

COMPARACIÓN CONSTITUCIONAL Y CULTURAL DE LOS MODELOS FEDERALES

Peter Häberle*

Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez

SUMARIO

PRIMERA PARTE: CUESTIONES METODOLÓGICAS

- 1.- Formas de manifestación de la comparación constitucional, su sentido y sus límites*
- 2.- La comparación constitucional como comparación cultural*
- 3.- La comparación constitucional como ciencia del contexto*

SEGUNDA PARTE: METAMORFOSIS DEL FEDERALISMO

- 4.- Desde el punto de vista histórico constitucional: de los Estados Unidos de América, pasando por Suiza y Austria, hasta Alemania y Bélgica*
- 5.- El espacio mundial*
- 6.- Teoría del Estado federal y modelos en una comparación cultural*
- 7.- Razones justificadoras del federalismo: división vertical del poder y pluralidad cultural*
- 8.- En especial: la reforma federal alemana de 2006*

INCISO: EL REGIONALISMO COMO UN ELEMENTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

- 9.- Palabras claves en la constitucionalización del Estado regional. La ausencia de unos "regionalist papers"*
- 10.- Ejemplos tomados de Italia y España*

* Catedrático emérito de Derecho Público. Universidad de Bayreuth.

TERCERA PARTE: LA UNIÓN EUROPEA COMO “PREFORMA” DEL FEDERALISMO, ESTRUCTURAS PREFEDERALES DE LA UNIÓN

11.- La Unión Europea como “comunidad constitucional” de tipo singular

12.- Elementos prefederales en la Constitución de la Unión Europea

13.- Conclusión y cierre

PRIMERA PARTE: CUESTIONES METODOLÓGICAS

En el tema del federalismo no se puede renunciar a la manifestación de la “precomprensión y la elección metodológica” (J. Esser). Y si esa precomprensión, dadas mis circunstancias, puede conformar una propuesta “muy alemana”, espero que también propicie, en la cuestión del federalismo, una contribución a la narrativa constitucional europea.

1. FORMAS DE MANIFESTACIÓN DE LA COMPARACIÓN CONSTITUCIONAL, SU SENTIDO Y SUS LÍMITES

La ciencia del Derecho comparado ha dado numerosos logros de dimensión mundial y europea, en el primer caso gracias al “annus mirabilis” de 1989, y en el segundo, fruto del proceso de integración. El objeto del derecho comparado son los textos constitucionales, las teorías científicas y la jurisprudencia, en definitiva, un trío repleto de intersecciones que ofrece procesos de producción y recepción en todos los niveles. El sentido de la comparación es elaborar un buen modelo del “tipo” Estado constitucional, que además nos sirva para una Europa constitucional desde la pluralidad y la unidad. Así las cosas, en manos de los jueces y los intérpretes la comparación constitucional se ha convertido en un “quinto modelo de interpretación”, como ya sugerí en 1989 y pronto fue puesto en práctica por el Tribunal Constitucional de Liechtenstein. Y a su vez, en manos de la política constitucional da la posibilidad de crear modelos, como se comprueba en las paradigmáticas reformas constitucionales de los cantones suizos desde la década de los 60.

Aunque muchos textos constitucionales y judiciales han emigrado desde el oeste hacia las reformas del este de Europa, no ha sido así desgraciadamente en la cuestión federal. Sin embargo, bastantes textos constitucionales y su correspondiente jurisprudencia se han transportado

del norte de Europa al sur: pensemos en el efecto precursor de la Constitución de Weimar sobre Italia y España, o en la recepción de elementos del federalismo alemán en el sistema español del Estado autonómico. El Tribunal Constitucional español ha acogido el principio de lealtad federal, una creación de R. Smend en 1916, que más tarde sería utilizada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, y luego progresaría en toda la Unión Europea. Y son legión los ejemplos en el ámbito de los derechos fundamentales, el principio Estado de Derecho, el principio de proporcionalidad, etc.

2. LA COMPARACIÓN CONSTITUCIONAL COMO COMPARACIÓN CULTURAL

Este lema, que propuse en 1982, pertenece igualmente a la cuestión metodológica. Significa lo siguiente: no basta con comparar los textos, las teorías y las decisiones judiciales o estipular sus diferencias; también se ha de tener en cuenta que tanto la Constitución en conjunto como sus elementos son parte de la cultura, lo que obliga a comprender su historia diversa y las distintas herencias. Por ejemplo, en la medida que Italia se dirige paulatinamente en la dirección de un “federalismo a la italiana” (A. D’Atena), será cuestión de tiempo encontrar una cultura federal autónoma en Italia. No bastarán los criterios belgas o alemanes para emitir un juicio. Las Constituciones son, en definitiva, cultura.

En efecto, no logramos nada con una simple descripción jurídica de los textos, las instituciones y los procesos. La Constitución es un texto para los juristas, que lo interpretan con viejas y nuevas reglas, pero también es esencialmente una guía para los no juristas: para los ciudadanos. En definitiva, la Constitución es un texto jurídico o una “regla normativa de trabajo”, pero también expresión de una situación cultural de desarrollo, medio de autocomprensión cultural de un pueblo, espejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas. Las Constituciones vivas son una obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, forma y objeto para la expresión y mediación de la cultura, marco para la (re)producción y recepción cultural, así como espejo de “informaciones” culturales tradicionales, experiencias y acontecimientos. En consecuencia, es especialmente profundo su modo cultural de vigencia, algo que fue expresado de manera hermosa por H. Heller al reactivar la imagen de Goethe, cuando afirmó que la Constitución es una “forma que se desarrolla vitalmente”.

Este acercamiento científico cultural puede y debe ser útil en el tema del federalismo. Claramente, el Estado federal austriaco es más unitario

que el suizo, que posee un carácter paradigmático e incluso es el federalismo que en el ámbito mundial reconoce mayor autonomía constitucional a los entes subfederales, esto es, a los Cantones. Sin duda, últimamente, los propios Estados de la Constitución austriaca han ganado en diversidad, aunque todavía no pueden ser comparados con la variedad de las Constituciones de los Länder alemanes del este y oeste. En definitiva, la sociedad abierta funda indiscutiblemente momentos culturales, que muestran el “paisaje cultural” y que han de cobrarse en una ojeada comparada.

3. LA COMPARACIÓN CONSTITUCIONAL COMO CIENCIA DEL CONTEXTO

Este lema representa más bien un jalón. Completa el acercamiento científico cultural y en cierta medida es su desarrollo. En un manual de Derecho constitucional suizo, publicado en 2001, propuse que “contexto” y “contextualización” se interpretasen (se comprendiesen) mediante una lógica reflexiva. La medida y las barreras de tal pensamiento han de desarrollarse de manera racional, incluso cuando se alcanzan de modo irracional, al modo de “fuentes emocionales fruto del consenso”, que surgen, por ejemplo, en la elección de ciertas festividades o himnos nacionales.

En concreto: la cara propia de cada cantón, su peso específico, sea la ciudad de Basilea o su entorno, un cantón montañoso como Wallis o una ciudad grande como Ginebra: todos son relevantes para la comparación constitucional. Ningún texto sin contexto. Y a ese contexto pertenece el espacio y el tiempo; la comparación en el tiempo –la historia constitucional-, y la comparación del presente en el espacio, esto es, los Estados federales que van desde Austria a Latinoamérica, de Australia a Canadá.

Aquí termina la parte metodológica, si bien sus preguntas claves irán apareciendo de manera inmanente en la parte siguiente.

SEGUNDA PARTE: “METAMORFOSIS” DEL FEDERALISMO

El federalismo, junto a la justicia constitucional, es hoy el elemento mundialmente más exitoso del modelo “Estado constitucional”. En esta ocasión sólo es posible describirlo a grandes rasgos, enmarcar de manera puntual su evolución histórica y presentar fragmentariamente formas ejemplificadoras. Con todo, se han de evitar las simplificaciones, aunque en virtud de las grandes diferencias de los distintos Estados federales, sólo se podrán generalizar algunos aspectos.

4. DESDE EL PUNTO DE VISTA HISTÓRICO CONSTITUCIONAL: DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, PASANDO POR SUIZA Y AUSTRIA, HASTA ALEMANIA Y BÉLGICA

La historia constitucional reclama ser comparación jurídica en el tiempo. Sólo la perspectiva espacio/temporal permite una comparación completa, como recuerda el “Parsifal” wagneriano: “en el espacio existe el tiempo” (que, por cierto, es la única cita de Wagner que me permito). Pero la capacidad de aprehender lo vertical y lo horizontal sólo le fue regalada a Aristóteles; ni siquiera Google puede vencer esta limitación.

Dicho a grandes rasgos: pese a todos los antecedentes, el material que debe ser comparado comienza con la Constitución de los Estados Unidos, en 1787. Crearon el primer Estado federal de la historia, y podemos decir que ha evolucionado de un “federalismo de separación” a un “federalismo cooperativo”. La creación cultural del federalismo encuentra ejemplos geniales en los textos americanos, especialmente en los “Federalist Papers”, sus precursores. De todo esto se aprovechó Suiza en 1848. Desgraciadamente, la “Paulskirchenverfassung” alemana de 1849 fue tan sólo papel mojado, si bien tuvo capacidad para iluminar pasos futuros, como ilustran la Constitución bismarkiana de 1871 o la Constitución de Weimar de 1919. Así las cosas, la Ley Fundamental de 1949 funda una democracia afortunada y una Constitución viva, en virtud de su naturaleza federal. ¡La libertad alemana es una libertad federal! La Constitución federal austriaca de 1920, la llamada Constitución kelseniana, que volvió a entrar en vigor tras la segunda guerra, tenía fuertes elementos unitarios (lamentablemente la Convención austriaca de 2004 no logró éxito alguno). Si permanecemos en la “comunidad constitucional” de la Unión europea, el tercer Estado federal, junto a Austria y Alemania, sería Bélgica. Tras 1994 evolucionó de un Estado regional a otro federal, lo que nos llevará más adelante a tratar en un breve inciso el tipo de Estado regional. Italia y España son formas primitivas de federalismo, en definitiva, todavía Estados regionales.

5. EL ESPACIO MUNDIAL

Una teoría comparada del Estado federal debería trabajar con una perspectiva mundial, intentando abarcar todo el globo. Y aunque aquí no sea posible desarrollarla es necesario mencionarlo. En Latinoamérica, México y Brasil son un paso claro hacia un “federalismo” más potente sobre la estructura federal preexistente. En México los Estados miembros se re-

fuerzan con su propia justicia constitucional y en Brasil se arman de nuevas competencias. También merecen una valoración singular los Estados federales de corte anglosajón como Canadá o los Estados Unidos, o Australia e India. Si hoy fuese posible que un solo estudioso elaborase una teoría general del Estado federal, habría de elaborar un tipo específico para el ámbito anglosajón. Aunque es bien cierto que pese a su origen bien distinto, hoy se va homogeneizando. Y esta tendencia de uniformidad ocurre en virtud de la historia de éxito del federalismo cooperativo, especialmente desde finales de los 60, que ha alcanzado a los países de common law y al federalismo europeo, que hoy se alimentan recíprocamente.

Por último, se ha de hacer notar tan sólo que el federalismo es un modelo de éxito y puede ser también un paradigma loable en Estados centralizados como Gran Bretaña y Francia, que tan esforzadamente buscan su descentralización.

6. TEORÍA DEL ESTADO FEDERAL Y MODELOS EN UNA COMPARACIÓN CULTURAL

Como cualquier elemento del concepto Estado constitucional, el federalismo también necesita una teoría, esto es, una determinada “precomprensión”. De la plétora de materiales que ofrece el espacio y el tiempo, se pueden elaborar ciertos tipos, que sin duda no aparecen de manera “pura”, y que incluso están vinculados internamente para formar una teoría ecléctica del Estado federal, por más que se puedan diseccionar.

Una “forma primitiva” que todavía hoy conserva su fuerza conformadora sería el “federalismo de separación” o dicho en términos modernos “el federalismo competitivo”. Por encima de todas las formas de unión, de las obligaciones de solidaridad y de las cláusulas de homogeneidad, los espacios constitucionales de la Federación y los Estados están por principio separados, concurren entre ellos. Así, en Suiza existe una dura competencia entre los cantones a la hora de ofrecer el derecho tributario más beneficioso al ciudadano. Por ejemplo, el Cantón Zug se conoce como un singular “paraíso tributario”.

En el caso alemán, K. Hesse observó en 1961 el desarrollo hacia un “Estado federal unitario”, que en comparación con 1949 estaba dotado de fuertes elementos de unidad, incluso demasiado acentuados. En la segunda parte de los años 60 comenzó en Alemania el desarrollo de un “federalismo cooperativo”, que se presentaba en las nuevas tareas comunes (art. 91 a y b de la Ley Fundamental) –que en el año 2006 serían desmontadas

parcialmente mediante las reformas del federalismo-. En aquel entonces se extendieron las competencias del Bundesrat, que se convirtió en una suerte de segunda cámara. Sin embargo, en el ámbito financiero, la Federación se apropió de modo más intenso de la autonomía de los Länder. En este contexto, dadas las formas de conexión entre la Federación y los Länder, era difícil reconocer las responsabilidades de unos y otros.

La reunificación de 1990 constituyó una etapa posterior en el desarrollo del federalismo alemán. Fue así en un doble sentido. De un lado, surgieron los cinco nuevos Länder del Este, que ejercieron su autonomía constitucional de un modo sobresaliente, estableciendo tribunales constitucionales, catálogos propios de derechos fundamentales y en ocasiones fines estatales. La Constitución de Brandenburgo (1992) ofrece perfiles especialmente innovadores, que en cierta medida recuerdan el laboratorio constitucional de los cantones suizos. De otro lado, se ha de destacar la gigantesca ayuda financiera de la Federación y los Estados occidentales a los cinco nuevos Länder. Esto fue muestra de una vital solidaridad federal, sostenible sólo a tiempo limitado. Para este proceso he propuesto el concepto de “federalismo de garantía”, cuyo elemento clave es el “pacto de solidaridad”, que supuso la transferencia cada año de 150.000 millones de marcos. Este pacto no siempre iluminó el “paisaje floreciente” que prometió el canciller H. Kohl durante la primera fase de euforia, pero, sin duda, la reconstrucción de la Alemania del Este fue, también en sentido cultural, un hecho feliz e impresionante. De nuevo, las ciudades de Weimar, Leipzig o Rostock son ciudades culturales a la altura de su rango histórico. Sin duda, este tipo de ayuda a la reconstrucción sólo se puede justificar “en el tiempo”, y como resultado de la lealtad y solidaridad federal. Un tiempo que se prolongará con el paquete de solidaridad hasta el 2019, cuestión que plantea algunos interrogantes relativos a la armonía y el equilibrio del Estado federal.

En los últimos años se ha desarrollado una tendencia que es la versión novedosa de una cuestión antigua: desconcentrar poderes de la Federación a favor de los Länder para provocar así una mayor concurrencia, algo que se ha consolidado en el segundo impulso de la reforma federal de 2006.

¿Cuál es el balance de esta ojeada fragmentaria? Que no existe una única teoría federal, adecuada para todos los supuestos. A lo largo del tiempo emergen parcialmente elementos referidos a la concurrencia y la separación, pero también a la cooperación y la solidaridad. Por eso estoy a favor de una “teoría federal mestiza”, en la que las características de los distintos modelos y teorías cambian y se mezclan de manera dinámica.

Los modelos se mezclan y cambian, de ahí que utilice el término “metamorfosis” del federalismo. Así, por ejemplo, al comparar los tres países de habla germana, Suiza sería el país con un federalismo más fuerte, Austria la de carácter más unitario y Alemania se encontraría en la mitad del camino. Y si atendemos a los restantes Estados federales del continente, el denominador común de ese federalismo mestizo se enriquece aún más.

En resumen, el Estado federal depende de cómo se pueda en el tiempo y en el espacio lograr un balance entre la imprescindible homogeneidad (unidad) y la pluralidad óptima (diferencia y pluralidad). La historia constitucional muestra que se produce un cambio de acentos, y que incluso se toman caminos errados; por ejemplo, la Alemania de los últimos años ha elegido el camino del federalismo de competencia, como respuesta acertada a las formas inabarcables de cooperación y a la pérdida de focos de responsabilidad. En el caso alemán se ha de añadir que, de acuerdo con la experiencia histórica, el federalismo no es tan sólo una recomendación, sino una obligación. ¡La libertad alemana es una libertad federal! Las experiencias alemanas con Estados centralistas fueron desgraciadas experiencias totalitarias (1933 y 1945 en la RDA). Quizá otros Estados puedan ser afortunados con su estructura central, pero no es el caso de Alemania. Y esto nos lleva al siguiente apartado relativo a las justificaciones del federalismo.

7. RAZONES JUSTIFICADORAS DEL FEDERALISMO: DIVISIÓN VERTICAL DEL PODER Y PLURALIDAD CULTURAL

El federalismo, en la etapa actual de desarrollo del Estado constitucional, se justifica a partir del principio de división de poderes: no directamente en el sentido horizontal de Montesquieu, sino en el vertical. El término “división vertical de poderes” quiere ser tan sólo un modo de describir los frenos frente al abuso de poder, pues está claro que en el Estado federal los Länder no se sitúan “debajo” y la Federación “arriba”. Los conceptos jerárquicos yerran pese a su uso habitual. Sólo es correcto el concepto de jerarquía en el magro ámbito del precepto constitucional: “el derecho federal quiebra al estatal”. Y tampoco se debe trabajar con la metáfora espacial “arriba y abajo” a la hora de analizar la fuente del federalismo, que no es otra que la idea de subsidiariedad, aunque esto tampoco nos debe llevar a hablar de “diversos planos del constitucionalismo”. Pero en todo caso, la división vertical del federalismo impide el abuso de poder y garantiza la libertad política. Así, en Alemania es claro que los gobiernos de los Länder con otro color al gobierno federal suponen un contrapeso:

Adenauer hubo de vérselas con el gobierno de Hesse, y muchos socialdemócratas chocaron frente al bastión de la CSU en Baviera. Todo esto contribuye a un mejor control y a la libertad política.

La otra idea específica del federalismo es la pluralidad y la libertad cultural que propicia. El federalismo cultural alemán vive de la pluralidad cultural de los dieciséis Länder, que siendo bien distintos, compiten en el propio ámbito de la cultura, sin duda en el ámbito de las Universidades, el teatro, los museos y las escuelas. Esto conlleva un cierto grado de pérdida de energía y eficiencia, pero es un precio que el federalismo puede pagar.

El pluralismo cultural brota de un modo especialmente claro en Suiza: basta con comparar los cantones urbanos de Zürich y la ciudad de Basilea con el cantón italiano de Tessin y el tricultural de Graubünden. La libertad lingüística de Suiza es un signo de su federalismo. Y en el propio Canadá el federalismo logra que conviva la cultura francesa y la anglosajona. El federalismo garantiza asimismo la protección de las minorías culturales.

Con todo, se ha de reflexionar sobre la economía sin fronteras de nuestro tiempo y el pluralismo cultural. En pocas palabras: la competencia del mercado es en algún aspecto fruto de la teoría mestiza del federalismo, pero no debe progresar a costa de la cultura. La riqueza cultural de los Länder es un signo del federalismo alemán, mas ese federalismo también ha de manifestarse en la solidaridad. Por ello se ha reclamado una cláusula cultural en la Ley Fundamental –yo lo hago desde el año 80, aunque sin éxito–. Pero la Comisión del Bundestag que trató el tema no pudo terminar su trabajo por la disolución anticipada de las Cámaras.

Ahora me gustaría echar una ojeada breve a las novedades de las reformas federales de 2006, que ofrecen algunas cuestiones a nuestro tratamiento comparado del principio federal.

8. EN ESPECIAL: LA REFORMA FEDERAL ALEMANA DE 2006

8.1. *Una visión general*

El tipo Estado constitucional, y las formas de los ejemplos nacionales, exponen en el tiempo diversos procesos informales de cambio y procesos formales de transformación. A menudo se dan las formas silenciosas de la “mutación constitucional” (cambio de la Constitución sin que se cambie el texto), que fueron tratadas por primera vez en 1906 de la mano de Jellinek, y la reforma constitucional (el cambio formal de un texto constitucional: una revisión total o parcial). La mutación constitucional resulta de un cam-

bio en la práctica constitucional, en especial a través de la acción jurisdiccional, sobre todo por parte de los Tribunales Constitucionales, más aún en la reserva de innovación prevista en los votos particulares. En la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales todos somos participantes potenciales de este proceso: desde los partidos y asociaciones hasta los ciudadanos, pasando por el legislador democrático, los distintos órganos constitucionales, la administración y la jurisdicción ordinaria.

El federalismo es, junto a los derechos fundamentales, los fines de la acción estatal y la cláusula de interés general, uno de los temas que con mayor intensidad muestra procesos de cambio y transformación. En el tema del “tiempo y Constitución” (1974) se deja observar cómo los modelos particulares del federalismo toman distintas formas, por ejemplo, la del “federalismo por separación”, el “federalismo cooperativo” o el “federalismo fiduciario”. Ya hemos hablado de un sistema en movimiento o mestizo. En definitiva, el federalismo siempre debe buscar el mejor equilibrio entre la libertad y la igualdad política, cultural y económica, la medida óptima del pluralismo y la diferencia, y el necesario grado de homogeneidad (solidaridad). En estas circunstancias todo Estado federal tiene la tarea de contrastar el conjunto de su estructura y ajustar los elementos particulares. La reforma suiza y la extensión del federalismo a la Alemania del Este presentan muchos procesos de innovación. El federalismo, gracias a la pluralidad de sus distintas “casas” se manifiesta como un escenario de experimentación, con formas que reflejan aciertos y errores, innovación y conservación. Cada Estado constitucional federal siempre está en camino, siempre está en proceso de construcción. Este proceso de construcción puede calmarse temporalmente –la reforma austríaca del 2004–, la alemana del 2006–, o presentarse de nuevo, como en el caso alemán y su reforma fiscal para el 2006.

8.2. *Antecedentes de las reformas federales alemanas de 2006*

Los antecedentes los encontramos en los esfuerzos de la llamada “Comisión constitucional común” del Bundestag y el Bundesrat (1992), que en el camino de la reunificación avanzó algunas reformas. La Comisión se componía de 64 miembros: 32 representantes de los Länder y 32 parlamentarios (todo un ejemplo de matemática federal). En los años 1992 y 1994 se dieron algunas reformas producto de esta experiencia, por ejemplo el art. 72.2, que en lugar de “necesidades” pasó a usar el término “producción de circunstancias vitales comunes”. Por lo demás la Comisión no fue demasiado fructífera.

En octubre de 2003, el Bundestag y el Bundesrat constituyeron la “Comisión común para la modernización del orden federal”. Aunque su consenso fue mucho más amplio, la discusión sobre la política educativa acabó haciéndola fracasar (diciembre de 2005). La formación de la gran coalición tras las elecciones anticipadas de 2005 abrió el camino hacia un pacto que hizo suyos algunos resultados de la Comisión federal.

8.3. Objetivos de la reforma y reformas constitucionales concretas (2005/2006)

El fundamento de la reforma constitucional de diciembre de 2005, que entró en vigor en septiembre de 2006, fija los siguientes objetivos de reforma: el reforzamiento de los dos niveles legislativos (especialmente mediante una clara distribución de competencias), eliminación del derecho de veto del Bundesrat, prescindir de la financiación mixta y el reforzamiento de la “capacidad europea” de la Ley Fundamental.

Merece la pena señalar algunas claves: es llamativa la supresión de las leyes marco de la Federación, que eran una muestra del “federalismo de cooperación” (eliminación del 74 y 75). La Federación gana algunas competencias exclusivas, por ejemplo, la protección del patrimonio frente a su expolio, el uso pacífico de la energía atómica y la defensa frente al terrorismo como competencia de la policía federal (art. 73.1, núm. 5, 10 y 14). En el ámbito de las competencias concurrentes se introducen materias sin “juicio de proporcionalidad”, y sobre todo se ha creado una nueva competencia, la llamada “competencia discrepante” (art. 72.3): los Länder pueden dictar un derecho del Land parcial o totalmente distinto al de la Federación. También ganan los Länder nuevas competencias, por ejemplo la ejecución penal o una gran parte de la función pública. Es significativa la retracción de la Federación sobre la política educativa, dándose aquí un mayor federalismo de separación. Ahora, la cuestión de las tasas académicas y las condiciones de acceso a la educación superior están en manos de los Länder, favoreciendo así la concurrencia.

Uno de los objetivos de la reforma federal era la separación de competencias y una más clara distribución de responsabilidades para el ciudadano. En este sentido se ha reducido ostensiblemente la necesidad de conformidad del Bundesrat en la potestad legislativa. La clase política hablaba de una “política de bloqueo” cada vez que era necesaria tal conformidad. Se ha dicho que frente al 60% de leyes que necesitaban esa conformidad, en el futuro será necesaria un 30%. También han sido reducidas las tareas comunes” (art. 91.a y b), una forma distintiva del federalismo cooperativo

desde 1969 y a menudo criticada desde el federalismo concurrente. Se ha suprimido totalmente la tarea común referida al “nivel educativo” y al “diseño educativo” (art. 91.a.1). La Federación ya no tendrá influencia significativa sobre las escuelas, pues aquí ha penetrado la competencia cultural de los Länder y su propia responsabilidad sobre un ámbito tan sensible que es seña del federalismo alemán. En el ámbito de la Unión Europea se han vuelto a distribuir las obligaciones de financiación (art. 104.a6) con un trabajoso compromiso, y el art. 23.6, que pone otra vez sobre la mesa el tema de “la cultura”.

Por último, citaré la nueva cláusula de capitalidad (art. 23.1). La Federación tiene la responsabilidad de representar al conjunto del Estado en la capital, Berlín. Y también quiero citar, para terminar, la prohibición de intervención de la Federación en el plano comunal (art. 84.1.7 y 85.1.2). Con ello se quiere evitar un desarrollo erróneo de la praxis, pues la Federación solía trasladar competencias a los municipios sin la correspondiente financiación.

En resumen: la reforma federal muestra la voluntad de corregir mediante una reforma constitucional la errónea deriva de la praxis hacia un Estado federal más unitario y cooperativo. El objetivo era un federalismo de cooperación y separación, un mejor balance federal. El fruto definitivo resultará cuando el poder de reforma active su segunda fase relativa a la Constitución financiera y con la habilitación de instrumentos que permitan el saneamiento de los Länder más empobrecidos, creando así un adecuado equilibrio financiero. El principio debe ser la solidaridad entre los participantes, esto es, la Federación y los Länder, pero también la responsabilidad transparente de cada Land, que ha de dedicarse con todas sus fuerzas a situarse en un espacio de concurrencia.

De ninguna manera debe comenzarse un debate sobre la nueva estructuración del art. 29. Los dieciséis Länder existentes no se justifican por motivos financieros y de eficiencia, sino por la pluralidad y singularidad de su condición cultural. Las máximas del art. 29 –“la unión del hombre común” y los “vínculos históricos y culturales”– han de tomarse en serio. Es además la última razón de la teoría federal cultural desarrollada por el constituyente.

INCISO: EL REGIONALISMO COMO UN ELEMENTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

El hecho de que las tendencias del Estado regional italiano y español remiten al federalismo como fin en su evolución y la circunstancia de que

a menudo se hable de la “Europa de las Regiones”, obliga a realizar este inciso.

9. PALABRAS CLAVE EN LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO REGIONAL. LA AUSENCIA DE UNOS “REGIONALIST PAPERS”

En los Estados constitucionales europeos, el regionalismo ofrece una imagen plural –tómese la sólida concepción española, o las versiones más débiles de Italia, Francia y Gran Bretaña–. Antes se ha mencionado la tesis de que el regionalismo es un elemento estructural autónomo del Estado constitucional y no una mera forma inacabada del federalismo. Es cierto que en algunas partes su final será el federalismo, pero también puede terminar siendo una distinción territorial más, dentro del Estado constitucional. Así las cosas, una teoría constitucional específica del regionalismo, formada en comparación jurídica histórica y contemporánea, se orientaría de acuerdo con los siguientes términos claves: el argumento de la división vertical de poderes, que en el regionalismo también se concibe como una ganancia de libertad –se gana libertad pública y privada mediante la moderación del poder estatal–; el argumento democrático, que justificaría la descentralización a través de las regiones, pues permite una mayor participación democrática del pueblo en “su lugar”, además de facilitar la concurrencia política y abrir las posibilidades de la minoría; desde el argumento de la eficiencia, podría considerarse que la cercanía de la administración regional es mayor que la que puede alcanzar la administración central. Finalmente, es necesario recordar el basamento cultural, ya que la cultura se conforma vinculada “a cada lugar”.

Pero toda teoría constitucional del regionalismo debería “escuchar” a sus propios textos. En la decisión final de los participantes en la conferencia “Europa de las Regiones” (Munich, 1989) se dispuso:

“La riqueza de Europa consiste en la pluralidad de sus pueblos y grupos, en sus culturas y lenguas, naciones, historia y tradiciones, países, regiones y comunidades autónomas”, así como “la subsidiariedad y el federalismo deben ser los principios arquitectónicos de Europa... la futura Unión Europea debería organizarse en tres pilares: Comunidad Europea, Estados Miembros y entes subestatales, sean Länder, Regiones o Comunidades Autónomas”.

Entre otras cosas se reclamó un derecho de iniciativa, audiencia y participación de los Länder, las regiones y las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad y las decisiones en el ámbito europeo, así como la facultad de poder presentar una acción frente al Tribunal de Justicia.

La llamada “Carta comunitaria para la regionalización” del Parlamento Europeo, de 18 de noviembre de 1988, nos ofrece un texto preciso sobre el tema. En primer lugar da una definición legal en el art. 1:

“(1) En el sentido de esta carta, por el término Región se entiende un territorio que desde el punto de vista geográfico compone una clara unidad, o un complejo de territorios, que componen un elemento cerrado y cuya población se reconoce por elementos comunes determinados, de modo que se quieren garantizar y desarrollar las particularidades resultantes, y potenciar los avances culturales, sociales y económicos.

(2) Bajo el término “elementos comunes” de una determinada población se comprenden los rasgos derivados de la lengua, la cultura, la tradición histórica y los intereses en el ámbito del mercado y la economía. No es imprescindible que se den todos elementos”.

Y aunque estos textos ofrecen materiales para una teoría, ésta todavía se echa en falta. No hay aún unos “Regionalist papers” comparables a los “Federalist papers”. Siguen siendo un desideratum científico. Por último, el Comité de las Regiones, en el marco del derecho constitucional europeo, reclama una teoría del regionalismo. Esto conducirá a una necesaria división entre el federalismo y el regionalismo, pues aunque son muchas las “pequeñas analogías” (la lealtad regional, el principio de solidaridad y cooperación, o la existencia de una justicia constitucional que resuelve los conflictos centro-periferia), permanece una diferencia definitiva: las regiones no son un Estado y (todavía) no tienen una Constitución, carecen de autonomía constitucional, incluso cuando algunos Estatutos, en Italia y España han ganado peso. Quizá sea oportuno recordar la expresión que identifica al regionalismo como hermano pequeño del federalismo.

10. EJEMPLOS TOMADOS DE ITALIA Y ESPAÑA

Pese al fracaso de la reforma constitucional italiana en 2006, es importante recordar el Estatuto de la Toscana de 11 de febrero de 2005, y merece la pena tener en cuenta en concreto la innovación textual del art. 3.2 referida “al pleno desarrollo” de la persona, así como los principios de libertad, igualdad, solidaridad y el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales. Y también se ha de mencionar el fin constitucional recogido en el art. 4 que marca los derechos sociales como “tarea estatal”. Estos ejemplos muestran un cuidadoso desarrollo del derecho constitucional regionalista. La autonomía regional se abre camino prudentemente hacia la autonomía constitucional. Del mismo modo se debería reforzar “el regionalismo diferenciado de Italia”, si bien es difícil saber si hay lugar para un federalismo diferenciado.

Algunas palabras respecto al Estado autonómico español, que ya hace veinte años caractericé como una forma de profederalismo. El Estatuto para Andalucía (1981, sustituido por el Estatuto de 2007) ha sido tan productivo como el Estatuto Vasco de 1979. Bastarán algunas palabras claves. El Estatuto Vasco se reconoce como “norma institucional básica” (art. 1), posee un interesante artículo referido a las lenguas (art. 6), contiene una cláusula de promoción de la igualdad y libertad efectiva (art. 9). El antiguo Estatuto para Andalucía contenía en el art. 12 una amplia pañoia de principios rectores, que en el nuevo Estatuto ha sido incrementada (art. 10 y art. 37) y enriquecida con un elenco de derechos (art. 15-36), hasta el punto de que el Estatuto puede considerarse una suerte de forma preconstitucional.

Pero la propia Constitución de 1978 ofrece elementos muy motivadores para nuestro tema. Sin duda, el art. 2 (el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones), la garantía de la pluralidad lingüística (art. 3), la garantía de la solidaridad (art. 138), la específica solidaridad financiera (art. 158) y la distribución competencial de los artículos 148 y 149. Sin olvidar el elemento cultural, que se hace presente de manera expresa en el art. 147.2.

TERCERA PARTE: LA UNIÓN EUROPEA COMO “PREFORMA” DEL FEDERALISMO, ESTRUCTURAS PREFEDERALES DE LA UNIÓN

La doctrina constitucional que compara en el tiempo y el espacio conoce ejemplos de transformación desde un Estado regional a otro federal (Bélgica) y de “preformas” al modo de un Estado de regiones y nacionalidades que evoluciona hacia un Estado federal plurinacional (quizá España e Italia). ¿Por qué no podemos usar el modelo exitoso del federalismo en el ámbito supranacional de la Unión Europea? ¿Por qué no puede desempeñar una función de anticipación?

11. LA UNIÓN EUROPEA COMO “COMUNIDAD CONSTITUCIONAL” DE TIPO SINGULAR

A menudo se discute en qué debería resultar la actual Unión Europea. Habitualmente se dice que la Unión Europea no es todavía un Estado federal, pero sí algo más que una mera confederación. Las propuestas son la Unión Europea como “coalición de Estados” (así el TCFA en la Decisión 89, 155), la Unión como “coalición constitucional” (I. Pernice), la

Unión como “orden fundamental” o “constitucional” (D. Tsatsos), o mi propuesta de entender la Unión como comunidad constitucional de tipo singular, que quiere retomar la feliz expresión de W. Hallstein de “comunidad europea” utilizada al inicio del proceso de constitucionalización. Pero hasta ahora no ha logrado imponerse ninguna caracterización, sea en Alemania u otras partes de la Unión.

Me opongo, sin embargo, a algunas expresiones muy extendidas: el concepto de “un constitucionalismo en diversos planos” o un “federalismo de varios niveles”, pues creo que conduce a la confusión. Son conceptos propuestos desde la ciencia política que no aportan un tejido constitucional especialmente refinado. Además, la metáfora de los niveles está ligada a conceptos jerárquicos, que no son apropiados ni para el federalismo ni para la Unión. Los Estados miembros y los ciudadanos no se encuentran “abajo”, pero tampoco los órganos constitucionales están “arriba”. En la lógica del Estado federal el pensamiento espacial es un error. Ni Baviera está subordinado a Berlín, ni Zürich a Berna. Como ya he señalado, sólo en el magro ámbito de la cláusula que manda la “ruptura” del derecho de Land por el derecho federal tiene sentido la imagen jerárquica. Por tanto, para este trabajo bastará con mantener que la Unión Europea es una comunidad prefederal. De ninguna manera una comunidad constitucional regional, pues en este caso las unidades de poder regional carecen de una Constitución, y al mismo tiempo la Unión no es parangonable a un Estado nacional.

12. ELEMENTOS PREFEDERALES EN LA CONSTITUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

A continuación se hace un elenco de aquellos elementos prefederales que en mi opinión justifican el uso del modelo prefederal para trabajar con la Unión Europea.

Los elementos prefederales son: la cláusula de homogeneidad de los artículos 6 y 7, el principio de subsidiariedad del art. 2 TUE y 5 TCE -con el control de alerta temprana previsto para los Parlamentos en el Tratado de Lisboa-, las obligaciones de solidaridad mutua, la concurrencia de derechos fundamentales garantizados pretorianamente por el Tribunal de Justicia y los Estados Miembros, la justicia constitucional ejercida por los Estados miembros y la propia Unión, el Comité de las Regiones, quizá como una suerte de segunda cámara, la armonización del art. 95 TCE y finalmente la ciudadanía europea como elemento del federalismo.

Pero faltan elementos: la estatalidad de la Unión, que tiene una Constitución sin ser un Estado, y en la que los Estados miembros permanecen siendo “señores de los Estados”; en un sentido técnico no se dan procesos constitucionales ante el Tribunal de Justicia; y, por último, no hay un principio de equilibrio federal (quizá, sería oportuno introducir un impuesto europeo, de manera que pudiésemos darle la vuelta al clásico principio “No taxation without representation” para convertirlo en “no representation without taxation”).

13. CONCLUSIÓN Y CIERRE

Seré breve y conciso: en la “casa común europea” crece la importancia del federalismo fruto de sus muchas ventajas (palabras claves: cercanía al ciudadano, pluralidad cultural, flexibilidad, forum de innovación a través de la competencia, protección de las minorías). Todos los Estados constitucionales deberían animarse a construir al menos estructuras regionalizadas. E igualmente, los Estados federales, que siempre están necesitados de reformas, deberían ser animados a renovar permanentemente su pluralidad.

RESUMEN

El presente trabajo contiene una primera parte metodológica en la que se presentan los criterios que han de guiar un estudio comparado en el tema del federalismo. En este sentido se postula una comparación que integre los elementos culturales y el contexto. En la segunda parte se intenta presentar la variedad de tipos de Estado federal a lo largo de la historia y en el presente. A continuación se exponen las justificaciones del federalismo y se termina con una proyección concreta de estos elementos en la reciente reforma constitucional alemana. El trabajo abre un inciso en torno al concepto de regionalismo como preforma del federalismo. Termina en el mismo sentido con un estudio de los elementos federales de la Unión Europea

PALABRAS CLAVE: Derecho comparado, Estado federal, regionalismo, Alemania, España, Italia, Unión Europea.

ABSTRACT

This paper has a first part with a methodological introduction for the use of comparative constitutional law with a contextual and cultural perspective. In the

PETER HÄBERLE

second part the several types of federalist States are presented through history and in the present time. After that the author gives several justification for a federalist structure and tries to project this ideas in the recent German reform. The papers opens a digression on regionalism as a perform of a federal state. And the same happens with the European Union.

KEY WORDS: Comparative law, federal state, regionalism, Germany, Spain, Italy, European Union.