreform: Mit der Großen Koalition ins Abenteuer? «Die Rahmengesetzgebung wird abgeschafft» - Was wird aus dem deutschen Umweltrecht?». *Zeitschrift für Umweltrecht* 3/2006, p. 119, y THÖNE (p. 3). Otros autores, sin embargo, ven en la competencia exclusiva de los Länder en materia de Universidades una manera de estimular la competencia entre éstas y su especialización (STEINBERG, p. 4).

3.2. d) Otras materias

3.2. d).1. Ampliación del catálogo de materias objeto de competencia exclusiva de los Länder

Numerosas materias que antes eran objeto de legislación concurrente (art. 74.1 GG) pasan a ser competencia exclusiva de los Länder, al excluirse expresamente del enunciado del artículo 74.1 GG o suprimirse en éste la referencia expresa a las mismas, con lo cual, por efecto del artículo 70 GG, vuelven a caer automáticamente en el ámbito competencial de los Länder. Las más importantes de estas materias son las siguientes:

- La ejecución de las penas y de la prisión provisional (art. 74.1.1 GG). La competencia legislativa en materia de Derecho penal, Derecho de las medidas de seguridad y Derecho procesal penal sigue correspondiendo (como competencia concurrente⁷²) a la Federación, aunque deja de estar sujeta a la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG, mientras que la competencia legislativa exclusiva en materia de ejecución de penas pasa a atribuirse a los Länder⁷³, que han sido hasta la fecha los encargados de ejecutar la normativa federal en esta materia⁷⁴. El temor a que los Länder hagan uso de esta competencia para endurecer el régimen de ejecución de las penas, sobre todo de las privativas de libertad, con fines populistas ha sido ya manifestado por algunos autores⁷⁵. Hay otros autores que conside-

⁷² Aunque con ciertas peculiaridades, como explica Ch. MAIWALD, "Die Gesetzgebungszuständigkeit im Strafrecht". *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1/2006, p. 19.

⁷³ En este sentido, por ejemplo HUBER (p. 24) se manifiesta partidario de mantener la competencia legislativa en materia de ejecución de las penas en manos de la Federación, precisamente por la vinculación entre esta materia y el Derecho Penal, el Derecho procesal penal y el Derecho de las medidas de seguridad, que siguen siendo competencia de la Federación. La transferencia de la competencia sobre esta materia a los *Länder* se produjo casi por sorpresa durante las negociaciones de la Comisión para la Reforma del Federalismo, sin que se aportase ningún tipo de justificación objetiva para ello y sin que haya habido discusión al respecto, ni en el seno de la Conferencia de Ministros de Justicia ni en el Comité de los *Länder* para la Ejecución de las Penas ni en los Parlamentos, y sin que los *Länder* hubiesen reclamado hasta diciembre 2004 asumir esta competencia (lo denuncia MAELICKE, pp. 1 y s.).

⁷⁴ El argumento de la experiencia material y organizativa de los *Länder* en este terreno es el que emplean AUMÜLLER (p. 1) y LÜCKEMANN (p. 2) para justificar que sean los *Länder* los titulares a partir de ahora de la competencia legislativa sobre esta materia.

⁷⁵ Véanse por todos los informes de LANGE-LEHNGUT y de SEEBODE como expertos ante el *Bundestag*. Téngase en cuenta que la legislación penal federal prevé la pena de privación de libertad para numerosos delitos, pero no define cuál es el contenido de ésta, lo cual corresponde a la legislación en materia de ejecución de penas, que pasa a partir de

ran ese peligro conjurado por la propia Ley Fundamental, en particular, por los derechos fundamentales que en ella se recogen y por la interpretación que de los mismos hace, en particular en relación a la ejecución de las penas, el Tribunal Constitucional Federal⁷⁶, lo cual, junto con el Derecho penal material, que sigue siendo competencia de la Federación, y con las normas europeas en esta materia, garantizaría una cierta unidad jurídica básica, que podría completarse con acuerdos entre los Länder para facilitar la necesaria y deseable coordinación⁷⁷. Otro temor expresado por algunos autores es el de que los Länder decidan de ahora en adelante reducir sus inversiones en prisiones y en resocialización de los condenados a penas de privación de libertad y que ello redunde a la larga en mayores tasas de reincidencia y en un incremento de la delincuencia⁷⁸. Hasta la Ministra Federal de Justicia se ha pronunciado a favor de una regulación unitaria de esta materia a nivel federal, como única vía para garantizar la unidad jurídica, la calidad de las instalaciones y de la atención a los reclusos, y la igualdad de oportunidades de éstos⁷⁹.

• El derecho de reunión (art. 74.1.3 GG). Hasta ahora la Federación había regulado de forma casi exhaustiva esta materia a través de una anticuada ley de 1953, dejando margen a los Länder para regular solamente la cuestión de los costes ocasionados por la celebración de reuniones y manifestaciones y de las medidas a adoptar con carácter previo a la celebración de la reunión o al término de la misma, aunque hay que decir que, precisamente por lo anticuado de la ley de 1953, la mayor parte del Derecho actualmente vigente en esta materia es, sobre todo desde 1985, Derecho jurisprudencial. A partir de ahora, la materia pasa a ser objeto de la competencia exclusiva de los Länder, al modificarse el art. 74.1.3 GG, que sólo mantiene como objeto de la competencia concurrente el derecho de asociación.

ahora a quedar en manos de los Länder. Esto podría suponer una vulneración del principio de legalidad penal del artículo 103.2 GG según SEEBODE (pp. 5 y s.).

⁷⁶ AUMÜLLER (pp. 2 y s.) y ROBBERS (p. 2).

⁷⁷ ROBBERS (pp. 4 y s.).

⁷⁸ MOSER (p. 3). LÜCKEMANN, tomando como ejemplo a Baviera, el *Land* donde el gasto diario por recluso es menor, niega que ese temor tenga fundamento (pp. 8 y s.).

⁷⁹ Véase MAELICKE (p. 3). Este autor destaca que también las Iglesias, los sindicatos, más de cien catedráticos alemanes de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Criminología, y catorce antiguos Ministros de Justicia, federales o de los Länder, de distintos partidos políticos se han mostrado contrarios a que los Länder asuman la competencia legislativa exclusiva en esta materia (p. 5). En este sentido se ha pronunciado también la Asociación Federal de Directores de Prisiones en su informe ante el *Bundestag*.

Los más críticos con la atribución de esta competencia a los Länder⁸⁰ temen sobre todo que el derecho de reunión acabe siendo configurado de manera muy diversa en unos puntos y otros del territorio federal, y consideren además que por la propia naturaleza del objeto, la competencia legislativa habría de corresponder a la Federación⁸¹, aunque hay que tener en cuenta en cualquier caso que el margen de regulación de los Länder en los aspectos esenciales no es tan grande, porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y de los Tribunales administrativos sobre este derecho fundamental ya marca numerosos límites a la configuración legal del mismo. En cualquier caso, el hecho de que al final acabe habiendo dieciséis leyes que regulen de manera diferente (siempre respetando las directrices marcadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional) traerá previsiblemente consigo dificultades prácticas cuando se trate, como ocurre con frecuencia, de garantizar la seguridad de una concentración masiva o de una manifestación con miembros del Cuerpo de Policía de otro Land o de la Policía Federal, que habrán de ser previamente instruidos en la regulación en materia de derecho de reunión y de manifestación del Land donde han de intervenir⁸².

- El derecho de los asilos y de las residencias para ancianos y discapacitados («Heimrecht») (art. 74.1.7 GG). El hecho de que la Federación deje de determinar a partir de ahora de forma unitaria niveles mínimos de calidad en la asistencia estacionaria a ancianos e incapacitados en estas instituciones hace temer a algunos autores un aumento notable de la burocracia, y un empeoramiento en la calidad del cuidado a estas personas motivado fundamentalmente por un afán de disminuir costes⁸³.

- El horario de cierre de los comercios y la regulación de los hoteles y locales de restauración, teatros, casinos, ferias, exposiciones y mercados (art. 74.1.11 GG). Los Länder regularán de manera particular y adaptada a sus peculiaridades la dimensión económica del horario de apertura y cierre de los comercios, mientras que la dimensión relativa a la protección de los trabajadores del sector del comercio seguirá siendo regulada de manera

⁸⁰ HUBER (p. 25) y BATTIS (p. 4). Las normas de la Federación que estén vigentes en materia de derecho de reunión se mantienen en principio en vigor y podrán ir siendo sustituidas por Derecho de los *Länder* (art. 125a.1 GG).

⁸¹ HUBER (p. 25) y KUTSCHA (p. 2).

⁸² Lo destaca POSCHER (p. 8).

⁸³ VERHÜLSDONK (p. 1) y FRANK (p. 7). Otros autores, como PITTSCHAS, se muestran por el contrario convencidos de que la descentralización en este ámbito es el camino correcto (pp. 7 y ss).

unitaria a nivel federal como parte de la materia «legislación laboral», que sigue siendo objeto de la competencia legislativa concurrente de la Federación (art. 74.1.12 GG)⁸⁴.

- El ruido generado por instalaciones deportivas y de ocio o por instalaciones con un fin social (art. 74.1.24 GG), a lo que ya se hizo referencia con anterioridad al hablar del medio ambiente.

- La carrera profesional, el sueldo y la previsión social de los funcionarios de los Länder, los municipios y otras corporaciones de Derecho público (por vía de la supresión de los artículos 74a y 75.1 GG), a lo que también se ha hecho ya alusión.

- La regulación del derecho de prensa, que antes era objeto de legislación marco, también pasa a ser competencia exclusiva de los Länder.

Antes de concluir el análisis del catálogo de materias que pasan a ser competencia exclusiva de los Länder me parece interesante hacer referencia a una materia que la «Gran Coalición» en su Proyecto de Reforma Constitucional pretendía atribuir en exclusiva a los Länder pero que al final seguirá siendo, como hasta ahora, objeto de competencia legislativa concurrente: el notariado (art. 74.1.1 GG).

En el texto de la Ley de Reforma finalmente aprobado en el Bundestag y en el Bundesrat el notariado sigue siendo objeto de la competencia legislativa concurrente de la Federación⁸⁵, que ha regulado hasta la fecha de manera exhaustiva esta materia en numerosos preceptos del Código Civil alemán (BGB) que se refieren a la forma de determinados negocios jurídicos, en la «Beurkundungsgesetz» (Ley de Escrituras Públicas), en la «Bundesnotarordnung» (Ordenanza Federal del Notariado), en la «Kostenordnung» (Orden sobre Tasas), y en numerosos preceptos procesales relativos, por ejemplo, entre otras cuestiones, a la ejecutividad de los títulos notariales. Esta normativa pudo ser aprobada porque reglas federales unitarias en esta materia se consideraron imprescindibles de acuerdo con los criterios del artículo 72.2 GG.

La intención del Proyecto de Reforma presentado ante el Bundestag el 7 de marzo de 2006 era la de limitar la competencia concurrente de la

⁸⁴ Véase FRANK (p. 7).

⁸⁵ La Ley Fundamental reconoce en su artículo 138 a los *Länder* Baviera y Baden-Württemberg un derecho de veto cuando la regulación del notariado afecte a las peculiaridades que, por motivos históricos, esta institución presenta en diversos territorios de esos *Länder* («Las modificaciones de los órganos del notariado ahora existentes en los Länder Baden, Baviera, Württemberg-Baden y Württemberg-Hohenzollern precisarán el consentimiento de los Gobiernos de estos Länder»).

Federación en esta materia al «Derecho de las escrituras públicas» («Recht der Beurkundung»), del que quedaría excluido expresamente el Derecho de las tasas notariales. La materia que no se atribuyese a la competencia concurrente de la Federación pasaría automáticamente a ser de la competencia legislativa exclusiva de los Länder. Los expertos que se ocuparon del tema criticaron muy duramente el que el notariado (con la sola excepción del «Derecho de las escrituras públicas») pasase a ser competencia legislativa exclusiva de los Länder⁸⁶, no sólo porque la reforma se consideraba absolutamente innecesaria, contraria a la evolución histórica de la institución en Alemania, y opuesta a la tendencia en el Derecho comparado, sino fundamentalmente porque no se consideraba que la reforma fuese a ser ventajosa en absoluto para los ciudadanos⁸⁷. Todo lo contrario: con toda probabilidad se habrían planteado con mucha frecuencia complicados problemas de delimitación entre la competencia de la Federación y la competencia de los Länder que hasta ahora en materia de notariado no existen; los Länder habrían podido establecer diferentes niveles de cualificación para ejercer la profesión de notario o, para evitar tales diferencias, habría tenido que recurrirse a la coordinación entre los distintos Länder, con considerables costes de tiempo y de dinero; los Länder podrían haber emprendido una competición entre sí para ofrecer los servicios notariales a precios más bajos que los otros Länder, lo cual haría que acabase resintiéndose la calidad del servicio ofrecido; y todo ello podría haber acabado en definitiva creando obstáculos al tráfico jurídico dentro y fuera de Alemania que ahora mismo no existen⁸⁸ y que repercutirían sin duda en la competitividad internacional de las empresas alemanas y de Alemania como foro de negocios. Además, durante la tramitación del Proyecto de Ley de Reforma no se explicó en ningún momento en qué medida los criterios que hacían hasta ahora imprescindible una regulación unitaria en esta materia habían dejado de darse⁸⁹. Al final los grupos parlamentarios de la CDU/CSU y del SPD se han puesto en el último minuto de acuerdo para no reformar la Ley Fundamental en este punto, para satisfacción de todos.

⁸⁶ Véase por todos el informe de STÜRNER como experto ante el *Bundestag*.

⁸⁷ Véase sobre todo esto los interesantes y coincidentes informes de BURNS, en especial pp. 6 y ss, y SANDKÜHLER, en especial pp. 7 y ss.

⁸⁸ Todas estas críticas en los informes de BURNS, pp. 12 y ss, y SANDKÜHLER, pp. 8 y ss.

⁸⁹ Lo destaca SANDKÜHLER (p. 3). Eso le hacía temer que en realidad no hubiese razones jurídico-materiales que justificasen este traslado de la competencia a los *Länder* y que ello obedeciese exclusivamente a concesiones políticas (p. 4).

3.2. d).2. Ampliación del catálogo de materias objeto de competencia legislativa exclusiva de la Federación

A la Federación le corresponde a partir de ahora en exclusiva la competencia para legislar en materia de armas y materiales explosivos (nuevo art. 73.1.12 GG), uso pacífico de la energía atómica (nuevo art. 73.1.14 GG), y asistencia a los damnificados por la guerra (nuevo art. 73.1.13 GG), materias todas ellas que antes eran objeto de legislación concurrente⁹⁰. La protección del patrimonio cultural para evitar su expatriación (nuevo art. 73.1.5a GG) y las materias «empadronamiento y expedición de documentos de identidad» («Melde- und Ausweiswesen», nuevo art. 73.1.3 GG), que antes eran objeto de la legislación marco, pasan a ser también objeto de competencia legislativa exclusiva de la Federación.

Se crea asimismo un nuevo título competencial, que se atribuye en exclusiva a la Federación, en materia de defensa preventiva frente al terrorismo internacional⁹¹ cuando el peligro afecte a más de un Land, o cuando no se pueda reconocer la competencia de una autoridad policial a nivel de Land, o cuando la autoridad policial superior de un Land pida a la autoridad federal que asuma ella misma la competencia. El ejercicio de esta competencia la atribuye la propia Constitución en todo caso a la Agencia Federal contra el Crimen («Bundeskriminalamt»). Para la regulación de esta materia se precisa una ley federal (o que se complemente la ley federal vigente que regula la Agencia Federal contra el Crimen) que cuente con el consentimiento del Bundesrat (nuevo art. 73.1.9a GG). Hasta entonces seguirá vigente el Derecho de los Länder existente sobre esta materia (art. 125a.3 GG).

Son numerosos los argumentos a favor de la asunción de esta competencia por parte de la Federación⁹², que, en general, ha sido bien acogida, si bien no faltan voces que critican lo innecesario de la reforma desde el punto de vista práctico o la injerencia que este título competencial supone en un ámbito, el Derecho de policía y de la prevención de riesgos, de competencia tradicional de los Länder⁹³.

⁹⁰ Las normas de los *Länder* que estén vigentes en estos ámbitos se mantienen en principio en vigor y podrán ir siendo sustituidas por Derecho federal (art. 125a.3 GG).

⁹¹ Para la comprensión del concepto «terrorismo» el documento que acompañaba al proyecto de ley de reforma presentado ante el *Bundestag* (*BT Drucksache* 16/813, de 7 de marzo de 2006, p. 12) se remite a la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea en materia de lucha contra el terrorismo, de 13 de junio de 2002.

⁹² Un resumen de los mismos en el informe de BALDUS (pp. 6 y ss).

⁹³ Véase BATTIS (p. 4), que critica también que este refuerzo de la competencia de la Federación en la lucha contra el terrorismo no garantiza necesariamente el fin último que es

3.2. d).3. Efectos reflejos de la modificación del artículo 84.1 GG sobre el reparto material de competencias entre la Federación y los Länder

El análisis hecho en este trabajo, dirigido a determinar hasta qué punto cambia, desde una perspectiva material, el reparto de competencias entre la Federación y los Länder con la primera parte de la «Reforma del Federalismo alemán», que ha entrado en vigor en septiembre de 2006, estaría incompleto si no se hiciese una breve referencia al hecho de que, al margen de las modificaciones de los artículos 74 y 72 y de la supresión del artículo 75 GG, pueden producirse alteraciones sustanciales en el reparto competencial sobre la base de la nueva formulación que se da a partir de ahora al artículo 84.1 GG. Es decir, que al margen de las modificaciones directas en el reparto competencial sobre distintas materias, el nuevo artículo 84.1 GG, que permitirá a los Länder en muchos ámbitos regular la organización de las autoridades administrativas y el procedimiento administrativo de manera diferente a cómo lo haga la Federación, podrá traer consigo, a la espera de ver cómo actúan los Länder en los primeros meses tras la reforma, una alteración indirecta en la competencia, que afectará no a la titularidad de ésta, que puede permanecer inalterada, sino a la forma concreta en que ésta se ejerza.

Ejemplo concreto de esto puede ser el artículo 74.1.7 GG, que sigue atribuyendo a la Federación la competencia concurrente en materia de asistencia pública («öffentliche Fürsorge»), lo cual incluye, entre otras materias, la protección de menores (regulada en el Libro VIII del Código alemán de Seguridad Social), siempre que se den los requisitos de imprescindibilidad del artículo 72.2 GG. Desde el momento en que se modifica el artículo 84.1 GG se permite, sin embargo, a los Länder determinar mediante ley, de manera diferente a cómo eventualmente lo haga una ley federal sobre esta cuestión, qué órgano u órganos son los encargados en el territorio de ese Land de asumir la protección de los menores, incluso suprimiendo para su territorio las «Oficinas de Menores» («Jugendämter» y «Jugendhilfeausschüsse»), que son la instancia que asume hasta ahora de forma uniforme en toda la Federación el ejercicio de estas funciones. Si además los Länder tienen a partir de ahora la posibilidad de regular de manera diferente a la Federación el procedimiento que se sigue en materia de protección de menores, el efecto será que, sin modificar formalmente en

el de incrementar el nivel de seguridad de la ciudadanía. También crítico con la superposición de competencias BRILLO, en su informe como experto ante el *Bundestag*.

este punto concreto el artículo 74.1.7 GG y, con ello, la titularidad de la competencia concurrente en manos de la Federación, pueda haber al final diferencias incluso sustanciales entre unos Länder y otros en la configuración material de la misma⁹⁴. A esta transformación indirecta del reparto de competencias entre la Federación y los Länder se ha hecho referencia sólo incidentalmente a lo largo de este trabajo, pero hay necesariamente que mencionarla, a la espera de ver cómo actúan los Länder en los próximos meses y qué uso hacen de las posibilidades que se le abren con la reforma del artículo 84.1 GG⁹⁵.

4. REFLEXIÓN FINAL

Las cuestiones más polémicas en el marco del sistema federal alemán no han sido, en cualquier caso, objeto de esta reforma. Por un lado, no es sólo que no se haya reordenado la configuración territorial de los Länder alemanes (hay voces que se pronuncian a favor de una reducción en el número de Länder mediante la fusión de los Länder más pequeños y más pobres, que serán previsiblemente, y la espera de lo que se decida en la segunda parte de la reforma del federalismo, los que más salgan perdiendo con los cambios⁹⁶), sino que ni siquiera se ha modificado el artículo 29 GG, pensado para posibilitar la fusión entre Länder, pero que prevé un procedimiento tan complicado que la hace imposible en la práctica. Por otro lado, no se han alterado en lo sustancial las relaciones financieras entre la Fe-

⁹⁴ Al caso concreto de la protección de menores se refieren WABNITZ y MÜNDER, críticos con la reforma, y PITSCHAS, favorable a la misma, en sus respectivos informes como expertos ante el *Bundestag*.

⁹⁵ La excepción en favor de una regulación federal unitaria en atención a razones de necesidad especial del nuevo artículo 84.1 GG alcanza sólo al procedimiento administrativo, pero no a la organización de las autoridades administrativas.

⁹⁶ "La devolución de tareas y competencias a los *Länder*, el refuerzo del principio de subsidiariedad y, en general, del parlamentarismo a nivel regional, el desentramado de las competencias colectivas y la eliminación de las financiaciones mixtas, todo esto sólo tiene sentido si los *Länder* están en condiciones de hacer uso de los recuperados espacios de actuación con plena energía, en el sentido de desarrollar políticas autónomas de configuración de la realidad. La verdadera estatalidad propia, que los *Länder* siguen reclamando para sí mismos, presupone, en el actual modelo de relaciones sociales y económicas, un potencial de actuación del que ya no todos los *Länder* disponen en suficiente medida" (H. J. PAPIER, op. cit., p. 5). Es por ello que Papier defiende la fusión de algunos Länder y una reordenación del espacio federal alemán, para de este modo garantizar la operatividad y capacidad de actuación de los *Länder* resultantes. Sobre esta discusión en el plano político, véase también G. BANNAS, "Geben und nehmen". *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 4 de agosto de 2006.

deración y los Länder, reforma que se deja para una segunda parte, y que muchos dudan que acabe saliendo adelante, con lo que la reforma actualmente aprobada quedaría incompleta y tendría serias dificultades de operatividad. La reforma de las relaciones financieras tendrá necesariamente que abordar la cuestión de si los Länder deberían disponer de más autonomía a la hora de regular las fuentes de ingresos públicos, en particular de los impuestos; la de las relaciones entre los Länder más ricos y los más pobres, para que el foso entre unos y otros no sea cada vez más profundo, con los peligros de todo tipo que ello conllevaría; y la del endeudamiento de los Länder, dramático en el caso de algunos de ellos, y de cómo salir de él⁹⁷.

La primera parte de la reforma del federalismo llevada a cabo por la «Gran Coalición» no acaba de convencer desde el punto de vista técnico-jurídico en algunas cuestiones importantes. En particular, la posibilidad que se reconoce a los Länder en el marco del artículo 74 GG de apartarse de la legislación federal plantea muchos interrogantes, no sólo desde el punto de vista político, que se despejarán en los próximos meses, cuando los distintos actores hagan uso o no de esta posibilidad, sino también desde el punto de vista técnico: en las materias sobre las cuales la Federación ostenta la competencia concurrente y los Länder la posibilidad de apartarse de la legislación federal, se priva al legislador federal de la posibilidad de determinar hasta cuándo una ley federal respetuosa con la Constitución es vinculante y aplicable, incluso aunque se den los estrictos requisitos del artículo 72.2 GG que hacen imprescindible una regulación federal de la materia en cuestión. Esa decisión queda ahora respecto de estas leyes federales en manos de entidades estatales diferentes, los Länder. Esto sorprende todavía más si se tiene en cuenta que la aplicación de la «cláusula de imprescindibilidad» del artículo 72.2 GG se excluye ahora para algunas de las materias del artículo 74 GG sobre la base de que la Fede-

⁹⁷ Fundamental en este sentido la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 19 de octubre de 2006, que ha negado a Berlín la percepción de ayudas complementarias procedentes de la Federación (art. 107.2.3 GG) que habrían de solucionar la crisis financiera en la que este *Land* está inmerso. Estas ayudas sólo pueden ser asignadas como último recurso cuando la situación de emergencia financiera de un *Land* sea extrema en comparación con el resto de los *Länder* y en atención a las tareas constitucionales que el *Land* en cuestión haya de ejecutar, de tal modo que se ponga en peligro la propia existencia del *Land* como entidad capaz de cumplir sus funciones constitucionales, han dicho los jueces de Karlsruhe, que han interpretado que éste no era el caso de Berlín. Bremen y el Sarre, a los que el Tribunal Constitucional Federal ya dio en el pasado la razón en reclamaciones similares, tienen nuevos recursos pendientes ante el Tribunal de Karlsruhe reclamando más ayudas federales extraordinarias.

ración y los Länder están de acuerdo en relación a esas materias sobre la imprescindibilidad de una regulación federal⁹⁸, pero a la vez se les da a los Länder la posibilidad de regular la mayoría de ellas de manera diferente a la Federación, lo cual no deja de resultar cuando menos paradójico⁹⁹. Desde el punto de vista práctico, los aplicadores jurídicos se encontrarán a partir de ahora en esos ámbitos con numerosas dificultades para poder identificar la norma aplicable: primero tendrán que indagar si la Federación ha regulado la materia haciendo uso de su competencia concurrente, porque si no es así, pueden regularla (incluido el núcleo duro) los propios Länder por efecto de la propia definición de legislación concurrente. En segundo lugar, si la Federación ha regulado esta materia, el aplicador jurídico habrá de determinar qué Länder han regulado a su vez la cuestión apartándose de la normativa federal; las normas de los Länder que hayan hecho uso de esta posibilidad serán en este caso aplicables si la Federación no ha aprobado una norma posterior sobre esa misma materia y en la medida en que los Länder hayan respetado, en su caso, el núcleo duro en el que, según la Ley Fundamental de Bonn, no pueden apartarse de la normativa federal. Puede también ocurrir que los Länder hayan regulado sólo parcialmente una materia de manera diferente a la Federación, con lo que en ese Land esa materia estará en parte regulada por Derecho del propio Land y en parte por Derecho federal. Dificultades precisamente en estos ámbitos van a tener a partir de ahora también los órganos de la Unión Europea, sobre todo cuando se trate de saber si una Directiva ha sido correctamente transpuesta en el Estado alemán¹⁰⁰.

El miedo a que el nuevo reparto de competencias pueda traer consigo una competición entre Länder por los niveles más bajos de exigencia, sobre todo en materia de medio ambiente, que los hagan atractivos para empresas e inversores también es patente en muchos de los trabajos analizados. Asimismo muchos autores manifiestan su temor a que la escasez de medios financieros disminuya las inversiones de los Länder en áreas importantes, fundamentalmente la educación. Este último temor al menos tiene aún

⁹⁸ *BT Drucksache* 16/813, de 7 de marzo de 2006, p. 9.

⁹⁹ Se refiere a ello E. HANSALEK, op. cit., p. 670.

¹⁰⁰ Como destaca Häde, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reclama que la transposición de las Directivas “se corresponda plenamente con las exigencias de claridad y certeza de las situaciones jurídicas queridas por la propia Directiva” (STJCE de 6 de mayo de 1980, en el asunto 102/79, *Comisión contra Bélgica*). A este autor le parece dudoso que la transposición de una Directiva mediante Derecho Federal del que cualquier *Land* en cualquier momento puede apartarse satisfaga suficientemente este requisito (U. HÄDE, “Zur Föderalismusreform in Deutschland”. *Juristenzeitung* 19/2006, pp. 936 y s.).

esperanzas de quedar conjurado si la «Gran Coalición» de Gobierno y los Länder son capaces de sacar adelante en los próximos meses una reforma de las relaciones financieras entre los distintos entes implicados que equipare en cierta medida las notables diferencias de partida que existen actualmente entre unos Länder y otros y que no obligue a algunos de ellos a prescindir de inversiones determinantes para mejorar no sólo su situación actual, sino también sus perspectivas de futuro. Ésa parece hoy por hoy la única vía que permitirá realmente al Estado alemán como un todo ganar fuerza en el seno de la economía globalizada, y conjurar peligros reales como el repunte de la extrema derecha en las zonas más afectadas por el desempleo y por la falta de expectativas.

RESUMEN

El Parlamento alemán ha aprobado en verano de 2006 la mayor reforma de la Ley Fundamental de Bonn llevada a cabo desde su entrada en vigor en 1949. La «madre de todas las reformas», que ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2006, aspira por una parte a clarificar el sistema de reparto de competencias entre la Federación y los Länder, limitando en favor de los Länder el número de materias sobre las que la Federación puede legislar y precisando quién es políticamente responsable de cada decisión. Por otra parte, la reforma pretende acelerar el procedimiento legislativo a nivel federal reduciendo el número de leyes federales que necesitan el voto favorable del Bundesrat para ser aprobadas (las llamadas «Zustimmungsgesetze»). La segunda parte de la reforma, que afectará a las relaciones financieras entre la Federación y los Länder, se emprenderá muy probablemente antes de que acabe el año 2006. La intención es aprobarla durante esta legislatura, mientras el actual Gobierno de coalición (la llamada «Gran Coalición») siga contando con una amplia mayoría parlamentaria. El presente trabajo se centra en el análisis de las reformas materiales introducidas en el sistema de reparto de competencias entre la Federación y los Länder, en especial en las áreas de función pública, protección del medio ambiente, y educación.

PALABRAS CLAVE: República Federal de Alemania, Ley Fundamental de Bonn, reforma del federalismo alemán, Länder, Gran Coalición, reparto de competencias, legislación concurrente, medio ambiente, función pública, educación.

ABSTRACT

The German Parliament has passed in the summer of 2006 the largest amendment of the Basic Law since its coming into effect in 1949. The «mother of all revisions», which has entered into force the 1st September 2006, seeks on the one hand to clarify the system of apportionment of competences between the Federation and the Länder by limiting, to the advantage of the Länder, the number of fields over which the Federation has the power to legislate, and by setting out who is politically responsible for each decision. On the other hand, the revision seeks to speed up the legislative procedure at federal level by reducing the number of federal bills requiring upper house approval (Zustimmungsgesetze). The second part of the revision, concerning the financial relations between the Federation and the Länder, will most probably be undertaken before the end of 2006. The intention is to adopt it during this legislative period, while the current Government coalition (the so called «Grand Coalition») still holds a wide parliamentary majority. The present study focuses on the amendments introduced in the system of apportionment of competences between the Federation and the Länder, particularly in the fields «civil service», «environment protection» and «education»].

KEY WORDS: Federal Republic of Germany, Basic Constitutional Law of the Federal Republic of Germany, reform of German federalism, *Länder*, «Grand Coalition», apportionment of competences, concurrent legislation, environment protection, civil service, education.