

CONFLICTOS ENTRE ORDENAMIENTOS Y SU SOLUCIÓN. EL EJEMPLO ALEMÁN

Rainer Arnold*

SUMARIO:

1. *Reflexiones generales. El enfoque.*
2. *Los ordenamientos alemán y comunitario.*
3. *Conflictos entre ordenamientos en el sistema federal alemán.*

1. REFLEXIONES GENERALES. EL ENFOQUE

Existen tres modelos de relación compleja entre ordenamientos: 1) complementariedad; 2) acumulación; y 3) paralelismo.

El *primer modelo* se caracteriza por la *combinación* de dos (o, teóricamente, de más) ordenamientos que regulan alternativamente la totalidad de materias. Cada ordenamiento tiene competencia (o, con carácter más general, poder) para regular una parte de las materias. Este modelo puede ser un modelo *estable* (con distribución prefijada del poder) o, lo que parece más adecuado en el Estado moderno, *flexible*, con un mecanismo variable de distribución del poder que permite la transferencia del mismo de un ordenamiento a otro.

El *segundo modelo* supone la coincidencia (parcial) de varios ordenamientos, lo cual lleva a una vigencia acumulada de normas de diverso origen. El conflicto entre estas últimas ha de ser resuelto mediante una

* Catedrático de Derecho Público de la Universidad de Regensburg (Alemania).

regla que determine la primacía de una de ellas. Esta primacía puede expresarse de forma fuerte, con la anulación de una de las normas en conflicto, o de forma más moderada, de modo que se aplica el ordenamiento prevalente en el caso concreto mientras que el ordenamiento o los ordenamientos que no gozan de primacía quedan sin aplicación, aunque se mantiene la existencia de todos ellos.

El *tercer modelo* es el de la coexistencia horizontal de ordenamientos no integrados sino existentes de forma paralela, en una relación de independencia. Habrá una conexión puntual en los supuestos en los que un órgano de un ordenamiento (generalmente un tribunal) se refiera a otro ordenamiento, mecanismo típicamente aplicable en el ámbito del Derecho internacional público.

El *tercer modelo* es el de relación tradicional entre Estados, sin consecuencias para su respectiva soberanía.

El *primer modelo* es expresión de una relación de integración, con la consecuencia de una reducción de soberanía de los ordenamientos en cuestión. Si este fenómeno de «ente integrado» se da dentro de un Estado (un Estado federal) se atribuye al ente (Estado) una soberanía externa, internacional, mientras que la soberanía que se refiere al poder público interno está compartida. Si este ente no constituye un Estado sino un ente integrado de carácter supranacional (nuevo tipo de entidad) la soberanía se reduce por lo que se refiere a los Estados que lo componen y las funciones de éstos se transfieren parcialmente al ente supranacional. Se puede decir que la soberanía externa e interna se atribuye al ente supranacional en el ámbito de competencias del mismo.

El *segundo modelo*, el de coincidencia acumulativa, debe conducir en su resultado a la primacía de uno sólo de los ordenamientos. En modelos de integración con participación de Estados ha de tenerse en cuenta que estos últimos, cuando se integran en entidades compuestas por varios miembros, como las de carácter supranacional, no pierden sus poderes por la transferencia sino que confieren nuevos poderes al ente supranacional. Esto trae consigo como consecuencia la creación de una relación cumulativa entre poderes del Estado y poderes del ente supranacional. Para la resolución de los posibles conflictos ha de existir una norma, que se concreta en el principio de primacía del Derecho supranacional, lo cual supone que en cuanto a sus efectos, a su resultado, el modelo acumulativo se acerca al modelo de complementariedad.

La integración por lo que respecta al Derecho internacional público se diferencia en gran medida de los modelos mencionados: no hay, en este

contexto, complementariedad. Cuando este Derecho se refiere a garantías, como los derechos humanos, que existen también en el ordenamiento interno, se puede hablar de acumulación. Esta acumulación puede serlo no en el sentido de conducir a un conflicto entre los dos ordenamientos, sino en el sentido de que se dupliquen estas garantías. Se trataría de una acumulación paralela, sin que exista necesariamente un conflicto que haya de resolverse en favor de uno de los ordenamientos, el internacional o el nacional. Pero esta acumulación puede ciertamente generar conflictos (por ejemplo, una ley nacional que contradice una norma de Derecho internacional público, resolviéndose el conflicto en favor de este último).

2. LOS ORDENAMIENTOS ALEMÁN Y COMUNITARIO

a) *La autonomía del Derecho comunitario como presupuesto del conflicto*

Solamente si el Derecho comunitario constituye un ordenamiento autónomo puede plantearse un conflicto con el ordenamiento nacional. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas afirmó ya tal carácter autónomo del Derecho Comunitario en su sentencia *Costa/ENEL*,¹ una decisión de los años sesenta que fue aceptada sin problemas por la jurisdicción (en especial por la jurisdicción constitucional) de los países miembros.

Son varias las razones que permiten afirmar la autonomía de este ordenamiento. «Autonomía»² en este sentido significa que las normas de Derecho Comunitario proceden de un ordenamiento propio separado del ordenamiento nacional, aunque éste constituya, desde una perspectiva histórica, el origen y la fuente última del ordenamiento comunitario. La autonomía presupone la existencia de un mecanismo de creación de normas que incluye órganos especiales con funciones de producción normativa (aspecto instrumental), de poderes materiales de normación que se atribuyen especialmente a estos órganos (aspecto material) y, finalmente, de una «Geltungsgrund» o razón de validez en ese mismo ordenamiento. La «Geltungsgrund» o razón de validez³, una noción frecuentemente utilizada pero poco clarificada, parece contener 1) un elemento subjetivo, la voluntad del poder creador (en un Estado, la voluntad del pueblo como portador del «pouvoir constituant»,

¹ TJCE col. 1964, 1251

² R. ARNOLD, *La unificación alemana. Estudio sobre derecho alemán y europeo*, Cuadernos Cívitas 1993, 119 y ss.

³ *Vid.* TC alemán vol. 73, 375

del poder constituyente; en la Comunidad, la voluntad de los Estados miembros), y 2) un elemento objetivo, que supone la existencia de un sistema normativo cerrado en sí mismo, al cual puede ser atribuido el poder normador.

La autonomía del Derecho Comunitario así delineada se confirma mediante los siguientes argumentos:

1) La transferencia de poderes a la Comunidad por parte de los Estados miembros crea competencias nuevas que no son idénticas a las competencias internas de éstos. Se diferencian en su *alcance territorial* (validez transnacional de las normas), en su *finalidad* (cumplimiento de una tarea comunitaria), que influye esencialmente en su contenido, y también en el *alcance material* de las respectivas competencias. Este último aspecto se expresa en las diferencias que implica regular una misma materia en un contexto y en otro, es decir, la finalidad normativa, la formación del contenido y las medidas instrumentales son diferentes cuando se legisla en la esfera nacional o transnacional, aunque la acción normativa se desarrolle en el mismo campo: el contenido de una norma que regula la agricultura o el tráfico en un país generalmente es diferente cuando se regula esa misma materia en el contexto transnacional. No se trata solamente de una extensión «lineal» de la competencia nacional, sino de una diferencia cualitativa en la sustancia de la competencia.

A esta idea se asocia el hecho de que la doctrina alemana no conciba la transferencia de «poteri di sovranità» (derechos de soberanía) a la Comunidad como una transferencia en el sentido de «cesión de derechos» (conocida en el Derecho privado), sino como una «atribución de poderes» (competencias) que se confunden, a nivel comunitario, en un poder único, indisoluble (porque fue creado sin plazo previsto de terminación, salvo en el caso de la CECA). El Tribunal Constitucional Federal Alemán insiste, al explicar la transferencia de poderes según el artículo 24 de la Ley Fundamental de Bonn (desde la creación de la Unión Europea, según el artículo 23), en el efecto que resulta de tal transferencia: la «apertura» del ordenamiento interno (que supone, al mismo tiempo, una apertura de la soberanía del Estado, hasta ese momento cerrado) y una renuncia a la exclusividad de validez de las normas internas en el territorio del Estado respectivo⁴.

⁴ R. ARNOLD, *op. cit.* (nota 2), págs. 125 y ss.; vol. 37, 280; vol. 73, 374.

2) Estos aspectos fundamentan la tesis de la autonomía del Derecho Comunitario, pero además se añaden otros argumentos, en particular un argumento institucional: la formación de una norma comunitaria se lleva a cabo en el seno del Consejo de Ministros, órgano de carácter supranacional, con una finalidad de acción conjunta que no se determina en un sentido nacional, aunque sus miembros sean los ministros nacionales, sino que tiene como resultado una resolución de alcance europeo. Hay que tener también en cuenta la codecisión del Parlamento Europeo (introducida, mediante el procedimiento de codecisión, en la mayoría de campos de acción de la Comunidad), órgano más supranacional en su composición que el Consejo, cuya cooperación refuerza el carácter transnacional de las normas adoptadas. Es además importante, para el análisis de la naturaleza autónoma del Derecho Comunitario, el hecho de que las decisiones en el Consejo son adoptadas, en los casos en que este procedimiento sea aplicable, por mayoría cualificada, es decir, incluso contra la voluntad de ciertos Estados miembros, argumento adicional para confirmar el carácter autónomo del Derecho Comunitario derivado. Esta constatación alcanza también al Derecho Comunitario primario, que comparte con el Derecho derivado su carácter autónomo y supranacional, porque el Derecho primario es la base normativa (en el aspecto material e instrumental) de aquél.

Se puede concluir, pues, que el Derecho Comunitario es un ordenamiento normativo autónomo que tiene una conexión «genética», no actual, con los ordenamientos estatales de los países miembros.

b) *El papel de las leyes de aprobación de los Tratados*

El Tribunal Constitucional Federal alemán considera la ley de aprobación del Tratado de la Comunidad Europea (y las leyes correspondientes que se refieran a otros Tratados supranacionales) como un puente jurídico entre los dos ordenamientos, el nacional y el supranacional. El Tribunal no niega el carácter autónomo del Derecho Comunitario, como se deduce de su jurisprudencia, que aceptó, según se señaló anteriormente, en los años sesenta la concepción de *Costa/ENEL*⁵ sobre esta cuestión, y de sentencias clave posteriores, como las de los asuntos *Solange I* y *II*⁶, o la sentencia sobre el *Tratado de Maastricht*⁷.

⁵ Vid. nota 1

⁶ Vid. vol. 37, 271; 73, 339

⁷ Vid. vol. 89, 155

El Tribunal Constitucional considera esta ley de aprobación como «Geltungsgrund», razón de validez del Derecho supranacional en Alemania. Según el Tribunal, esta ley es la razón que determina la validez inmediata de las normas supranacionales en el ordenamiento interno y su primacía. Se combinan, en este planteamiento, dos afirmaciones del Tribunal: la ley es el medio de aplicación de la autorización constitucional de integración (artículo 24 ó 23 de la Ley Fundamental de Bonn). Estos artículos permiten al Estado integrarse en el ordenamiento supranacional por la ya mencionada apertura del ordenamiento nacional; la ley de aprobación lo que hace es concretar esa autorización constitucional general. Por medio de esta ley se expresa la transferencia de poderes de soberanía. De ahí resulta el doble carácter de tal acontecimiento: el Tratado internacional, negociado por los que serán futuros Estados miembros, determina la dimensión de la transferencia; la ley de aprobación canaliza los procedimientos y efectos internos que son necesarios en cada país miembro para la aceptación nacional de ese «programa de integración» (en la fórmula del Tribunal Constitucional)⁸ diseñado por el conjunto de Estados participantes. Por medio de esa ley se introduce este «programa» en el ordenamiento interno, y por medio de ella se manifiesta el consenso del Estado. Existe así una conexión entre el nivel supranacional (que se expresa en el Tratado) y el nivel nacional (la Constitución del Estado como decisión del pueblo en favor de la integración y el Parlamento autorizado por la Constitución concretando ese mandato). El Tribunal deduce de la ley de aprobación la competencia para controlar la compatibilidad entre el Derecho Comunitario derivado y el contenido de la misma. Desde una perspectiva nacional ello supone la congruencia entre ley y Tratado. Esta perspectiva nacional se legitima, según el Tribunal, por la conexión entre la voluntad nacional (del pueblo, expresada a través del Parlamento) y el resultado de esta voluntad, el conjunto de poderes supranacionales. El hecho de que el poder comunitario fuese creado por la voluntad de los Estados miembros autoriza al Estado a referirse al acto de creación, a la ley de aprobación, a la hora de examinar dicha compatibilidad. Resulta problemático en este contexto, sin embargo, que el Tribunal Constitucional acentúa esta perspectiva nacional, derivando de la ley de aprobación la competencia para apreciar la compatibilidad entre la perspectiva comunitaria (que se expresa en la interpretación que del alcance de sus competencias hace la autoridad comunitaria misma) y la perspectiva nacional (que se expresa en la interpretación que de la ley de aprobación hace el Tribunal Constitucional alemán).

⁸ *Vid.* vol. 89, 155, 188

c) *Conflicto de competencias o conflicto de normas*

La distribución de competencias entre el ordenamiento supranacional y el nacional no es clarificada ni por la jurisprudencia ni por la doctrina. Resulta sorprendente que, durante más de cincuenta años, esta problemática no haya conducido a nivel comunitario a tensiones importantes. La distribución de competencias vertical, es decir, entre los Estados miembros y la entidad supranacional, no fue objeto de controversia ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas más que en casos rarísimos. En teoría, han sido esquematizados modelos de distribución de competencias: modelo alternativo (que corresponde al modelo complementario ya en el sentido ya mencionado), modelo cumulativo y modelo paralelo. Hay una gran incertidumbre respecto a la clasificación en este contexto. Casi lo único que parece ser generalmente aceptado es la afirmación del Tribunal de Justicia acerca de la exclusividad competencial de la política exterior de las Comunidades Europeas.⁹ Se extiende cada vez más la opinión de que la gran mayoría de las competencias son competencias cumulativas, las cuales, una vez atraídas por la Comunidad, se transforman en competencias exclusivas de la misma. Es semejante esta concepción a un modelo alternativo, complementario, como el que existe en la República Federal de Alemania en el ámbito de las competencias concurrentes (o, según otra terminología, compartidas).¹⁰

Si la transferencia de poderes soberanos («Hoheitsrechte») de parte de un Estado miembro hacia la entidad supranacional conduce a una transferencia de competencias, es decir, de autorizaciones para actuar en un cierto campo, se plantea la cuestión de saber si una acción del Estado miembro en un ámbito respecto al cual ha transferido los poderes, respectivamente las competencias, debe ser considerada como nula, inválida, por falta de competencia.

En un sistema como el alemán la concepción prevalente es la de que el legislador cuando legisla sin competencia no crea normas (contrariamente a la evicción de un acto administrativo la falta de competencia conduce a la nulidad en el campo normativo). Sobre la base de esa concepción, el conflicto entre los distintos ordenamientos se resuelve a nivel competencial. Si la transferencia de poderes crea una separación clara entre los diversos titulares de competencias solamente el titular verdadero de la competencia

⁹ *Vid.* col. vol. 1972, 1219

¹⁰ *Vid.* el art. 72 LF

puede crear normas que habrán de ser observadas por los órganos de aplicación de las normas, las administraciones y los jueces. Pero para tal solución a nivel competencial no es necesaria una regla de conflicto, porque no se plantea un conflicto de normas.

En resumen se puede constatar que sí existe en la Comunidad, es decir, entre los Estados miembros y las comunidades supranacionales, una distribución de competencias alternativa (que es imaginable en dos formas: sistema de distribución alternativa de competencias por atribución de bloques competenciales a los dos niveles, nacional y supranacional; o sistema de distribución alternativa de competencias *flexible* que se realiza por la acción del titular que tiene atribuido el poder de atraer las competencias pertenecientes al otro titular sobre la base de criterios determinados. Se trata de una cierta primacía competencial (como está establecido por ejemplo en el sistema constitucional alemán, en el artículo 72 de la Ley Fundamental).

El concepto opuesto es el conflicto normativo no competencial. Si existe un sistema de coordinación de dos o más ordenamientos un sistema competencia cumulativo que no se transforma en un sistema de distribución alternativa o complementaria, los titulares de las competencias tienen el poder de legislar en cada uno de los ordenamientos. El resultado son normas vigentes que pueden entrar en conflicto. Es necesario resolver este conflicto mediante una regla de preeminencia.

En mi opinión el Estado miembro, cuando transfiere sus poderes soberanos (también en el caso en el que la Constitución habla de la transferencia de competencias o de limitación de soberanía en lugar de transferencia de poderes soberanos), no pierde estos poderes en el sentido de la ausencia de la capacidad de legislar en estos ámbitos. No sería compatible la noción tradicional del Estado que no tiene un poder completo para todas las materias nacionales. Parece ser adecuado un sistema de poderes cumulativos que podría explicar suficientemente el sistema de integración.¹¹

d) *Resolución del conflicto mediante una norma de Derecho supranacional o nacional*

Son posibles dos posiciones: una posición favorable al Estado miembro que considera la norma constitucional de integración como constitutiva para

¹¹ Vid. R. ARNOLD, "La conferencia intergubernamental de 2004 y la creación de una carta de competencias", en *Estructura política de la Unión Europea*, ed. Miguel Martínez Cuadrado, Madrid, 2001, 71-80.

establecer la resolución del conflicto en el sentido de la primacía del Derecho supranacional o del Derecho nacional.

Como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades mantiene el principio de la primacía del Derecho Comunitario, principio casi generalmente aceptado respecto al nivel infraconstitucional en casi todos los Estados miembros. Mientras el Tribunal de Justicia defiende una primacía absoluta del Derecho Comunitario que comprendería también todas las normas constitucionales de los Estados miembros¹², se muestra una cierta reticencia a abandonar el núcleo mismo de la Constitución al poder comunitario. Es incomprensible que el Tribunal atribuya el establecimiento de tal regla de resolución de conflictos normativos al ordenamiento supranacional mismo. La primacía resulta de la necesidad de que el Derecho Comunitario sea aplicable uniformemente en toda la Comunidad. Se trata de un principio no escrito del Tratado CE que es un principio fundamental de las tres Comunidades.

La posición del Tribunal Constitucional Federal en Alemania es que la ley de aprobación del Tratado está considerada como base de la realización de la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho nacional. Esta concepción califica el Derecho constitucional de un Estado como norma suprema que puede permitir a una entidad supranacional crear un ordenamiento propio si no se atribuye a sí mismo la decisión sobre la cuestión de qué ordenamiento debe prevalecer sobre el otro.

Ha de mencionarse asimismo que el propio Tribunal Constitucional Federal alemán ha aceptado la doctrina de la decisión *Costa/ENEL*¹³ que confirma, entre otras cosas, la localización del principio de primacía del Derecho supranacional en el ordenamiento supranacional mismo.

En atención a la uniformidad de validez del Derecho Comunitario en todos los Estados miembros es preferible la concepción de *Costa/ENEL* porque se corresponde más con las exigencias inherentes al Derecho supranacional.

e) *La teoría de la sustitución*

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha clarificado las cuestiones más importantes que se refieren a la relación entre los dos ordenamientos jurídicos, el nacional y el supranacional. En cuanto a la jurisprudencia concerniente a los derechos fundamentales, el Tribunal Federal

¹² *Vid.* col. vol. 1970, 1125

¹³ TC vol. 22, 293

ha reconocido la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Constitucional alemán. Son muy conocidas las dos decisiones *Solange I*¹⁴ y *Solange II*¹⁵ que muestran una línea de desarrollo de la posición del Tribunal Constitucional hacia una solución integradora. La idea común es la de que las exigencias más importantes del desarrollo jurídico-cultural en Europa no deben ser abandonadas por las Comunidades. Así, la protección fundamental del individuo resulta tan importante para el Tribunal. Acepta sin embargo la posibilidad de que las Comunidades protejan al individuo por medio de derechos fundamentales de carácter propio, supranacional: se corresponde con la existencia de un ordenamiento el que éste deba contener todas las normas necesarias para cumplir las funciones básicas del sistema. En otras palabras, el Tribunal considera necesaria la existencia de garantías constitucionales también en el propio ordenamiento supranacional. Si falta tal protección habrá de cumplir esta función el ordenamiento nacional. Ésta fue la base de la decisión *Solange I* en el año 1974. Pero este concepto es un concepto flexible, dinámico, que tiene en cuenta que el proceso de integración es un proceso de desarrollo, un proceso dinámico. La afirmación en *Solange I* de la decisión en favor de la aplicación de los derechos fundamentales nacionales se basa en la idea de la protección subsidiaria de los derechos fundamentales por parte de la Constitución nacional, es decir, por un ordenamiento diferente del ordenamiento en el cual el acto normativo en cuestión ha sido adoptado. Es consecuente con lo anterior que la confirmación en la decisión *Solange II* de la primacía del Derecho comunitario al abandonar la jurisdicción propia en materia de derechos fundamentales. La equivalencia entre el alcance y los instrumentos de la protección garantizada por la Constitución nacional y la garantizada por el Derecho Comunitario parece asegurada. En este concepto se puede hallar una idea de sustitución, en un proceso dinámico, de la protección nacional por la protección supranacional de los derechos fundamentales (protección que es la protección en principio adecuada porque deriva del ordenamiento de la norma en cuestión)¹⁶.

La idea de sustitución no es absolutamente compatible con la posición del Tribunal de Justicia en su decisión *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁷ que afirma apodícticamente la primacía del Derecho Comunitario.

¹⁴ Vid. vol. 37, 271

¹⁵ Vid. vol. 73, 339

¹⁶ Vid. R. ARNOLD, "Die europäischen Verfassungsgerichte und ihre Integrationskonzepte", en *Festschrift F. Koja* 1998, 3, 8 y ss.

¹⁷ Vid. col. vol. 1970, 1125

La decisión *Solange II* no fue modificada por la decisión del Tribunal Constitucional sobre el *Tratado de Maastricht*.¹⁸ En esta decisión el Tribunal solamente ha aportado una precisión, en cuanto expresa que existe entre el Tribunal Constitucional Federal y el Tribunal de Justicia de las Comunidades una relación de cooperación.¹⁹ Esta cooperación, como explica el Tribunal alemán, corresponde exactamente a la doctrina de la decisión *Solange II*: el Tribunal de Justicia es competente para controlar de la compatibilidad de los actos normativos o ejecutivos de la Comunidad con los derechos fundamentales de la propia Comunidad, que existen en forma de principios generales del Derecho comunitario, principios no escritos sino formulados por el Tribunal Europeo. El Tribunal Constitucional Federal asume la tarea de garantizar, de manera global, la existencia de una suficiente protección de los derechos fundamentales por parte del Derecho supranacional. Debe examinar si existe un nivel suficiente de tal protección y, en consecuencia, el Tribunal nacional puede abstenerse de aplicar sus propios derechos fundamentales si está asegurada la protección indispensable del individuo. En otras palabras, el Tribunal de Luxemburgo es competente para el examen completo del caso, mientras que el Tribunal de Karlsruhe se ocupa de la cuestión general de saber si existe por parte de la entidad supranacional una protección suficiente de los derechos fundamentales del individuo equivalente a la de la Ley Fundamental.

El Tribunal Constitucional, en el año 2000, ha confirmado en su decisión sobre el *Mercado de Bananas*²⁰ la posición de *Solange II* y ha expresado en esta ocasión que la decisión sobre la constitucionalidad del *Tratado de Maastricht* no modificó esta posición de base de *Solange II*.

Parece evidente que una reducción esencial de la protección por parte de los derechos fundamentales supranacionales no llegará a suceder, por varias razones: la introducción por el artículo 6.II del Tratado de Unión en el Derecho primario de la obligación del juez comunitario de orientar su tarea hacia los derechos fundamentales comunitarios en forma de principios generales del Derecho supranacional supone una garantía muy estable. Se puede decir que este artículo es una parte del Derecho constitucional comunitario que goza de una estabilidad particular. Una supresión de este artículo no sería posible sin la colaboración de todos los

¹⁸ Vid. vol. 89, 155

¹⁹ Vid. vol. 89, 155, 175

²⁰ Vid. vol. 102, 147

Estados miembros, algo que parece excluido totalmente. Con la declaración de la Carta de Derechos Fundamentales de Niza en el mes diciembre de 2000 este proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales ha seguido adelante, aunque no se haya atribuido fuerza obligatoria a esta Carta. Pero es muy probable que los Estados miembros, en el contexto de la reforma prevista para el año 2004, dotarán a la Carta de carácter obligatorio y crearán así una nueva parte del Derecho constitucional comunitario.

Si el concepto de sustitución puede ser aplicado en otros ámbitos constitucionales no es algo del todo claro. Parece posible aplicar este concepto a la garantía de la «comunidad del Derecho», la estructura de la cual es muy similar a la estructura de la protección de derechos fundamentales. Tal extensión dogmática sería posible respecto a la «comunidad social» (por analogía con el principio del *Sozialstaat* en Alemania o en España).²¹ No parece posible, sin embargo, aplicar esta idea a las implicaciones que pueda tener el Derecho Comunitario sobre el sistema federal de los Estados miembros. Una sustitución en el sentido de la jurisprudencia relativa a los derechos fundamentales no es aplicable. No existe la posibilidad de compensar mediante un aumento de los elementos federales a nivel supranacional eventuales déficit en el federalismo nacional causados por el Derecho comunitario. Otra solución, en la que no se puede profundizar en este lugar, sería la de extender funcionalmente el principio de lealtad, un principio muy flexible que podría convertirse en un elemento de garantía del sistema federal (o del sistema regional en otros Estados miembros). Esto significaría que la Comunidad estaría obligada a respetar las estructuras fundamentales de los Estados miembros, como el federalismo, y a no intervenir de manera excesiva y desproporcionada en este sistema.²²

Hay que mencionar finalmente que el nuevo artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn, introducido en la Constitución con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht en 1993, tiene en cuenta estos desarrollos jurisprudenciales y asume en su texto el concepto de sustitución.

²¹ Vid. R. ARNOLD, "Das «Kooperationsverhältnis» zwischen EuGH und BVerfG in der Zukunft", en M. Piazzolo (ed.), *Das Bundesverfassungsgericht. Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik*, 1995, 273 y ss., 281

²² Vid. el artículo 9 del proyecto de una Constitución europea elaborado por la presidencia de la Convención Europea.

3. CONFLICTOS ENTRE ORDENAMIENTOS EN EL SISTEMA FEDERAL ALEMÁN

a) *La concepción general del federalismo alemán como base de la reflexión*

Los Estados miembros de la Federación son verdaderos Estados con competencias originarias. Disponen de Constituciones propias creadas por los pueblos, de éstos últimos y de órganos políticos propios. Existe en el artículo 30 de la Ley Fundamental una presunción en favor de los *Länder* en lo que se refiere al reparto de funciones y competencias en el conjunto del sistema federal: solamente aquellas funciones y competencias que sean atribuidas o transferidas por la Ley Fundamental a la Federación serán poderes federales. La dimensión de la transferencia o atribución está determinada por el texto de la Ley Fundamental. De esa presunción en favor de la titularidad de las competencias por parte los *Länder* se deriva también la necesidad de ser muy prudentes a la hora de reconocer competencias y funciones implícitas a la Federación.

b) *Tipos de conflictos en el sistema federal*

Entre la Federación y los *Länder* no hay una jerarquía institucional sino que los sujetos del sistema federal (*Bund* y *Länder*) son autónomos, lo cual conduce, en este sentido, a un paralelismo entre los espacios constitucionales, no solamente de los dieciséis *Länder*, sino también entre la totalidad de los *Länder* y la Federación.

Esta constatación es compatible con el hecho de que hayan sido atribuidas por parte de los *Länder* ciertas competencias y funciones a la Federación.

Este paralelismo es un paralelismo estabilizado, en el sentido de que la distribución de competencias ha conducido a un sistema coherente que no conoce, con muy pocas excepciones, conflictos de poder. Esto significa que la estabilidad de la distribución de poderes se lleva a cabo mediante la distribución de competencias: si no hay competencia, el acto del poder es nulo. Esta consecuencia jurídica se verifica sobre todo en el ámbito legislativo. El sistema federal alemán está adaptado, en principio, a la exigencia de un funcionamiento pacífico, sin conflictos, entre las diversas partes del conjunto federal.

Sin embargo, la naturaleza de los *Länder* como Estados y, a la vez, como partes constitutivas originarias del Estado federal demanda de una parte de las competencias una cierta flexibilidad y dinamismo. Así, la Ley

Fundamental ha establecido un mecanismo de competencias concurrentes, variables, lo que parece ser imprescindible en un Estado moderno que está sometido a desarrollos y transformaciones permanentemente en el transcurso del tiempo. Aunque las competencias sean originariamente de los *Länder*, puede ser que a partir de un determinado momento exista la necesidad de regular uniformemente en todo el Estado las materias cubiertas por esas competencias. De este modo, la Ley Fundamental ha equilibrado el concepto federal, según el cual las competencias pertenecen en principio a los *Länder*, y el principio de eficacia, que demanda en ciertos ámbitos una reglamentación uniforme. Así, la Federación puede atraer hacia el poder central, bajo ciertas condiciones, las competencias de los *Länder* por medio de la votación de una ley federal. De este modo, las competencias se transfieren de los *Länder* a la Federación. El conflicto surge si los *Länder* ya han elaborado leyes en estos ámbitos. En este caso estamos en presencia de un conflicto normativo. La ley respectiva del *Land* fue en su momento adoptada sobre la base de una competencia del *Land* y entró en vigor. Después de la transferencia de la competencia a la Federación, es ésta la que puede elaborar una ley federal. Es necesaria una norma de colisión que resuelva este conflicto. Esta norma se encuentra en el artículo 31 de la Ley Fundamental, consecuencia de este sistema de competencias alternativas. Es evidente que la transferencia es eficaz solamente si la norma federal creada sobre la base de la competencia transferida tiene una vigencia completa, no limitada por la existencia de una ley de uno o de varios *Länder*. Las leyes de los *Länder* pierden su vigencia con la entrada en vigor de la ley federal.

b.1) El sistema competencial alemán y su relevancia en la producción de conflictos o armonía entre ordenamientos

Los tipos siguientes de competencias son conocidos en el sistema alemán:

—competencias exclusivas de la Federación enumeradas en la Ley Fundamental (arts. 71 y 73). Estas materias son materias típicamente centrales, como la defensa, la moneda, la ciudadanía, o lo son por tradición. Los *Länder* se han mostrado de acuerdo con que sea la Federación la que ostente la titularidad de estas competencias. Han transferido, mediante la Ley Fundamental, no solamente el ejercicio de tales competencias, lo que supondría la permanente posibilidad de revocarlas, sino también la titularidad de las mismas. En estos ámbitos, los *Länder* no son competentes para legislar. Si lo hiciesen, las leyes no tendrían validez por falta de competencia. Por otro lado, es posible para la Federación autorizar a los *Länder*, en

el marco del artículo 21 de la Ley Fundamental, para que legislen en ámbitos de su competencia exclusiva. La autorización tiene que venir recogida en una ley federal que simplemente autoriza pero no obliga a los *Länder*. Una ley votada sobre la base de una autorización de este tipo por uno de los *Länder* sería Derecho del *Land*, no de la Federación²³.

—competencias concurrentes: es un tipo de competencia «potencial» de la Federación. Como se mencionaba anteriormente, el titular originario de la competencia es el *Land*. La Federación no está obligada a atraer la competencia hacia sí, aunque se cumplan las condiciones enumeradas en el artículo 72 de la Ley Fundamental. Esas condiciones, que han sido precisadas a través de la reforma del año 1994, y que prevén la posibilidad de que la Federación legisle en los ámbitos concurrentes, son:

1) la necesidad de procurar una unidad jurídica o económica dentro la Federación, una exigencia que se da en muchos ámbitos en el Estado social actual;

2) la necesidad de crear de condiciones de vida equivalentes en toda la Federación. El Tribunal Constitucional lo ha aclarado en una Decisión de noviembre de 2002²⁴. Esta explicación del Tribunal Constitucional fue necesaria porque el punto crucial del federalismo alemán reside en el poder de la Federación de interpretar en un caso concreto, prácticamente sin límites, los términos utilizados por el artículo 72. El texto de este artículo que estaba vigente antes de la reforma de 1994 era todavía más amplio, lo que llevó al Tribunal Constitucional a declarar imposible un control de la acción de la Federación en este contexto, salvo en caso de abuso evidente. Con la citada reforma se introdujo un recurso particular para la protección de los *Länder*, si bien, a pesar de su existencia desde hace ya casi diez años, nunca ha sido utilizado.

El sistema competencial que es la base de estas competencias concurrentes es un sistema de «alternatividad»: son competentes o el *Land* o la Federación. La transferencia de la competencia se lleva a cabo sin interposición temporal. Así, no existe al mismo tiempo una competencia cumulativa. Puede existir, como ya se ha señalado, una acumulación normativa cuando

²³ Vid. Tribunal Constitucional, vol. 18 de la Colección Oficial de Sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán, 415; K. H. Seifert, y D. Hömig, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. ed., 1999, nota marginal al artículo 71.

²⁴ Vid. R. ARNOLD, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2003, 199 - 210, en especial 199 - 203.

un *Land* ha adoptado, sobre la base de su competencia originaria, una ley antes de que la Federación haya atraído para sí la competencia para votar una ley federal en esa materia.

Hay que mencionar que la competencia de los *Länder* puede ser reestablecida en el caso de que ya no se cumplan las condiciones previstas en el artículo 72 de la Ley Fundamental. En tal caso, la competencia originaria puede ser reatribuida a los *Länder*. Esta reatribución se realiza, según el tercer apartado del artículo 72 de la Ley Fundamental, mediante una ley federal. Este apartado reconoce a la Federación en su texto discrecionalidad para efectuar esa reatribución, y no una obligación estricta. Partiendo de la concepción del federalismo en Alemania y de la estatalidad de los *Länder* parece, sin embargo, que sería obligatorio para la Federación reatribuir en tal caso la competencia correspondiente.

Hay que apuntar que la competencia de los *Länder* se transfiere a nivel federal sólo en la medida en que la Federación la atraiga. Depende del alcance de la ley federal el que en este contexto siga existiendo una cierta competencia de los *Länder*. No es automáticamente una transferencia total de la competencia, sino una atribución diferenciada (diferenciación según el contenido de la ley federal) a la Federación.

—la tercera modalidad de competencias es la de las leyes-marco (arts. 72 y 75 de la Ley Fundamental). Esta competencia es un caso específico de competencia concurrente, pero tiene un alcance limitado. Es una mezcla entre competencia exclusiva del *Land* (una noción no empleada por la Ley Fundamental en el marco del sistema competencial, sino solamente en una nueva disposición, el artículo 23, relativo a la participación de los *Länder* en el proceso legislativo de la Unión Europea) y competencia concurrente. Es decir, la Federación no puede regular más que los principios, el marco, de las materias correspondientes. La regulación de los detalles se mantiene en el ámbito de competencia del poder legislativo de los *Länder*. Respecto al marco, a los principios, se utiliza el mismo mecanismo que ya se ha explicado al hablar de las competencias concurrentes: si se cumplen las condiciones del artículo 72, la Federación puede atraer hacia sí la competencia marco. El texto del artículo 75 de la Ley Fundamental fue precisado en la ya citada reforma de 1994. La regulación por parte de la Federación puede extenderse, en caso extraordinario, a los detalles, o puede contener normas inmediatamente aplicables en los *Länder*. El apartado 2 del artículo 75 lo permite desde la reforma mencionada.

Los *Länder* quedan obligados a adoptar las leyes necesarias para dar cumplimiento al marco establecido por una ley federal. Esta obligación está

prevista explícitamente en el apartado 3 del artículo citado. La ley federal puede fijar una fecha concreta para la actuación de los *Länder*.

En resumen, se puede constatar que, en el ámbito legislativo, normalmente no hay conflictos normativos, sino que esos conflictos potenciales son resueltos *a priori* por el sistema de distribución de competencias. Los únicos conflictos derivan de la actuación de un *Land* antes de que la competencia legislativa haya sido atraída por la Federación.

En lo que se refiere a las competencias implícitas, hay que reconocer una reticencia a reconocer tales competencias. Esta reticencia deriva del hecho de que todas las competencias que no se encuentran en manos de la Federación son competencias de los *Länder*. Sin embargo, se admite la existencia de casos extraordinarios de competencia federal implícita, en particular, en los casos de competencias anexas o competencias que mantienen una relación funcional con la materia federal. Pero la jurisprudencia constitucional es muy prudente en este punto, para evitar los abusos producidos durante el régimen de Weimar²⁵.

En relación a las demás funciones del Estado, la ejecutiva y la jurisdiccional, la situación es diferente respecto a la función legislativa: las leyes federales son ejecutadas en principio por los *Länder* en ejercicio de su propia autoridad. Una ejecución por parte de autoridades propias de la Federación o por los *Länder* por orden (*im Auftrag*) de la Federación son casos atípicos y deben ser expresamente mencionados, en referencia a las materias correspondientes, en la Ley Fundamental. Un conflicto a nivel administrativo si la Federación ejecutase, sin autorización de la Ley Fundamental, mediante sus propias autoridades una ley federal, conduciría también a la nulidad de este acto administrativo. Un acto administrativo emitido por una autoridad no competente normalmente no es nulo, sino ilegal, cabiendo la posibilidad de impugnarlo ante los Tribunales administrativos. Sin embargo, en el caso de que la Federación lleve a cabo una actividad administrativa que corresponde a la competencia del *Land*, esa actuación hay que considerarla nula. Lo mismo sería aplicable en el caso opuesto. También en el ámbito jurisdiccional, supuesto apenas imaginable, la consecuencia sería la nulidad de la decisión.

²⁵ Vid. A. MAURER, *Staatsrecht I*, 2. ed., 2001, 311 y ss.

b.2) Conflictos a nivel constitucional

En particular en el ámbito de los derechos fundamentales son imaginables conflictos normativos entre una garantía federal y una garantía de los *Länder*. Como ya se ha mencionado, los *Länder* tienen Constituciones propias, con garantías propias de la libertad del individuo. No todos los *Länder* han formulado un catálogo propio de derechos fundamentales, sino que algunos de los dieciséis se remiten a la Ley Fundamental. Las garantías de las Constituciones de los *Länder* se refieren solamente, como todas las disposiciones de sus Constituciones, a actuaciones públicas de éstos. Hay en Alemania una separación entre los diversos espacios constitucionales. La autonomía de los diversos ordenamientos constitucionales está limitada en Alemania solamente por el artículo 28.1 de la Ley Fundamental que exige una congruencia solamente en los principios fundamentales del Estado (el principio del Estado de Derecho y Social, la democracia, la República), pero no en los detalles de las garantías de los derechos fundamentales. Es decir, que se aceptan las divergencias que puedan existir en este punto. Una norma de colisión que ha de ser interpretada a la luz del artículo 28.1 de la Ley Fundamental es su artículo 142. Dice que los derechos fundamentales de las Constituciones de los *Länder* siguen vigentes también en el caso de que el contenido de las garantías a nivel federal y a nivel de los *Länder* sea idéntico. Existe solamente un caso crítico: es el supuesto en el que una garantía de un *Land* contemple un nivel menor de protección que la garantía correspondiente de la Federación. En este caso, la teoría dominante es la que habla de la nulidad de la garantía del *Land*²⁶. Ese artículo 142 de la Ley Fundamental es una norma especial respecto a su artículo 31, que contiene el principio de que el Derecho de un *Land* que esté en contradicción con el Derecho federal es nulo²⁷.

Sin embargo, entiendo que no hay justificación para intervenir en el espacio constitucional, por principio independiente, de los *Länder*. Se puede mantener una garantía de un *Land* también en el caso de que contemple un nivel de protección menor que la garantía correspondiente de la Federación. Dado que el alcance de esta garantía se extiende solamente al territorio y a las actuaciones de las autoridades e instituciones públicas de este *Land* parece ser suficiente con que los ciudadanos cuenten también con la garantía más protectora de la Federación²⁸.

²⁶ Vid. Tribunal Constitucional, vol. 96, 365.

²⁷ Vid. Tribunal Constitucional, vol. 36, 362 y ss.

²⁸ En este sentido, A. MAURER, *op. cit.*, 316.