

PRIMER BALANCE DE LA REFORMA DEL FEDERALISMO I

Por Wolfgang Renzsch

Las patologías del Estado federal alemán se han descrito científicamente de muchas maneras. Se habla del entrelazamiento político y de la trampa del entrelazamiento que generan sistemáticamente resultados subóptimos, así como de los dilemas del “gobierno dividido”, de los problemas que conforme al teorema de los jugadores con veto resultan de demasiadas posiciones de estos jugadores, del Estado “semisoberano” que no es capaz de decidir, y de muchas otras cosas más.

Yo observo estas teorías con cierta ración de escepticismo por las suposiciones normativas tantas veces no expresadas y apenas discutidas que hay detrás de ellas. Por ello me gustaría utilizar otra imagen para presentar la situación del Estado federal alemán. Para ello recurro a una imagen gráfica, los “Viajes de Gulliver” de Jonathan Swift, y concretamente al del Gulliver encadenado por los liliputienses. El Bund es claramente el poder dominante en la estructura federal alemana, y los Länder son los débiles, los enanos, en comparación con ella. Pero como con Swift, han sido capaces de encadenar al gigante. Pero están dispuestos a aflojar gradualmente las cadenas cuando opinan que les podría ser útil.

La Reforma del federalismo de la que se trata aquí, efectivamente ha abierto algunas cadenas de Gulliver. Y también parece ser que no sólo el gigante, sino también los liliputienses obtienen ventajas de ella. Pero con respecto al Estado federal alemán me da la impresión de que los beneficios no se reparten uniformemente, sino que el Bund de Gulliver ha ganado más que los Länder.

SIETE OBSERVACIONES SOBRE LOS DETALLES:

La Reforma del federalismo de la que hablamos entró en vigor el 1 de septiembre de 2006 – es decir, hace algo más de año y medio. Ahora es un momento muy temprano, más bien demasiado temprano para un análisis de sus efectos. Por ello, solamente son posibles observaciones provisionales.

Mi primera observación se refiere a la habitual forma de contar: la Reforma del Estado federal de la que aquí hablamos no es el primer, sino el segundo paso de la modernización del orden federal después de la unificación alemana. La primera Comisión de la Reforma trabajó de 1992 a 1994. En su contexto se aprobaron varias modificaciones constitucionales, sobre las que no hay que entrar en más detalle aquí. Por lo tanto, la Reforma del Estado federal del 2006 fue la segunda. Actualmente se está trabajando en el tercer nivel. Inicialmente se trataba comparativamente con detalle de las relaciones económicas entre Bund – Länder, mientras que el trabajo de la Comisión se ha concentrado ahora en la cuestión de los límites del endeudamiento y la resolución de emergencias en los presupuestos. Con la concentración en este tema también queda claro que a la actual Comisión le tendrá que seguir como mínimo otra más y posiblemente otras dos más: la Ley de Compensación Económica actualmente en vigor será derogada el 31-12-2019. Hasta entonces, habrá que aprobar una nueva ley que haga justicia de forma realista a las “nuevas” disparidades desde la unificación alemana. El Pacto Solidario I y el Pacto Solidario II apenas son ya más que soluciones transitorias. Pero antes de la Ley de Compensación Económica figura lógicamente la cuestión de la distribución de las cargas entre el Bund y los Länder. Parcialmente ya está tematizada en la actual Comisión, pero según el actual estado de las deliberaciones, es improbable poder contar con una solución productiva de este problema.

Mi segunda observación se refiere a la cuestión sobre cuando se pueden valorar de forma razonable y completa los resultados de una reforma. Con un proceso de reforma que al final comprenda posiblemente 25 años sirve de poco referirse al final más X años. Por lo tanto, debemos intentar valorar los pasos intermedios existentes. ¿Pero a partir de cuándo es posible con respecto a la

puesta en práctica efectiva en la práctica del Estado? Vamos a echar en este contexto una mirada sobre la Reforma de 1994: un componente central de la modificación constitucional de entonces fue la reforma del Art. 72, párr. 2 de la Ley Fundamental, conforme a la cual, desde 1994, el legislador federal solamente puede ejercer su poder en el ámbito de la legislación concurrente cuando sea “preciso”. Antes bastaba con la “necesidad”.

Muchos comentaristas consideraron esta diferenciación en su día como pura lírica constitucional. Efectivamente, la diferencia entre “preciso” y “necesario” no es especialmente notable. La imprecisión de los términos se detecta a la hora de intentar traducirlos. A lo largo de ocho años, la modificación del Art. 72, párr. 2 de la Ley Fundamental permanecía sin consecuencias. No fue hasta 2002 cuando el Tribunal Constitucional alemán modificó con la sentencia sobre el cuidado de los mayores, su actual jurisdicción sobre el art. 72 de la Ley Fundamental, declarándola justiciable. Las sentencias sobre los perros de pelea, el horario comercial y el profesorado junior de 2004 aplicaron la nueva formulación estrictamente. En este caso, se observaron los efectos prácticos entre ocho a diez años después de la Reforma.

Mi tercera observación: con todo el escepticismo ante los juicios prematuros, no he venido aquí para explicarles que la Reforma del 2006 todavía no se puede evaluar. Pero voy a intentar a ofrecer algunas estimaciones previas, en la medida de lo posible.

Las primeras evaluaciones se efectuaron inmediatamente después de finalizar el trabajo de la Reforma. El tenor era claro: los científicos, independientemente si habían participado en el trabajo de la Reforma o no, se quejaron del insuficiente resultado desde su punto de vista: para eso, el trabajo no había valido la pena. Efectivamente, se habrían podido esperar soluciones más profundas, por ejemplo se discutieron en la fase previa de las deliberaciones dos variantes claramente más profundas del derecho de desviación de los Länder, conforme al Art. 72, párr. 3 de la Ley Fundamental, en el ámbito de la legislación concurrente del Bund: una variante preveía que toda la lista de los objetos estaba abierta para una legislación diferente de los Länder, pero que habría que conceder al Bundestag el derecho, con el consentimiento del

Bundesrat, de anular este derecho de los Länder. Otra variante preveía una lista de objetos limitada y definida según el Derecho Constitucional, en la que los Länder habrían tenido el derecho de divergir, pero al Bund no le hubiera correspondido ningún veto. Ni la primera solución - política -, ni la segunda – jurídica – ha sido realizada: en la Ley Fundamental se encuentra hoy una lista con sólo materias en las que los Länder pueden desviarse de las leyes federales. El legislador del Bund podrá derogar las leyes de los Länder con el Derecho federal: la ley (federal) más reciente anula la ley (del Land) anterior: en disputas cabe imaginarse efectivamente una legislación ping-pong.

Pero los prácticos en política, por contra, en su gran mayoría, lo ven de otra forma. Un ejemplo: el antiguo Art. 33, párr. 5 de la Ley Fundamental disponía que el derecho del servicio público debe “regularse conforme a los principios tradicionales del funcionariado profesional”. Esta disposición ha conducido de hecho a una petrificación del derecho del funcionariado. Las medidas de reforma fracasaban frecuentemente ante el Tribunal, porque no se podían poner en consonancia con los “principios tradicionales” – sin saber lo que esto realmente pueda significar. Las dos palabras insignificantes “y desarrollar ulteriormente” abren – según los prácticos – la puerta para un gran número de reformas que hasta ahora eran inimaginables. Ciertamente, la puerta está abierta, se ha eliminado una atadura, pero si la política va a aprovechar estas nuevas posibilidades está por ver.

Esto me lleva a mi cuarta observación: deberíamos diferenciar entre el potencial del paso reformativo del 2006, y los cambios que ya se observan en la realidad. Me gustaría comenzar con los cambios reales y me refiero a continuación a la respuesta del Gobierno Federal a una interpelación parlamentaria del Grupo del FDP en el Bundestag (Impreso M 16/8688) y un análisis de uno de los secretarios de la Comisión, Horst Risse (Revista de Cuestiones Parlamentarias (Zparl) 38. M Año/2007, 707-712).

Los resultados cuantitativamente determinables de la Reforma existen sobre todo en el desarrollo de la parte de las leyes federales que precisen aprobación. En la 16ª legislatura, la cuota de las leyes federales con aprobación obligatoria se situaba antes de la Reforma en el 56,8 %, en las legislaturas anteriores alcanzaba el 60 %. Mucho más de la mitad de las leyes

con aprobación obligatoria tenían su origen según la legislación anterior en el Art. 84, párr. 1 de la Ley Fundamental. Conforme a ella, en las leyes federales que ejecutan los Länder como asuntos de su competencia, el legislador federal podía disponer, con el consentimiento del Bundesrat, sobre la institución, los poderes públicos y los procedimientos administrativos de los Länder.

Con la Reforma del federalismo, a los Länder se les concede en el nuevo Art. 84, párr. 1 de la Ley Fundamental el derecho de desviarse de las normas del Bund sobre la organización de los poderes públicos y el procedimiento administrativo. La aprobación obligatoria del Bundesrat solamente se produciría, si la ley federal prohíbe “en casos excepcionales” una desviación. De esta disposición se esperaba una clara reducción de las leyes federales de aprobación obligatoria. - Otra atadura menos.

Pero esta regulación solamente era posible porque al mismo tiempo se había introducido un nuevo hecho de aprobación en la Ley Fundamental: un reformado Art. 104a párr. 4 de la Ley Fundamental dispone que las leyes federales que son argumentadas por los Länder para efectuar prestaciones dinerarias, prestaciones materiales con valor dinerario y prestaciones materiales comparables ante terceros, y los gastos tengan que ser soportados por los Länder, están sometidas a la aprobación del Bundesrat. Con ello, se boicoteaban en su tendencia las posibles modificaciones del Art. 84, párr. 1 de la Ley Fundamental.

Para ello son necesarias algunas frases sobre el trasfondo: la anterior situación legal no conocía ninguna protección de los Länder ante deudas por leyes federales que se desarrollaban conforme al Art. 83 de la Ley Fundamental. El Bundestag podía dictar leyes sin el consentimiento del Bundesrat, que tenían que ser ejecutadas por los Länder como asuntos de su competencia y por cuenta propia. Como con ello los Länder se quedaban sin protección ante las cargas financieras de la legislación federal, aprovechaban las disposiciones del antiguo Art. 84, párr. 1 de la Ley Fundamental para defenderse de las cargas financieras. Analizando los procesos legislativos reales, las cuestiones administrativas raramente son controvertidas, sino de lo que se trata, es del dinero. Ante ello, incluso las controversias de los partidos políticos

generalmente se retiran. No obstante, los conflictos entre las mayorías del Bundestag y del Bundesrat frecuentemente parecen ser motivados por la política de partido. Los intereses opuestos sobre cuestiones financieras entre el Bund y los Länder se suelen solucionar en los comités directivos de los partidos o entre los grupos del partido, de forma silenciosa y poco espectacular – pero en el caso de las mayorías de distinto color, suele ser ruidoso y espectacular en el procedimiento de conciliación, apareciendo el conflicto Bund – Länder motivado por cuestiones financieras como un conflicto de partidos políticos, sin que lo sea en realidad. - Ante este trasfondo, hay que ver la reforma del Art. 104a, párr. 4 de la Ley Fundamental.

Considerando la parte cuantitativa de la Reforma, el objetivo consistía en reducir las leyes federales de aprobación obligatoria a aprox. el 35 – 40 %. Antes era como pico hasta el 60 %, y en la 16ª legislatura antes de la Reforma, un 56,8 %. En el primer año después de la Reforma, la proporción descendió al 42,7 %, es decir, algo más que lo previsto en los objetivos. No representa ningún cambio radical, pero sí considerable. – El Bundestag cifra – en una base de datos algo distinta – la cuota de leyes de aprobación obligatoria entre el 1 de septiembre de 2006 y el 31 de agosto de 2007, en el 44,2% - por lo tanto, una magnitud similar.

Resulta interesante desglosar las razones de la aprobación obligatoria. 32 de las razones que originaron la aprobación obligatoria eran impuestos, cuyos ingresos corresponden en su totalidad o parcialmente a los Länder, por lo que son de aprobación obligatoria conforme al Art. 105 párr. 3 de la Ley Fundamental. En 14 casos, la aprobación obligatoria se produjo por disposiciones legales conforme al Art. 80, párr. 2 de la Ley Fundamental. En 6 de los casos, debido al nuevo Art. 104a párr. 4 de la Ley Fundamental. En 20 de los casos eran determinantes las respectivas normas de la Ley Fundamental. El art. 84 párr. 1 de la Ley Fundamental ya sólo exigió la aprobación obligatoria en 18 de los 81 casos, es decir, en casi el 20 % de los mismos.

De los mencionados 18 casos de aprobación obligatoria conforme al Art. 84, párr. 1 de la Ley Fundamental, 14 se referían a convenios internacionales o a la

conversión del Derecho de la UE en derecho nacional. Por la naturaleza de estos asuntos, en estos casos no son posibles márgenes para la actuación negociadora de los Länder.

Quedan cuatro casos, más aparte los seis de la nueva redacción del Art. 104a párr. 4 de la Ley Fundamental. Basado en estos dos hechos, el 11 % de las leyes federales eran de aprobación obligatoria – y antes era el 58 % debido al anterior Art. 84 párr. 1 de la Ley Fundamental.

Con respecto a la valoración de estos datos, el Bundestag indica que, debido a las regulaciones provisionales del Art. 125b, párr. 1 y 2 de la Ley Fundamental, la Reforma todavía no es efectiva en su totalidad.

En las regulaciones que todavía no han podido desarrollar su eficacia figura también la retirada de la construcción de universidades del catálogo de las tareas comunes, conforme al Art. 91a de la Ley Fundamental. Sobre este punto cito mi quinta observación: el anterior Art. 91a de la Ley Fundamental dictaminaba respecto a la construcción de universidades, que el Bund “colaboraba”. Esto significaba en concreto, que participaba en la mitad de los gastos de la inversión de los proyectos de construcción, aprobados con mayoría de $\frac{3}{4}$ partes por el comité de planificación conjunto. Este proceso se había criticado justificadamente como pesado y no conforme con su función. Independientemente de la necesidad, ningún Land seguía construyendo universidades sin haber asegurado antes la participación financiera del Bund. A la inversa, también se construía sin necesidad cuando el Bund proporcionaba el dinero. La segunda crítica es la limitación del Bund a una participación en las inversiones, en concreto: en los gastos por hormigón y acero. Esta restricción condujo, por ejemplo, en mi universidad a un resultado dudoso – al mismo tiempo que se terminaba un nuevo edificio de biblioteca muy bueno, se les pedía a las facultades de citar las revistas que había que cancelar por razones de gastos.

La anterior disposición que representa claramente el punto clave de una política universitaria fallida, no fue eliminada, sino transferida de forma modificada en el Art. 91b. En parte, la nueva redacción parece más flexible, porque el Bund puede cofinanciar ahora “proyectos de ciencia e investigación

en las universidades”, así como “edificios de investigación en las universidades” – por lo que pueda significar esto. También parece ser una ventaja que la Ley Fundamental ya no prevé ninguna clave de financiación fija, sino que la regula en un acuerdo. Pero si estas normas más elásticas van a traer realmente resultados positivos no es seguro, ya que el quórum de aprobación ha sido reforzado: cuando se trata de “proyectos de ciencia e investigación”, requieren la aprobación de todos los dieciséis Länder. - El Art. 143c de la Ley Fundamental dictamina que hasta el 2019, los Länder recibirán compensaciones por la desaparición del cometido común de la construcción de universidades. Pero – y esto es una ventaja para los Länder – sin el desarrollo de programas y decisión en los anteriores comités de planificación.

Pero hay que resaltar que la financiación de la formación académica sigue atrapada en Alemania, igual que antes, en los aspectos problemáticos del orden federal. Sigue sin haber estímulos positivos para los Länder para invertir en la formación académica – al contrario: en todas las administraciones de los Länder con las que tengo contacto, los Consejeros de Hacienda están intentando acortar los gastos para las universidades y reducir el número de plazas universitarias. Los Länder hacen exactamente lo contrario de lo que pregonan en sus discursos políticos de cara a la galería. Pero éste no es el tema que hoy nos ocupa.

Después de los aspectos cuantitativos, ahora, como sexta observación, los aspectos cualitativos. Considerando lo breve del período de observación, las afirmaciones son todavía más difíciles aquí.

Hasta ahora se puede observar que los Länder hasta septiembre de 2007 han hecho poco uso de sus derechos: no han hecho uso de las posibilidades para desviarse de las normas administrativas conforme al Art. 84 párr. 1 de la Ley Fundamental, ni de la legislación divergente conforme al Art. 72 párr. 3 de la Ley Fundamental.

No obstante, el Bund y los Länder han aprovechado claramente sus nuevas competencias legislativas originales. El Bund usa sus competencias, entre otros, en los ámbitos del censo federal, la defensa contra el terrorismo, el

derecho de armas y explosivos, así como el derecho nuclear. Los Länder han hecho una nueva regulación del horario comercial, modificado en parte en determinados puntos la remuneración y renta de los funcionarios, iniciado la nueva regulación del régimen penitenciario de los jóvenes, refundido la ley de bares con respecto a las prohibiciones de fumar, renovado parcialmente el fomento de viviendas sociales, desarrollado el derecho universitario y de reunión. Otros más están en fase de planificación.

Con vistas a esta clara tendencia de agotar las nuevas competencias, la Reforma ciertamente ha reaccionado a una necesidad real. Esto la justifica. Las posibilidades que ofrece la Reforma posiblemente todavía no se han agotado en su totalidad por las disposiciones transitorias, pero también por razones de tiempo. Al parecer, hasta ahora no se han confirmado los temores de que las administraciones, por su interés en reformas uniformes, podrían minar las nuevas posibilidades de desarrollo político.

En este punto no voy a profundizar en las modificaciones de la política presupuestaria de la Ley Fundamental de los Art. 104a párr. 6 y Art. 109 párr. 5. Por una parte, porque en este caso no se trata de una parte de la reforma del Estado, sino de la conversión del Derecho europeo en el contexto federal, y por otra, la eficacia de esta regulación no se demostrará hasta que suceda un conflicto – es decir, posiblemente nunca.

Mi séptima y última observación se refiere a la política. El Bundesrat, como segunda arena de la política federal al lado del Bundestag, perderá importancia. Esto ya se desprende los cambios cuantitativos. La reforma del Estado posiblemente también tendrá efectos sobre la competencia de los partidos políticos en el Bundesrat. Un Bundestag, especialmente cuando se le opone una mayoría del partido contrario en el Bundesrat, aprovechará las nuevas posibilidades para evitar los requisitos de aprobación en el Bundesrat. En concreto, las zonas de ataque político partidistas se reducirán. A ello, posiblemente también contribuirá la reforma del Art. 104a, párr. 4 de la Ley Fundamental. Posiblemente en el futuro, los conflictos sobre los recursos entre el Bund y los Länder ya no se presentarán con conflictos político partidistas. Esto sería una contribución a una mayor racionalidad en el proceso político.

También se puede pensar en cambios de los métodos en la reclutación política de personal. Desde 1966, todos los cancilleres provenían de las filas de los presidentes de los Länder o al menos habían adquirido notoriedad a nivel nacional como políticos regionales. Incluso los candidatos de la oposición provenían – con una excepción, Barzel en 1972 – de las filas de los presidentes de los Länder. La actual Canciller es una excepción de esta regla. Realmente podría darse el caso de que no siga siendo una excepción y que en el futuro la Cancillería se ocupe con personas de la política nacional.

Para finalizar, me gustaría volver al principio. Una valoración definitiva no será posible hasta en la revisión global de todos pasos de la Reforma después del año 2020. Pero hasta ahora se puede, según creo, observar, que la Reforma del 2006 va a ser beneficiosa al Estado federal alemán en su totalidad. Claramente reforzado ha resultado Gulliver, el Bund, mientras que las ganancias de los liliputienses, los Länder, han resultado más moderadas.