



La cooperación intergubernamental en los estados compuestos



Generalitat de Catalunya
Departament de Relacions Institucionals
i Participació
Institut d'Estudis Autònoms

LA COOPERACIÓN INTERGUBERNAMENTAL EN LOS ESTADOS COMPUESTOS

Col·lecció
Institut
d'Estudis
Autonòmics

47

LA COOPERACIÓN INTERGUBERNAMENTAL EN LOS ESTADOS COMPUESTOS

SEMINARIO

Barcelona, 20 de enero de 2006

Xavier Arbós (coord.)

Nathalie DesRosiers

Nicolas Schmitt

Matthias Hartwig

Javier Tajadura



Generalitat de Catalunya
Departament de Relacions Institucionals
i Participació
Institut d'Estudis Autonòmics

BARCELONA

2006

Biblioteca de Catalunya. Datos CIP:

La **Cooperación** intergubernamental en los estados compuestos :
seminario, Barcelona, 20 de enero de 2006. _ (Col·lecció Institut d'Estudis
Autonòmics ; 47)

Textos en castellà i anglès. _ Bibliografia

ISBN 84-393-7321-X

I. Arbós, Xavier, 1954- II. Institut d'Estudis Autonòmics (Catalunya) III.
Col·lecció:

1. Federalisme _ Congressos 2. Cooperació intergovernamental _ Congressos
323.17(061.3)

Fotografía de la cubierta: Palau Centelles, Barcelona (siglo XVI).
Capiteles de los pilares del portal que comunica el vestíbulo con el patio.

© **Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autonòmics**

Primera edición: noviembre de 2006

Tirada: 1.000 ejemplares

ISBN: 84-393-7321-X

Depósito legal: B.54.343-2006

Impresión: El Tinter, SAL (empresa certificada ISO 14001 y EMAS)

SUMARIO

PRESENTACIÓN

Miguel Ángel Cabellos Espiérrez	9
---------------------------------------	---

FEDERALISMO Y RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES

XAVIER ARBÓS MARÍN	13
--------------------------	----

INTERGOVERNMENTAL Co-OPERATION IN CANADA: THE COUNCIL OF THE FEDERATION AND INTERGOVERNMENTAL CONFERENCES

NATHALIE DESROSIERs	37
---------------------------	----

INTERGOVERNMENTAL COOPERATION IN SWITZERLAND: THE CONFERENCE OF CANTONAL GOVERNMENTS

NICOLAS SCHMITT	61
-----------------------	----

THE CONFERENCES OF THE PRIME MINISTERS OF THE LÄNDER

MATTHIAS HARTWIG	97
------------------------	----

LA CONFERENCIA DE PRESIDENTES

JAVIER TAJADURA TEJADA	115
------------------------------	-----

DEBATES	169
---------------	-----

PRESENTACIÓN

Las relaciones intergubernamentales son consustanciales al federalismo, y es bien sabido cómo en España su ejercicio se ha desarrollado entre no pocas dificultades: funcionamiento muy desigual de las conferencias sectoriales, inexistencia de una Conferencia de Presidentes hasta 2004, veinticinco años después de la puesta en marcha del Estado autonómico; ausencia, todavía hoy, de conferencias, sectoriales o no, que estén compuestas únicamente por los Gobiernos autonómicos, y debilidad de la cooperación horizontal... El elenco de los factores que dan fe de las carencias y de los problemas de las relaciones intergubernamentales en España es, por tanto, notable y no se agota en lo aquí dicho.

Resultaba, pues, un tema de especial interés para el Institut d'Estudis Autònoms, cuyo análisis desde una perspectiva comparada podía ser, además, de utilidad para el estudio del caso español. De esta manera, y a iniciativa del profesor Xavier Arbós, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Girona, el Institut organizó el 20 de enero de 2006 un seminario con el objeto de analizar un aspecto concreto de las relaciones intergubernamentales en varios Estados compuestos que comparten ciertas características comunes. El aspecto a analizar fue el referido a los órganos que reúnen a los jefes de Gobierno, ya sea sólo a los de los entes federados o también al de la Federación. Participaron en el mismo, además del mencionado profesor Xavier Arbós, que coordinó el seminario, los profesores Nathalie DesRosiers (Universidad de Ottawa), Nicholas Schmitt (Institute of Federalism, Universidad de Fribourg), Matthias Hartwig (Max Planck Institut de Derecho Público comparado y Derecho Internacional de Heidelberg) y Javier Tajadura (Universidad del País Vasco).

Todas las contribuciones al seminario giraron en torno a una serie de cuestiones comunes proyectadas sobre cada uno de los órganos estudiados: composición, funciones, modo de adopción y valor de los acuerdos, así como el funcionamiento en la práctica de cada órgano, en especial, obviamente, de aquellos que ya tienen un cierto recorrido histórico a sus espaldas.

Objeto último del seminario y del presente libro es, pues, el análisis de los diferentes órganos en cada uno de los modelos. Pero además de ello, el lector encontrará también (y éste es otro de los elementos de interés de esta

obra) reflexiones sobre el federalismo en la actualidad, sobre sus problemas y sobre el papel que desempeñan las relaciones intergubernamentales en los Estados compuestos.

Tal es el núcleo, por ejemplo, del artículo del profesor Arbós, en el que se hace un repaso al surgimiento de la idea de las relaciones intergubernamentales en el marco de la evolución del federalismo así como de las diversas funciones que pueden cumplir órganos como los que dan cita a los jefes de Gobierno, en los que puede lograrse que los Estados miembros coordinen sus intereses comunes pero en los que también puede originarse, en el marco de la cooperación con el Gobierno federal, confusión en el plano de la distribución competencial y, con ello, la dilución de las responsabilidades que corresponderían en principio a cada ente. Ello redundaría en menores posibilidades de control y puede ir en detrimento de la legitimidad del sistema. Todas estas cuestiones, que obviamente no niegan la utilidad de los órganos estudiados pero sí advierten de los posibles efectos disfuncionales, reaparecerán de distinto modo en cada uno de los artículos posteriores.

La misma reflexión sobre el federalismo como base previa para el estudio de las relaciones intergubernamentales y de los órganos correspondientes se halla en el artículo de la profesora DesRosiers, que enuncia las diferentes formas de entender el federalismo en Canadá como contexto necesario para explicar después cuál puede ser el funcionamiento futuro del Consejo de la Federación, de reciente creación (2003). Dicho consejo reúne a los primeros ministros de las diez provincias y de los tres territorios canadienses con la finalidad (ciertamente no sencilla) de facilitar, en la medida de lo posible, su coordinación en asuntos que luego tendrán que tratar con el Gobierno federal. De esta manera, se quiere contribuir a superar, o cuando menos a complementar, la tradicional dinámica de bilateralidad entre provincia (o territorio) y Estado.

También hallamos el mismo esfuerzo de reflexión sobre el federalismo en el artículo del profesor Tajadura en torno a la Conferencia de Presidentes española, que entiende debiera servir para abordar el debate sobre la posible reforma constitucional y las actuales reformas estatutarias, al tiempo que considera que está llamada a ser un mecanismo útil para avanzar en la línea y en las ventajas del federalismo cooperativo. Ventajas de éste que, ciertamente, resulta útil confrontar o, por decirlo de otro modo, complementar con la advertencia contenida en el artículo del profesor Arbós acerca de la frecuente posición desigual de quienes cooperan, en nuestro caso

Estado y Comunidades Autónomas, con las consecuencias que ello arroja en la práctica y las posibles dificultades para éstas de rechazar una financiación adicional ofrecida por el Estado en determinados ámbitos en los que a priori éste tiene poca o ninguna competencia, por más que aceptar esa financiación suponga para esas comunidades renunciar en parte a espacios competenciales propios. Igualmente, se encontrará dicha reflexión sobre el federalismo actual en el estudio del profesor Schmitt sobre la Conferencia de Gobiernos cantonales, existente desde 1993, y que vino a dar un elemento de institucionalización a las relaciones intergubernamentales en Suiza, tradicionalmente intensas pero poco formalizadas.

Más allá de las mencionadas consideraciones sobre el federalismo actual en los sistemas donde ha de incardinarse cada uno de los órganos, del estudio en detalle y comparado de los mismos surgen elementos de interés de cara al análisis de nuestra Conferencia de Presidentes. Por ejemplo, es un elemento común a los órganos canadiense y suizo su elevado grado de regulación, organización interna, etc., y su funcionamiento con estructuras y reglas permanentes. Ello se da en un grado algo menor en el caso alemán, como muestra el artículo del profesor Hartwig al analizar la Conferencia de Ministros-Presidentes, pero también existe. Contrasta todo ello con la situación de la Conferencia de Presidentes española, cuya falta de estructuras estables de apoyo y de regulación no parece que vaya a cambiar a corto plazo. El artículo del profesor Tajadura, en cualquier caso, aporta un excelente análisis acompañado de propuestas concretas acerca de cómo debiera avanzarse en estos aspectos esenciales, dotando además a la conferencia de una doble configuración que permitiera tanto la cooperación vertical, ya lograda, como la horizontal entre los presidentes de Gobierno autonómicos. De esta manera se cubriría una carencia que, como se dijo al inicio de estas páginas, nuestro sistema arrastra todavía hoy de modo, a estas alturas, ya inexplicable.

Otro elemento a destacar que arroja el análisis comparado es el de que es común a todos los casos examinados la falta de previsión constitucional expresa de estos órganos y aun el funcionamiento de algunos con base en meros acuerdos; es de interés contrastar los argumentos a favor y en contra de que estas conferencias tengan una base y una regulación constitucional (y las alternativas) en los artículos de los profesores Arbós, Hartwig y Tajadura.

Todas las consideraciones anteriores podrían reconducirse, en fin, a una sola: la del evidente interés que los temas abordados en este libro tienen

para los estudiosos del Derecho Público; y ello en mayor medida, además, teniendo en cuenta el momento por el que atraviesa nuestro sistema. Las expectativas que el Institut puso en este seminario, pues, se han visto plenamente colmadas como el lector podrá apreciar con la lectura de las páginas que siguen.

MIGUEL ÁNGEL CABELLOS ESPIÉRREZ
Responsable del Área de Investigación (IEA)
Barcelona, 23 de octubre de 2006

FEDERALISMO Y RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES

XAVIER ARBÓS MARÍN

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Girona*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las conferencias intergubernamentales. 3. Problemas constitucionales. a) La falta de regulación constitucional explícita. b) La erosión de la titularidad de las competencias y de la responsabilidad política. 4. Experiencias. 5. Oportunidades

1 • Introducción

Según una definición clásica, los sistemas federales se caracterizan por combinar autogobierno y gobierno compartido.¹ Así pues, hablar de «Federalismo y relaciones intergubernamentales» puede resultar reiterativo ya que la existencia de relaciones intergubernamentales es condición necesaria para que pueda existir un gobierno compartido. No hay federalismo sin relaciones intergubernamentales; es más, lo que caracteriza al federalismo de nuestros días es la fuerza de las relaciones intergubernamentales. Lo vamos a ver en las experiencias extranjeras que aquí se presentan, de las que en España podemos aprender.

Sin embargo, lo que para muchos puede parecer una obviedad, para algunos es casi una contradicción, porque creen que cuanto más gobierno se comparte, menos autogobierno queda. Considerarían más adecuado, quizá, titular «Federalismo o relaciones intergubernamentales». En esta disyuntiva se expresaría un reproche a la evolución dominante de los sistemas federales, concretada en lo que conocemos como «federalismo cooperativo», y podemos imaginar sin mucho esfuerzo el sentido de esa crítica.

La expansión del gobierno compartido ha borrado, de hecho, la línea de defensa de las competencias exclusivas trazada por el derecho y ha redu-

1 Daniel J. ELAZAR: *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, The University of Alabama Press, 1987, pág. 12. Existe una traducción al castellano: *Exploración del federalismo*, Barcelona, Hacer, 1990.

cido el ámbito del autogobierno. En cuanto al gobierno compartido, hay desequilibrio entre quienes participan en el proceso de toma de decisiones. El gobierno federal tiene mayor capacidad de influencia y puede presentar ofertas difíciles de rechazar. En los territorios en los que el autogobierno no es un valor importante para los electores, sus autoridades tienen pocos incentivos para enfrentarse al gobierno federal. Tal vez habrá mayor resistencia allí donde el autogobierno representa una identidad colectiva fuertemente sentida por sus habitantes. En esas condiciones, la prestación de un servicio más a costa de una competencia menos puede ser un mal negocio político. Eso explica el interés por disponer de capacidad de veto o, al menos, de fórmulas de autoexclusión compensada (*opting-out*).

Existen otras opciones que se pueden encontrar precisamente en instituciones como las que vamos a estudiar aquí. Aunque hay desequilibrio entre los actores de las relaciones intergubernamentales, las instituciones creadas para ser su sede ofrecen el marco idóneo para encontrar alianzas y crear contrapesos. Tanto más, sobre todo, cuando están formadas únicamente por representantes de los estados federados. En cualquier caso, y al margen de que se consideren útiles para restaurar la dimensión de autogobierno en los sistemas federales, son una realidad insoslayable de un gran interés. Una realidad que nos gustaría examinar desde dos perspectivas normativas, como se puede deducir del uso, en nuestro título, de un concepto con tantas connotaciones como es el de «federalismo». La realidad política incluye tanto los comportamientos como los principios que las inspiran y las reglas que son su pauta y límite, y en los estudios federales se viene aceptando sin demasiada controversia la necesidad de comprender el fenómeno en sus distintas dimensiones.²

La primera perspectiva se refiere al mundo de las normas jurídicas, porque las instituciones que examinaremos pueden encajar mal con las previsiones constitucionales de separación y control del poder. Esa dimensión es trascendental si tenemos en cuenta que los sistemas federales se basan en una constitución normativa. También lo es teniendo en cuenta que su éxito originario se explica allí donde conecta con valores sociales que ensalzan el respeto al cumplimiento de las normas: «El federalismo, finalmente, significa legalismo: el predominio del poder judicial en la Constitución y la pre-

2 Preston KING: *Federalism and Federation*, Londres, Croom Helm, 1982, págs. 9-15, para una discusión clásica entre teoría empírica y normativa.

valencia entre el pueblo del espíritu de legalidad».³ Y, por otra parte, el análisis contemporáneo desde la óptica de las políticas públicas constata la existencia de un «federalismo regulador».⁴ Las reglas son una condición de existencia de los sistemas federales y su producto, de manera que parece fuera de discusión la relevancia de determinar quién puede dictarlas.

La segunda perspectiva normativa es más política que jurídica, aunque en la realidad lo constitucional forme parte inseparable del federalismo.⁵ Tiene que ver con cuestiones fundamentales, con las aspiraciones que algunos tratan de concretar en el federalismo: poder y reconocimiento. Si en la dinámica de las relaciones intergubernamentales se difumina la garantía de las competencias exclusivas y se diluye la identidad colectiva, resulta que actores que impulsan el federalismo van a desconfiar de su manifestación contemporánea. Eso no será un problema allí donde el federalismo represente una mera fórmula de gestión sin connotaciones ideológicas. Puede serlo si en las relaciones intergubernamentales se pierde lo que se espera del federalismo. En cualquier sistema político se obtiene legitimidad por una acción de gobierno eficaz en la que se respetan los derechos individua-

3 «Federalism, lastly, means legalism —the predominance of the judiciary in the constitution—the prevalence of a spirit of legality among the people», A. V. DICEY: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, Liberty Fund, 1908 (reimpresión de la 8ª edición, 1982), pág. 100, véase también pág. 103.

4 Giandomenico MAJONE: «From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance», *Journal of Public Policy*, 1997, Vol. 17, núm. 2, págs. 139-167 (pág. 149); Les METCALFE: «Federalismo flexible», *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 7-8, Septiembre, 1996 - Abril, 1997, págs. 45-59 (pág. 47); Daniel R. KELEMEN: *The Rules of Federalism. Institutions and Regulatory Politics in the EU and Beyond*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2004, págs. 1-3. Para John KINCAID: «State-Federal Relations: Federal Dollars Down, Federal Power Up», en Council of State Governments, *The Book of States*, Lexington, KY, Council of State Governments, 2006, págs. 19-25 (pág.19). *Regulatory federalism* es sinónimo de *coercive federalism*.

5 William H. RIKER: «Thus federalism is a constitutionally determined tier-structure. If its constitutional feature is ignored, then is merely some particular arrangement for decentralization. Unfortunately, in recent years students of policy (especially economists) have so treated it, thereby overlooking the whole point of federalism; namely that the tiered structure cannot be arbitrarily revised», en su «*Federalism*», de Robert E. GOODIN y Philip PETIT (eds.): *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Oxford, Blackwell, 1993, págs. 508-514 (pág. 509). Thomas D. DYE critica la indiferencia de la ciencia política estadounidense hacia la teoría del federalismo en «*Liberty, Markets and Federalism*», en Donald RACHETER y Richard WAGNER (eds.): *Federalist, Government in Theory and Practice*, Boston, Kluwer, 2001, págs. 1-18 (pág. 4): «American political science has done very little to nourish the theory of federalism. If American federalism has fallen in hard times, it is not only a result of the centralization of power in the national government, but also a result of the failure of contemporary scholarship to assess the value of federalism.»

les y se satisfacen necesidades básicas de la existencia. En una organización política que se pretenda federal, además, es necesario considerar el grado en el que se cumplen los objetivos de alcance colectivo, como son el autogobierno y el mantenimiento de la identidad del grupo. Y, para ello, hay que mantener la coherencia entre los principios proclamados y los procedimientos seguidos en la toma de decisiones.⁶

De todas maneras, cualquier elucubración acerca de las expectativas políticas se topa con la realidad insoslayable de las relaciones intergubernamentales. Como se sabe, su historia en el federalismo nace en los Estados Unidos, en los años treinta del pasado siglo, en el marco de lo que se conoce como «federalismo cooperativo». La XVI enmienda, que entró en vigor en 1913, puso en manos del Congreso la facultad de recaudar impuestos sin condicionar su asignación a la estructura federal. El gobierno federal veía así la posibilidad de obtener recursos cuyo destino podía decidir, aunque no conseguir: topaba con la distribución de competencias. Cuando la crisis económica de 1929 sacudió los cimientos del capitalismo, las políticas federales trataron de paliar sus efectos. Sin embargo, para realizarse debían contar con la colaboración de las administraciones de los estados y se inició la práctica que hoy conocemos como «relaciones intergubernamentales».

Esa práctica tuvo, a su vez, un efecto en la teoría política. Se habló del advenimiento de un «nuevo federalismo» que había que entender dejando de lado los elementos jurídicos del estado federal. Esa disociación entre ciencia política y derecho constitucional, que podemos lamentar desde el punto de vista epistemológico, resulta comprensible si la situamos en la historia. La tendencia nace en Estados Unidos y podemos buscar algunos momentos significativos. En el año 1933, el Congreso aprueba uno de los instrumentos esenciales para desarrollar el *New Deal*: la *National Recovery Act* (NRA) que autoriza la fijación de precios y salarios, y en ese mismo año se crea el *Council of State Governments*. La NRA fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo mediante la sentencia *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U. S. 495 (1935). La tendencia jurisprudencial general fue corregida por *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937),

6 Thomas O. HUEGLIN: «*Legitimacy, Democracy and Federalism*», en Herman BAKVIS y William CHANDLER, eds.: *Federalism and the Role of the State*, Toronto, University of Toronto Press, 1987, págs. 33-54 (pág. 35), y «*Compound Federal Democracy*», en Peter BUSSIÄGER, Peter y Anna GAMPER, eds.: *The Homogeneity of Democracy, Rights and the Rule of Law in Federal or Confederal Systems*, Viena, Wilhelm Braumüller, 2003, págs. 111-123 (pág. 111).

y en ese mismo año *Carmichael v. Southern Coal & Coke Co.*, 301 U. S. 495 (1937) declaraba la constitucionalidad del seguro de desempleo de Alabama. Entre otros, rechazaba el argumento de que la legislación estatal se había emitido bajo la coerción de la normativa federal de Seguridad Social. Así se despejaban las objeciones constitucionales al desarrollo de políticas concertadas entre la federación y los estados.

En ese momento fundacional del federalismo cooperativo, se llegó incluso a difundir una «Declaración de interdependencia».⁷ Ese documento, que hoy parece casi blasfemo para algunos radicales en Internet, busca deliberadamente una referencia formal a la Declaración de Independencia para solemnizar un giro histórico. Destaca que se suscribe por representantes de los estados, del gobierno federal y de los gobiernos locales, que desean dar nueva vida al proyecto de formar «una unión más perfecta». Para ello, en su momento se pretendió que los estados, «creando la nación, debían también mantener sus propias soberanías». Sin embargo, en el momento en el que se firmaba la declaración, «para que prevalezca la demanda en favor de los derechos de los estados, tiene que justificarse demostrando su capacidad».⁸ Ahí se manifiesta un elemento crucial: la legitimidad de los derechos de los estados, de sus competencias exclusivas, se justifica sólo si están en condiciones de llevar a cabo las políticas que se consideran necesarias; así, la participación en la formulación de esas políticas se convierte en fundamental. Por otro lado, la legitimidad derivada de la Constitución sirve de poco o nada en lo que se empieza a llamar el «nuevo federalismo», a partir de la obra de de Jane Perry Clark *The Rise of a New Federalism. Federal-State Cooperation in the United States*.⁹

7 Council of state governments: «The Declaration of Interdependence of the Governments within The United States of America», *The Book of States*, Chicago, The Council of State Governments, 1937, págs. 3-4. Agradezco a John Kincaid la posibilidad de acceder al documento.

8 «Now, for the first time since that memorable day when the form of our Constitution was determined, official delegates of the states are gathered together with representatives of their central government and with representatives of their local governments, as good neighbours, seeking to revive the original purpose? “to form a more perfect union.” It was meant that the states, while creating a nation, should yet preserve their own sovereignties and a maximum of self-government. But now if the claim of states’ rights is to prevail, it must be justified by a demonstration of states’ competence.» COUNCIL, ob. cit., pág. 3.

9 Jane Perry CLARK: *The Rise of a New Federalism. Federal-State Cooperation in the United States*, Nueva York, Columbia University Press, 1938. De la misma época, Frank R. STRONG: «Cooperative Federalism», *Iowa Law Review*, Vol. XXIII, núm. 4, 1938, págs. 459-518, «... the new federalism offers much of the advantage of unified enforcement that is available in a government of centralization.» (pág. 517).

En ese nuevo federalismo empezaron a desarrollarse las relaciones intergubernamentales que hoy son una práctica común en los estados compuestos. Presentan muchos puntos de interés: desde la forma de los acuerdos adoptados y su valor jurídico hasta las instituciones en las que se preparan o adoptan. En este trabajo nos queremos concentrar en la estructura institucional de las relaciones intergubernamentales. Vamos a ver cómo se concreta en países ajenos al régimen presidencialista de los Estados Unidos y que comparten, en mayor o menor medida, la distribución territorial del poder. Canadá, Alemania, Suiza y España tienen perfiles comparables por cultura política, en la que los sistemas de partidos tienen un peso innegable, al igual que sus cámaras representativas. También comparten una cierta tradición de estado asistencial, que favorece el desarrollo de políticas públicas que interfieren el funcionamiento del mercado. Antes, sin embargo, hay que intentar trazar algunos rasgos comunes de esas instituciones. Más adelante nos referiremos a los problemas que su existencia puede plantear a la estructura constitucional típica del estado federal. A modo de conclusión, y tras una reflexión esencialmente crítica, esbozaremos algunas de las oportunidades que para el constitucionalismo de los textos y de los juristas puede comportar el estudio de las relaciones intergubernamentales.

2 · Las conferencias intergubernamentales

A efectos de la exposición, y de modo genérico, llamaremos conferencias a las instituciones en las que se reúnen los máximos responsables de los gobiernos de los estados federados y, en algunos casos, el jefe del gobierno federal. Es cierto que en varios de los ejemplos que se estudiarán el nombre que recibe la institución es diferente, pero hay que optar por un término general. En castellano, siguiendo el diccionario de la RAE, la palabra «consejo» se refiere a órganos colegiados que, o bien tienen carácter consultivo o gestionan una administración pública. «Conferencia», en cambio, significa simplemente «reunión de representantes de gobiernos para tratar asuntos de su competencia». Las conferencias intergubernamentales no son órganos ni de la federación ni de los estados, y carecen de competencias propias derivadas de la distribución que realiza la constitución federal. En este sentido, puede ponerse en duda la regularidad jurídica de los acuerdos que adopten, como veremos más adelante. Sin embargo, también hay que destacar un rasgo de esas conferencias: al estar formadas por eje-

cutivos, cabe presumir que se dan óptimas condiciones para la eficacia de los acuerdos que en ellas se adopten.

La existencia misma de conferencias como las que vamos a analizar parece sugerir una limitación del constitucionalismo federal. Sabemos que el federalismo, en su modelo más clásico, prevé la participación de los estados miembros en la formación de la voluntad federal. De esta manera, los estados federados participan en la elaboración de las leyes federales mediante su representación en la segunda cámara del órgano legislativo federal. Si nos fijáramos sólo en la legislación, el Senado federal clásico sería un ejemplo bastante claro; recordemos que la Constitución de los Estados Unidos configuraba un Senado cuyos miembros eran elegidos por las asambleas legislativas de los estados. La segunda cámara, así, podía cumplir una tarea como la que James Madison había previsto en el número 62 de los *Federalist Papers*. Tal modelo de Senado «es recomendable por una doble ventaja: favorece que los nombramientos recaigan en personas selectas y, por otra parte, otorga a los gobiernos de los estados la posibilidad de influir en la formación del gobierno federal, de tal modo que se afirme la autoridad de aquéllos y pueda formarse un vínculo conveniente entre los dos sistemas».¹⁰

La enmienda XVII, de 1913, modificó esa fórmula y estableció la elección de los senadores por sufragio directo. El Senado originario nos queda como ejemplo posible de estructura que incide en la formación de órganos federales y que puede, además, intermediar entre el nivel federal y el de los estados; no hay que olvidar que el vicepresidente de los Estados Unidos es el presidente del Senado. Si el estado federal es un «estado de estados», incluye un órgano que es el «legislativo de los legislativos». Ahora bien, es obvio que las relaciones intergubernamentales se refieren a un ámbito distinto del de la legislación. Tratan del «gobierno» en el área que en nuestra terminología asociamos con el poder ejecutivo, para el que no encontramos el equivalente de un Senado. No hay un «ejecutivo de ejecutivos» en el modelo federal y, por eso, las instituciones de las relaciones intergubernamentales carecen de una conexión clara con la estructura del estado compuesto.

¹⁰ «It is recommended by the double advantage of favoring a select appointment, and of giving to the State governments such an agency in the formation of the federal government as must secure the authority of the former, and may form a convenient link between the two systems.» (Madison) Alexander HAMILTON, James MADISON, John JAY: *The Federalist Papers*, Nueva York, The Mentor Books, 1961, [1788], pág. 377.

No fueron previstas por el constitucionalismo, que sentó unas bases de organización del poder pensadas para un mundo en el que los poderes públicos asumían pocas responsabilidades. Tampoco se planteaban las demandas que nacen con la sociedad industrial y sus conflictos, a los que debió hacer frente el ejecutivo en primer lugar. Así, para poder desarrollar medidas paliativas de la crisis de 1929, se iniciaron las relaciones intergubernamentales. Desde el primer tercio del siglo xx, la posición del ejecutivo se ha ido reforzando; baste recordar su iniciativa en materia presupuestaria y cómo, incluso en los regímenes parlamentarios, las elecciones legislativas se desarrollan como si se tratara de elegir al jefe de gobierno. Y no es una interpretación completamente equivocada, habida cuenta de la subordinación habitual del grupo parlamentario al jefe del ejecutivo para desarrollar, en lo posible, el programa electoral del partido al que pertenecen. Es el modelo conocido como «monarquía republicana» que presentó Duverger¹¹ con notable fuerza expresiva.

En un régimen parlamentario, por otra parte, el jefe de gobierno en un régimen cuenta con el apoyo de la mayoría de la cámara gracias a la disciplina de partido. Así, en el modelo parlamentario resulta muy difícil que pueda cumplirse lo que fue la razón de su origen: el control del ejecutivo. Cuando el estado es además federal, la segunda cámara acaba con un papel subordinado¹² o, si tiene mayoría política de signo distinto a la cámara baja, como una institución que tiende a bloquear el sistema; el caso de Alemania puede constituir un buen ejemplo.

El peso de las relaciones intergubernamentales, pues, no lo cargan las instituciones parlamentarias. Lo hacen los gobiernos, que deciden, y lo característico de las relaciones intergubernamentales es que propician un proceso de concertación de decisiones. En nuestro trabajo estamos interesados en las relaciones intergubernamentales que se desarrollan en el nivel más alto de cada uno de los ámbitos de decisión; es decir, entre jefes de gobierno. No tienen la misma relevancia, como es natural, las conferencias sectoriales que reúnen cargos de rango inferior.

¹¹ Maurice DUVERGER: *La Monarchie républicaine*, París, Robert Laffont, 1974.

¹² Juan G. COTARELO: «Sobre la incompatibilidad entre federalismo y parlamentarismo», *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, Vol. 8, 1998, págs. 157-185; también Robert BOWIE y Carl J. FRIEDRICH: *Études sur le fédéralisme. Première Partie*, París: Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence, 1960, pág. 124. Este trabajo, por otra parte, recomienda, para una hipotética Europa unida, un ejecutivo de tipo colegial «subordonné à l'assemblée représentative d'après les termes formels de la loi, mais en pratique capable de la guider et de la diriger» (pág. 146).

A la vista de las experiencias concretas, podemos observar dos pautas distintas: un modelo engloba solamente a los ejecutivos de los estados federados y otro además incluye al ejecutivo de la federación. En la estructura de un estado federal, el sentido de su actuación puede ser muy diferente. Las relaciones intergubernamentales vienen a ser el signo del federalismo cooperativo; son imprescindibles para que pueda plantearse el ejercicio conjunto de competencias o el de competencias compartidas.

Con argumentos que no vamos a ponderar ahora, el federalismo cooperativo ha sido considerado por un sector de la doctrina un modelo centralizador que impide a los estados miembros un pleno ejercicio de sus competencias. Pues bien, si se articula un organismo formado sólo por jefes de gobierno de los estados federados, ese tipo de institución puede operar como contrapeso político de los órganos federales. Por esta razón, es importante analizar, caso por caso, si las conferencias intergubernamentales contribuyen a difuminar la distribución territorial del poder o si, por el contrario, son un instrumento de defensa mancomunada de los intereses de los estados miembros. Esta segunda posibilidad es interesante si consideramos que en los Estados Unidos el federalismo cooperativo parece dejar paso a una fórmula (¿más?) centralizadora: el «federalismo coercitivo». La «coerción» se manifiesta en una serie de características que varían según el autor que las presente, pero que pueden resumirse en la ausencia de negociación inherente al federalismo cooperativo, acompañada de la imposición de políticas públicas por parte del gobierno federal, a las que no se adjunta la correspondiente financiación.¹³

3 • Problemas constitucionales

En la literatura sobre federalismo es tradicional insistir en las limitaciones que comporta un enfoque estrictamente jurídico. Se destaca la cul-

¹³ John KINCAID: «From Cooperative to Coercive Federalism», *Annals. American Academy of Political Science*, núm. 509, 1990, págs. 139-152, y «From Dual to Coercive Federalism in American Intergovernmental Relations», en Jong S. JUN y Deil S. WRIGHT: *Globalization and Decentralization: Institutional Contexts, Policy Issues, and Intergovernmental Relations in Japan and the United States*, Washington, D. C., Georgetown University Press, 1996, págs. 29-45 (págs. 41-44); también Joseph F. ZIMMERMAN: «National-State Relations: Cooperative Federalism in the Twentieth Century», *Publius: The Journal of Federalism*, Vol. 31, núm. 2, 2001, págs. 15-30 (pág. 27). También Michael C. TOLLEY y Bruce A. WALLIN: «Coercive Federalism and the Search for Constitutional Limits», *Publius, The Journal of Federalism*, Vol. 25, núm. 4, 1995, págs. 73-90.

tura política de la sociedad como factor de éxito del federalismo.¹⁴ Hay que considerar, por otra parte, que para un sector importante de la ciencia política el estudio del derecho es irrelevante para comprender el «proceso de gobierno».¹⁵ Algunos estudios sobre federalismo manifiestan una notable displicencia acerca de las cuestiones jurídicas en general y constitucionales en particular. De entre ellos, merece la pena mencionar la obra de Michael Reagan y John Sanzone *The New Federalism*.¹⁶ En este libro, se declaraba obsoleta la idea de la distribución de competencias y del análisis jurídico del federalismo, y tuvo un éxito tan notable como sorprendente entre distinguidos iuspublicistas españoles, que lo presentaron como el *non plus ultra* de los estudios federales.

En las ciencias sociales, con todo, las profecías tienen un valor relativo. Sin entrar ahora en consideraciones que ya hemos hecho en otro lugar,¹⁷ el federalismo y las relaciones intergubernamentales han evolucionado en

14 Ivo D. DUCHACEK: «Comparative Federalism: An Agenda for Additional Research», en Daniel, J. ELAZAR, (ed.): *Constitutional Design and Power-Sharing in the Post-Modern Epoch*, Lanham, University Press of America/The Jerusalem Center for Public Affairs, 1991, págs. 23-40 (págs. 27-28). También es de interés William S. LIVINGSTON: «A Note on the Nature of Federalism», *Political Science Quarterly*, Vol. 67, núm. 1, 1952, págs. 81-95.

15 Arthur F. BENTLEY: *The Process of Government. A Study in Social Pressures*, New Brunswick, N. J., Transaction, 1995 [1908], págs.179: «The raw material of government cannot be found in the lawbooks. These merely state the method by which certain participants proceed, or they claim they proceed. In their part of their work.»

16 Michael REGAN y John SANZONE: *The New Federalism*, Nueva York/Oxford, Oxford University Press, 1981 (2ª edición; 1ª. edición, 1972), quienes comienzan el primer capítulo de su libro así: «Federalism —old style— is dead. Yet federalism —new style— is alive and well and living in the United States. Its name is *intergovernmental relations*. Old-style federalism is a legal concept, emphasizing a constitutional division of authority and functions between a national government and state governments, with both levels having received their powers independently of each other from a third source —the people. New-style federalism is a political and pragmatic concept, stressing the actual interdependence and sharing of functions between Washington and the states and focusing the leverage that each actor is able to exert on the other.» (pág. 3). Lo cita elogiosamente Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA: «Estudio preliminar» en Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA (dir.): *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1980, págs. 13-32 (pág. 26). Este maestro del derecho público era en aquellos años un ferviente defensor de la distinción entre derecho constitucional y ciencia política, como manifiesta en su «Prólogo» a *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, págs. 19-34 (pág. 26) Hay que advertir de que el certificado de defunción del «Viejo federalismo» ya lo había extendido en 1938 F.R. STRONG: «Cooperative Federalism», pág. 516.

17 Xavier ARBÓS MARIN: «Doctrinas constitucionales y federalismo en España», *Working Papers. Institut de Ciències Polítiques i Socials*, núm. 245, 2006.

Estados Unidos y en el mundo, contando con los límites de los ordenamientos constitucionales y de sus intérpretes supremos. Lo decía de modo muy rotundo el Tribunal Supremo de Australia en 1999, en el caso *Re Wakim; Ex parte McNally*. Un acuerdo entre la federación (*Commonwealth*) y los estados para armonizar la normativa de sociedades anónimas había llevado a éstos a legislar para otorgar jurisdicción en esa materia al Tribunal Federal. Para defender la constitucionalidad de la decisión, se invocó en el proceso el federalismo cooperativo y eso no gustó nada al Tribunal Supremo. Tras preguntarse de modo retórico cómo podía un parlamento estatal dotar de jurisdicción a un tribunal federal, dice el Tribunal Supremo australiano: «“Federalismo cooperativo” es la respuesta que dan las partes y los intervinientes que apoyan la validez de la legislación. Pero “federalismo cooperativo” no es un término constitucional. Es un eslogan político, no un criterio constitucional de validez o competencia. Registra la consecuencia a la que se llega como resultado de que un estado y la federación legislen *en el marco de las competencias* que les han sido conferidas por la Constitución.»¹⁸

Los problemas constitucionales no son sólo problemas jurídicos. Allí donde se pretende que el proceso político esté sometido al imperio del derecho, los problemas constitucionales son problemas políticos. En los sistemas federales, los problemas constitucionales son problemas políticos de estructura y no simplemente de la dinámica política que puedan ser subsanados a base de buena voluntad. Por esta razón, hay que atender a los problemas que se derivan de los silencios constitucionales y a los que resultan del grado de incumplimiento de algunos principios del constitucionalismo democrático.

a) La falta de regulación constitucional explícita

La relación de las constituciones con el poder presenta múltiples perfiles. Como mínimo, aspiran a controlarlo, para lo que se establecen límites a su ejercicio. Éste es el sentido de las declaraciones de derechos, y cabe

¹⁸ «Co-operative federalism is the chief answer given by the parties and the interveners supporting the validity of the legislation. But co-operative federalism is not a constitutional term. It is a political slogan, not a criterion of constitutional validity or power. It records a result reached as the result of a State and the Commonwealth legislating *within the powers* conferred on them by the Constitution.» En el párrafo 54 de *Re Wakim; Ex parte McNally* [1999] HCA 27, subrayado de la sentencia. Consulta del 25/08/2006 en http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/1999/27.html

decir lo mismo de la separación de poderes. Pesos y contrapesos (*checks and balances*) que, combinados con la distribución territorial del poder inherente al federalismo, ofrecen una buena fórmula para garantizar la libertad.

Volviendo a los clásicos, recordemos lo que decía el número 51 de los *Federalist Papers*: «En una república unitaria, todo el poder entregado por el pueblo se somete a la administración de un gobierno único y las usurpaciones se previenen mediante la división del gobierno en departamentos separados y distintos. En la república compuesta de América, el poder entregado por el pueblo se divide, primero, en dos gobiernos diferentes. Luego, la porción otorgada a cada uno se subdivide entre departamentos separados y distintos. De ahí nace una doble seguridad para los derechos del pueblo. Los diferentes gobiernos se controlarán entre sí y, a la vez, cada uno de ellos se controlará por sí mismo.»¹⁹

Con el «nuevo federalismo» los gobiernos colaboran entre sí, lo que no se había previsto por el ordenamiento constitucional, y es más difícil que se controlen mutuamente si la responsabilidad de la decisión se diluye. Además, se llega de hecho a la infracción del principio *Delegata potestas non potest delegari*, que el texto citado expresa y que se inspira en el párrafo 141 del *Ensayo sobre el gobierno civil*, de John Locke: «Sólo el pueblo puede determinar cuál ha de ser la forma de gobierno de la comunidad política, y eso lo hace al constituir el poder legislativo y señalar en qué manos debe estar. Y cuando el pueblo ha dicho: “Nos someteremos a las decisiones y a las normas hechas por tales hombres en tales formas”, ya nadie puede intentar imponer sus leyes a los demás; ni la comunidad queda vinculada por tales leyes, y sí únicamente por aquéllas establecidas por quienes esa comunidad ha autorizado y escogido para tal función.»²⁰

19 «In a single republic, all the power surrendered by the people is submitted to the administration of a single government; and the usurpations are guarded against by a division of the government into distinct and separate departments. In the compound republic of America, the power surrendered by the people is first divided between two distinct governments, and then the portion allotted to each subdivided among distinct and separate departments. Hence a double security arises to the rights of the people. The different governments will control each other, at the same time that each will be controlled by itself.» (Madison) A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY: *The Federalist Papers*, ob. cit., pág. 323.

20 «The People alone can appoint the Form of the Commonwealth, which is by Constituting the Legislative, and appointing in whose hands that shall be. And when the people have said, We will submit to rules, and be govern'd by *Laws* made by such Men, and in such Forms, no Body else can say other Men shall make *Laws* for them; nor can the people be bound by any *Laws*, but such as are Enacted by those whom they have Chosen, and Authorized to make *Laws* for

De uso frecuente en el derecho público angloamericano, en la doctrina de Estados Unidos llega a considerarse un elemento esencial de la democracia deliberativa, en la medida en que, cuando se escamotea el debate público del proceso legislativo del Congreso pueden perjudicarse los intereses de los estados.²¹

En el fondo del constitucionalismo democrático hay algo más que gobierno por consentimiento; se impone el gobierno cuyo ejercicio del poder pueda imputarse a la voluntad popular de ciudadanos libres e iguales. La constitución hace más que limitar el poder; lo dirige, con la legitimidad hipotética que deriva del poder constituyente atribuido a la soberanía popular. En este sentido, se comprende la suspicacia que despierta cualquier actuación *praeter legem*. Por mencionar, a título de ejemplo, la cuestión de los reglamentos independientes, recurrente en nuestro derecho público, sabemos que el problema se sitúa no sólo en la falta de habilitación legal. Además, esa carencia conlleva un déficit de legitimidad al no existir conexión entre una norma y la voluntad popular, ni siquiera de modo indirecto. Aun así, el perfil reglamentario tiene su lugar en la jerarquía normativa. En cambio, en lo que se refiere a los acuerdos adoptados en las conferencias intergubernamentales, no existe una idea generalmente aceptada acerca del rango normativo de las decisiones que se toman.²²

El silencio constitucional en este punto es un rasgo bastante frecuente y poco tranquilizador. Admitamos que el proceso político tiene sus propias exigencias, incluso que la consecución de acuerdos se dificulta a partir de un determinado grado de formalización. Se negocia mal bajo los focos, porque frente al público los actores políticos se sienten obligados a representar su papel y a dar a sus manifestaciones el correspondiente énfasis parti-

them.» John LOCKE: «The Second Treatise on Civil Government», en *Two Treatises on Government*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988 [1698], págs. 362-363. El principio «Delegata potestas non potest delegari» se considera inspirado en el Digesto 1.21.5: «Mandatam sibi iurisdictionem mandare alteri non posse manifestum est» (Paulus libro 18 ad Plautium).

21 Cass R. SUNSTEIN: *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, pág. 148. El argumento de Sunstein se refiere a la atribución de poderes normativos del Congreso a autoridades reguladoras independientes, pero creemos que puede ser de aplicación.

22 Véase María Jesús GARCÍA MORALES: *Convenios de colaboración en los sistemas federales europeos. Estudio comparativo de Alemania, Suiza, Austria y Bélgica*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, págs. 139-144, e Ignacio GONZÁLEZ GARCÍA: *Convenios de cooperación entre Comunidades Autónomas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, págs. 92-100.

disto o territorial; éste con alcance general o regional según proceda. Pero, cuando llega el momento de dar expresión jurídica a los acuerdos a los que llegan, nos encontramos con la confirmación de la tendencia de la huída del derecho público. En España, muchos convenios entre el estado y una comunidad autónoma se inician de modo protocolario con la fórmula «Ambas partes se reconocen capacidad...», de tono típicamente privado. La anécdota, que puede ser banal y local, tiene sentido como ejemplo de una de las características del federalismo postmoderno como es la transición de la obligación al contrato.²³ Un contrato que no tiene la función clásica de establecer el orden social ni se corresponde con el pacto sagrado (*covenant*) que según Elazar está en la base de la idea federal.²⁴ Las relaciones intergubernamentales, símbolo del federalismo actual, se manifiestan en contratos de objeto limitado, fruto de la autonomía de la voluntad. Mientras, la constitución que la hace posible queda en un segundo plano, como una incómoda antigualla.

b) La erosión de la titularidad de las competencias y de la responsabilidad política

Los estados federales tienen constituciones escritas en las que se explica la división territorial del poder. Su carácter normativo, además, tiene un carácter instrumental en relación con el equilibrio del poder y su distribución.²⁵ La historia nos muestra cómo cabe dejar fuera de las constituciones federales las declaraciones de derechos, pero no es posible prescindir de reglas sobre la titularidad de las competencias. No hay constituciones

²³ Gianfranco MORRA: «Federalismo e posmodernità», en P. PICCONE; R. D'AMICO; G.L. ULMEN: *La rivoluzione federalista*, Roma, Settimo Sigillo, 1995, págs. 111-132 (págs. 122-123). Véase también Jacques CHEVALLIER: *L'État post-moderne*, Paris, Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence, 2003, págs. 125-127.

²⁴ D. J. ELAZAR: *Exploring*, ob. cit., pág. 5.

²⁵ «A federal polity is necessarily a legal polity. Only a constitution which is the supreme law of the land can hold the whole and the parts to their appointed spheres. Also it is a polity requiring a separation or distribution of powers, since concentration of all governmental power anywhere not merely threatens the regime of balance, it cuts off the means of preserving the balance when it is disturbed.» ROSCOE POUND: «Law and Federal Government», en ROSCOE POUND; CHARLES McILWAIN; ROY F. NICHOLS: *Federalism as a Democratic Process*, Washington, D. C., Zenger, 1978 (Reimpresión de la edición original de New Brunswick, Nueva Jersey, Rutgers University Press, 1942), págs. 3-30 (pág. 29).

federales mudas en este asunto. A este respecto, y en lo que nos interesa, la existencia de las conferencias intergubernamentales tiene que ver con el ejercicio conjunto de competencias. En las conferencias se delibera y se adoptan acuerdos que afectan al orden competencial, fuera de los parlamentos, lo que comporta un problema de trascendencia constitucional.

Cada vez que se desvirtúan los términos de la regulación constitucional de las competencias, sus titulares se ven privados de facultades que jurídicamente les corresponden. Se dirá que, en las conferencias intergubernamentales, esas facultades no se pierden ya que son el punto de partida de la negociación política que entablan quienes son sus titulares. De ella resultan decisiones que llevan al ejercicio de las competencias, no a su desaparición; la prueba es que no son privados de las mismas quienes quedan en minoría en una votación: el acuerdo mayoritario no les vincula. Y, en último término, se recuerda que para los ciudadanos es más importante la eficacia en la prestación de los servicios que la titularidad de la competencia. Estas consideraciones son muy razonables, pero no eliminan, creemos, la objeción relativa a la legitimidad del proceso de adopción de decisiones. Para empezar, es difícil aislar la mera eficacia de otros factores de legitimidad, como el respeto al imperio de la ley.²⁶ Y, en el caso concreto de los Estados Unidos, la pérdida de confianza en el gobierno federal tiene que ver con el criterio de eficacia, pero también con el de proximidad, representatividad y responsabilidad en su relación con los ciudadanos.²⁷

Ya hemos aludido a la trascendencia del silencio constitucional en este punto, y conviene recordar que, si se diluye la titularidad de competencias, puede salir perjudicada la legitimidad global de un sistema de distribución territorial del poder. Para algunos, ésta puede ser un simple dato administrativo, pero para otros es una conquista política que hay que defender manteniendo en su integridad la titularidad de las competencias. Si la titularidad se va a diluir en las relaciones intergubernamentales, si las relaciones intergubernamentales van a desarrollarse con poca transparencia y escasa base constitucional, entonces no se puede esperar que un consenso unánime legitime las relaciones intergubernamentales. Ese problema puede aco-

²⁶ Bruce GILLEY: «The Determinants of State Legitimacy: Results for 72 Countries», *International Political Science Review*, vol. 27, núm. 1, 2006, págs. 47-71 (pág. 57).

²⁷ M. Kent JENNINGS: «Political Trust and the Roots of Devolution», en V. Braithwaite y M. Levi, eds.: *Trust and Governance*, Nueva York.; Russell, 1998, págs. 218-244 (pág. 232).

tarse en aquellos territorios de los estados compuestos en los que el autogobierno recibe una alta adhesión.

Hay, sin embargo, otro aspecto que tiene una dimensión general. El ordenamiento constitucional pretende establecer un sistema de equilibrios, pesos y contrapesos que limitan al poder. La falta de transparencia hurta a la opinión pública la posibilidad de control y hay una notable opacidad en el funcionamiento de alguna de las conferencias intergubernamentales cuya descripción veremos más adelante. La ausencia de un régimen constitucional claro de las relaciones intergubernamentales, cuando se institucionalizan, impide verificar si se sigue la lógica del ordenamiento y se cuenta con los correspondientes mecanismos de control.²⁸ En el caso de los sistemas parlamentarios, que parten de la confianza entre ejecutivo y legislativo, las conferencias intergubernamentales diluyen la responsabilidad al hacer más difícil la exigencia de rendición de cuentas (*accountability*). Para ese órgano que articula el ejercicio común de competencias no hay un órgano que pueda concertar la exigencia de responsabilidades de modo inmediato, sin diferir el control al proceso electoral.

La estructura de un sistema político democrático la da el derecho, y su dinámica depende del proceso político. Son dos planos distintos, pero no se puede ignorar el primero sin que se produzcan efectos en el segundo. En uno hablamos de la titularidad de una competencia, que en su reverso tiene la responsabilidad política. Las constituciones federales concretan la división territorial del poder en dos campos: el establecimiento de una lista de competencias y la atribución de las mismas a los órganos que vayan a ser sus titulares. Así, pretenden responder no sólo a las clásicas preguntas de ¿quién manda?, ¿cómo manda? y ¿para qué manda?; nos dicen también dónde se manda, desde el punto de vista territorial.

Las relaciones intergubernamentales parecen moverse entre dos aguas porque pertenecen a una parte del proceso político que no transcurre exac-

28 Cheryl SAUNDERS: «Accountability and Access in Intergovernmental Affairs: A Legal Perspective», *Papers on Federalism*, 2. *Intergovernmental Relations in Victoria Program*, Melbourne, Law School, University of Melbourne, 1984, págs. 10-12; Donald V. SMILEY: «An outsider's observations on federal-provincial relations among consenting adults», Richard SIMEON (ed.): *Confrontation and collaboration: Intergovernmental relations in Canada today*, Toronto: Institute of Public Administration of Canada, 1979, págs. 105-113 (págs. 105-106); Jennifer SMITH: *Federalism*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2004, epígrafe «The Impact of Executive Federalism on Democratic Participation» págs. 104-106. El libro forma parte de la serie «Canadian Democratic Audit».

tamente ni por el plano federal ni por el de los entes federados. En esa tierra de nadie, las reglas derivan de dos fuentes. Por una parte, los tribunales responsables de garantizar la supremacía de la Constitución invocan principios, a falta de preceptos que específicamente regulen ese ámbito. En países de tradición de *common law*, puede recurrirse a convenciones constitucionales, aunque no siempre se consideran jurídicamente obligatorias. Por otra parte, los propios actores políticos establecen sus propias reglas para la adopción de decisiones. La del consenso suele ser una norma frecuente, aunque conlleva el riesgo de conceder un derecho de veto que puede ser paralizador a la larga.²⁹ Incluso en el plano institucional y reglado, el federalismo puede caracterizarse como un sistema político en el que su funcionamiento reclama el acuerdo de muchos actores y, señaladamente, otorga un papel crucial a los tribunales.³⁰

En cualquier caso, las características de los actores políticos resultan fundamentales para que el sistema evolucione hacia la centralización o mantenga la distribución territorial del poder. Los gobiernos federales son normalmente los más poderosos y, en consecuencia, son el referente lógico de los grupos de presión que tratan de orientar las políticas públicas o mantener la capacidad de formularlas, como ocurre con la presión que ejercen algunos funcionarios. En el núcleo de las relaciones intergubernamentales, cuentan la agenda y las actitudes de sus protagonistas.³¹ Podrán ser más o menos cooperativas, y eso nos dirá cómo se han adoptado las decisiones. Pero el potencial conflictivo de éstas no depende exactamente de las actitudes, sino de decisiones políticas que planteen las discrepancias como problemas y que, eventualmente, las traduzcan en recursos jurisdiccionales. Y ahí los partidos políticos son cruciales en su concepción de la distribución territorial del poder.³² Pueden resolver internamente las discrepancias entre las direcciones federal y estatal, con lo que impiden que aflo-

29 Thomas DARNSTÄD: *La trampa del consenso*, Madrid, Trotta, 2005 [*Die Konsensfalle. Wie das Grundgesetz Reformen blockiert*, München, Verlags-Anstalt, 2004]; Fritz W. SCHARPE «The Joint-Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration», *Public Administration*, Vol. 66, 1988, págs. 239-278.

30 George TSEBELIS: *Veto Players. How Political Institutions Work*, Nueva York/Princeton Nueva Jersey: Russell Sage Foundation/Princeton University Press, 2002 (págs. 157-158).

31 John KINCAID: «Comparative Observations», en John KINCAID and G. Alan TARR (eds.): *Constitutional Origins, Structure and Change in Federal Countries*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2005, págs. 409-448 (pág. 433).

32 Samuel H. BAKER: «Why Executive Power Centralizes Government», *Public Finance Review*, Vol. 33, núm. 6, noviembre 2005, págs. 747-766 (pág. 763).

re una controversia entre gobiernos. No siempre lo consiguen, porque los gobiernos, aun siendo del mismo partido, suelen estar interesados en mantener sus atribuciones. Si no se manifiesta el conflicto, la cuestión de fondo pasa desapercibida y no se puede controlar lo invisible. Lógicamente, hay más posibilidades de que haya controversia entre partidos distintos que en el seno de un mismo partido. Las probabilidades aumentan más cuando uno de los partidos busca definirse en función de la distribución territorial del poder, ya sea con el énfasis en la centralización o poniéndolo en el autogobierno. Entonces, la defensa de las competencias puede convertirse en un signo definitorio de la identidad partidista y, por coherencia con él, llevará la reivindicación hasta el plano jurisdiccional si está legitimado para hacerlo.

4 · Experiencias

Hasta ahora, la reflexión ha buscado un plano general que parece el más idóneo para describir los perfiles del fenómeno de las relaciones intergubernamentales en su relación con el federalismo. Como es natural, hay que proyectarla también hacia las experiencias que nos aportan los autores de los diversos capítulos de esta obra. Todos tratan del mismo objeto, las conferencias de presidentes, en la medida en que en ellas se plasman las relaciones intergubernamentales en su máxima expresión política, con especial atención a algunos aspectos que parecen relevantes.

El primero es la composición, con un rasgo común que es la participación de los gobiernos de los estados federados. El encuentro de sus jefes de gobierno en un mismo foro crea las condiciones de un nuevo nivel político, cualitativamente distinto de los dos previstos por las estructuras constitucionales de los estados compuestos: federal y federado. Las relaciones intergubernamentales susceptibles de influir más en la distribución territorial del poder son aquellas en las que intervienen el gobierno federal y los gobiernos federados, pero tienen como condición previa que puedan darse en el plano horizontal. En los capítulos siguientes, el lector encontrará trabajos sobre la conferencia de los presidentes de los *länder* alemanes, la de los gobiernos cantonales suizos y del Consejo de la Federación de Canadá. En cuanto a España, se analizan las posibilidades de la Conferencia de Presidentes, que ha dado sus primeros pasos como foro de encuentro del presidente del gobierno con sus homólogos de las comunidades autónomas.

Se puede debatir acerca de la importancia de la adscripción partidaria de los miembros de esas conferencias, que queda clara en el caso alemán, como se encarga de explicarnos el profesor Hartwig. Ese rasgo de la composición es sin duda significativo, pero podemos imaginar que la lógica de los partidos podría ser aún más fuerte si no existieran las conferencias que examinamos. Ellas constituyen un escenario en el que los actores —los presidentes— se pueden sentir obligados a interpretar el papel que les corresponde en su condición de representantes políticos autonómicos. En este sentido, merece la pena subrayar la observación que hace la profesora Des Rosiers en su trabajo sobre el Consejo de la Federación canadiense. Tal organismo viene a representar una especie de *ombudsman* colectivo de los intereses de las provincias, y ha llegado a existir a pesar de la consolidada tradición que tienen en Canadá las conferencias de los primeros ministros. Éstas, como se sabe, reúnen a los jefes de gobierno de las provincias con el primer ministro federal.

A partir del comentario sobre Canadá, se destaca el segundo rasgo de los organismos que estudiamos: su función. A veces se bromea a costa de las administraciones públicas, sugiriendo que en algunos casos contradicen lo que postula la teoría de la evolución de los seres vivos: si para el darwinismo la función crea el órgano, ciertos órganos administrativos crean una función para justificar su propia existencia. Pues bien, parece que las conferencias intergubernamentales nacen de la conveniencia política, que se aproxima a la necesidad. No son fruto de la normativa constitucional, que puede llegar a configurar órganos sin una función clara, como el Senado en España. Se forman como instrumento para dar respuesta política a problemas cuyos perfiles políticos trascienden la dimensión administrativa de las conferencias sectoriales.

Lo explica muy bien el profesor Schmitt al referirse a Suiza, y seguramente puede aplicarse a otros casos. Los horizontes de las conferencias sectoriales son limitados por su propia condición; en cambio, una conferencia formada por ejecutivos puede plantearse una perspectiva estratégica más amplia. Como es natural, cada país es distinto y uno de los datos relevantes es el papel del sistema de partidos. Si éste tiene dimensiones nacionales y los ejecutivos de los estados federados atienden a la lógica de partido, es menos probable que veamos, como en Canadá, una conferencia que halla su función en reivindicar el peso de las provincias frente al poder central, y algo parecido puede encontrarse en Suiza.

En Alemania, en cambio, con un sistema de partidos fuerte y general, la tarea genérica puede definirse como «autocoordinación». El caso espa-

ñol, como es evidente, tiene características peculiares debido al peso de los sistemas de partidos de ámbito español y a los nacionalismos periféricos. Éstos parecen explicar tanto la existencia de subsistemas de partidos de ámbito exclusivamente autonómico, por un lado, como, por otro, la orientación autonomista de partidos que se integran formalmente en otros de ámbito general. Eso puede dar lugar a dos visiones distintas de lo que puede ser la función de ese tipo de conferencias, presentes simultáneamente por sus miembros. Unos pueden entender que su tarea fundamental es el debate y la planificación estratégica, mientras que otros, quizá, se sientan inclinados a la defensa exclusiva de sus propias competencias. En esa tesitura, no se ve fácilmente cómo podría entrar la función de defensa genérica y mancomunada de las competencias autonómicas, al modo de la que se le atribuye al Consejo de la Federación canadiense.

El ordenamiento jurídico, que es el tercer dato que tomamos en consideración, no ofrece muchas pistas para poder perfilar la función de las conferencias de presidentes. Como repetidamente se ha dicho, las relaciones intergubernamentales aparecen al margen de las previsiones constitucionales y ese silencio es en sí mismo significativo. Ya se han expuesto los reparos, pero vale la pena atender a algunas ideas que pueden oponerse a ellos. El profesor Hartwig resume en su trabajo los argumentos que permiten encajar la existencia de las conferencias de presidentes en el marco constitucional alemán, y sus razones podrían extenderse a otros casos. El silencio de la Ley Fundamental acerca de las conferencias, nos dice, no es signo de que sean inadmisibles. No contravienen la estructura constitucional en la medida en que no redistribuyen competencias. Además, como se pone de manifiesto en el caso de Suiza, tienen un papel instrumental notable para establecer pautas de relación con el ordenamiento comunitario y, en su caso, para la integración del mismo. Sin duda el reto de la integración europea plantea desafíos para el funcionamiento interno de los estados federales, y no es fácil darles respuesta partiendo de las premisas del federalismo clásico. En él, cada competencia tiene su titular, que es un actor político e institucional. Los diversos órdenes competenciales configuran un ordenamiento jurídico complejo con ámbitos definidos. Con la integración europea se encaja un nuevo ordenamiento en el que no aparecen como actores institucionales efectivos los titulares de las competencias de los estados federados. Si el ordenamiento europeo no los tiene en cuenta, los ordenamientos estatales de las federaciones no pueden permitirse ignorarlos, ni jurídica ni políticamente. El diálogo intergu-

bernamental resulta imprescindible, así como las conferencias que lo enmarcan.

Del diálogo resulta la adopción de acuerdos. Y el valor jurídico de los mismos, a tenor de los análisis que se exponen, es discutible. Desde luego, no puede equipararse a las disposiciones que emanan de las instituciones constitucionales del estado federal, aunque merece la pena subrayar la idea de la profesora Des Rosiers acerca de la posibilidad de que se generen convenciones constitucionales. El problema es el respaldo jurídico que pueden tener esos acuerdos o, en otras palabras, si puede esperarse alguna reacción jurisdiccional al incumplimiento de esas resoluciones. Se nos dice que, en la medida en que se trata de acuerdos políticos, son los electores los que pueden reaccionar frente a los incumplimientos, orientando su voto en consecuencia. Pero al mismo tiempo, el proceso de toma de decisiones es, por su falta de formalidad y escasa transparencia, el menos adecuado para generar la legitimidad que conceden la sumisión a un procedimiento preestablecido o lo persuasivo de los argumentos empleados. A falta del primero, y desconocidos los segundos, las conferencias intergubernamentales descritas no resuelven del todo las objeciones planteadas al federalismo cooperativo.

5 • Oportunidades

Las relaciones intergubernamentales presentan perfiles que encajan mal con el engranaje mecánico previsto en las constituciones federales para la toma de decisiones. Fuera de ellas han encontrado mayor flexibilidad y, en definitiva, la fórmula más cómoda para quienes son sus protagonistas. La falta de transparencia del debate y de vías jurídicas de control claras, representan el mismo problema de dimensiones políticas y jurídicas, agravado por el rango de los miembros de las conferencias de presidentes. No parece plausible resolver el problema por la vía de la reforma constitucional. No es imprescindible porque no estamos ante fenómenos de inconstitucionalidad manifiesta. Tampoco es deseada por sus protagonistas: tras la huida del derecho administrativo, la fuga del derecho constitucional parece ser la tendencia dominante de la postmodernidad política. En cuanto a los ciudadanos, con la salvedad de quienes tengan una especial sensibilidad en lo que pueda afectar al autogobierno (a «su» autogobierno), no puede decirse que se sientan apasionados por la distribución de competencias. Incluso

en la patria del federalismo, su mera mención como objeto de debate puede ser un método expeditivo para desalojar una sala de conferencias.³³

Las relaciones intergubernamentales forman parte de la realidad del federalismo contemporáneo. Las conferencias intergubernamentales derivan de la necesidad de darles estabilidad y, como son útiles, seguirán ahí por más que señalemos sus defectos. Lo sensato es tomar nota y aprovechar las oportunidades que se abren para mejorar tanto los ordenamientos constitucionales como nuestro punto de vista sobre los mismos. Para lo primero, hay que partir de la idea de que las relaciones intergubernamentales son materialmente constitucionales y, de acuerdo con ello, deben someterse a las reglas formales que establece la distribución de competencias. En segundo lugar, tiene que mantenerse abierta la posibilidad de controlar a quienes ejercitan las facultades que son inherentes a ellas, desde el punto de vista jurídico y político. Eso significa que conviene determinar el valor jurídico de los acuerdos de las conferencias intergubernamentales, por lo menos para otorgar alguna garantía jurisdiccional a los terceros que puedan verse afectados por ellos. Debería hacerse en las constituciones, allí donde esas conferencias deberían ser instituidas formalmente. Y, desde el punto de vista más puramente político, se requeriría que cada responsable de un órgano ejecutivo informara a su respectivo parlamento.

Ya que el debate público de los acuerdos no puede hacerse en el órgano que los adopta, puesto que parece imprescindible que se reúna a puerta cerrada, al menos que se realice allí donde corresponde controlar a los ejecutivos: en la sede parlamentaria. Evidentemente, en los sistemas bicamerales, los ejecutivos federales deberían comparecer ante la asamblea parlamentaria a la que el ordenamiento constitucional otorgue la mayor capacidad de controlar al gobierno. Hacerlo sólo en la otra significaría rehuir la posible exigencia de responsabilidades políticas y sus consecuencias. No tiene sentido comparecer a explicar acuerdos de conferencias intergubernamentales en un senado federal, puesto que cada parlamento de los estados federados recibiría al jefe de su poder ejecutivo con idéntico objetivo.

Nada de lo que se pide representa un obstáculo para el desarrollo de las relaciones intergubernamentales tal y como las podemos conocer en sus

33 Esta clásica ironía corresponde a Charles S. Robb, Gobernador del Estado de Virginia, a propósito del «New federalism» de la era Reagan. Citado en la crónica «Briefing: New Federalism, Again». *The New York Times* de 15 de diciembre de 1985, consulta de 26 julio de 2006. <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9B05E4D8143BF936A25751C1A963948260>

rasgos fundamentales. Son el federalismo vivo, como sus protagonistas políticos quieren que sea y, si se plantean cambios en los ordenamientos constitucionales, ello responde más a la voluntad de mantener el sentido último del constitucionalismo que al deseo de volver al pasado del federalismo. Los constitucionalistas, por nuestra parte, estamos abocados a ampliar la óptica de los análisis si queremos proyectar a la realidad las reglas de la distribución territorial del poder. Habrá que pronunciarse en términos *de constitutione ferenda*, porque de lo que traen las constituciones no hay mucho que decir en materia de relaciones intergubernamentales. Para ello, para hacer política constitucional,³⁴ será necesario convenir acerca del sentido del pacto político subyacente a cada ordenamiento constitucional que distribuye el poder.

No se trata de entender ese pacto como una regla vinculante desde el punto de vista jurídico o político; es más bien una regla para la interpretación que nos obliga a tener en cuenta aquellos acuerdos que pacificaron los conflictos y que contribuyeron a dar legitimidad política en la primera etapa de la vida constitucional. Hubo un momento en que ese pacto dio sentido a las reglas formales y conviene tenerlo en cuenta en la medida en que se considera vigente. De lo que así se entienda habrá que partir, para renovar el pacto político de fondo que debe preceder a los cambios formales del ordenamiento constitucional. Tal vez nada se mantenga y nadie reivindique el pasado. Los protagonistas serán seguramente distintos y quizá más numerosos. Al final, sin embargo, la sensatez llama a edificar las constituciones y a apuntalar sus cambios mediante acuerdos políticos. Con esta premisa, la tarea del constitucionalista en el diseño de la política constitucional. En lo que nos ocupa, ello comporta en primer lugar configurar un esquema normativo que responda a las pautas del acuerdo político prece-

34 Giovanni BOGNETTI: *Federalismo*, Torino: UTET, 2001, p. 8: “[U]na scienza del diritto che non si contenti di aridi incasellamenti classificatori (del resto destinati ad arrestarsi nell’incertezza davanti ai molti casi concreti di confine tra casella e casella) vorrà conoscere, se non le molteplici cause che hanno determinato nelle varie situazioni l’adozione delle diverse forme di distribuzione dei poteri (una ricerca che pertiene più alla storia politica e alla scienza politica) almeno i *valori* che, nel compiere la scelta, le classi politiche hanno inteso servire; e vorrà sapere se esistono raccordi più o meno sistematici tra certi insiemi di valori e i vari tipi di distribuzione dei poteri che la storia ci fa scorrere davanti agli occhi. Una indagine rivolta in questa direzione non solo aiuta a capire meglio la logica interna degli ordinamenti investiti o lambiti dal fenomeno «federalistico» e quella dei loro sviluppi storici. Aiuta anche a formulare giudizi più esatti di politica del diritto e di giurisprudenza interpretativa pratica, quando l’azione sia chiamata ad affrontare problemi di «federalismo».

dente y, en segundo lugar, que pueda canalizar y estructurar las relaciones intergubernamentales.

Para ellas sería indispensable lo que Carl J. Friedrich llamó «el espíritu federal»: «En los sistemas federales exitosos se desarrolla oportunamente lo que se ha llamado el “espíritu federal” o el “comportamiento federal”. Es un tipo de conducta muy pragmática que evita toda insistencia en “acuerdos en cuestiones fundamentales” o formas parecidas de rigidez doctrinaria. Tal conducta se concreta en el espíritu de compromiso y de acomodación. Está marcado por el conocimiento de que hay muchas habitaciones en la casa que el federalismo construye.»³⁵ El federalismo tiene muchas posibilidades, pero todas deben abordarse partiendo de la confianza en que sus elementos mínimos, autogobierno y gobierno compartido, no serán tergiversados.

³⁵ Carl J. FRIEDRICH: *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Nueva York, Frederick A. Praeger, 1968: «In successful federal regimes there develops in time something that has been called the “federal spirit” or the “federal behavior”. It is a highly pragmatic kind of political conduct, which avoids all insistence upon “agreement on fundamentals” and similar forms of doctrinary rigidity. Such behavior proceeds in the spirit of compromise and accommodation. It is molded by the knowledge that there are many rooms in a house that federalism builds.» (p. 39).

INTERGOVERNMENTAL CO-OPERATION IN CANADA: THE COUNCIL OF THE FEDERATION AND INTERGOVERNMENTAL CONFERENCES

NATHALIE DESROSIER¹

*Dean, Faculty of Law, Civil Law Section
University of Ottawa*

SUMMARY: Historical and Sociological Note. A. Visions. 1. The Reluctant Federalist. 2. The “Guardian of the Pact” Federalist. 3. The Pragmatic Federalist. 4. The Polite Federalist. 5. The Efficient Federalist. 6. The Enthusiastic Federalist. B. Questions. 1. Internationalisation of Problems. 2. The Neo-Liberal Governance Models. C. Institutions. 1. The Courts. 2. Intergovernmental Mechanisms. 3. The Council of the Federation. D. Ambitions. 1. Co-ordination. 2. Counter-weight. 3. Ombudsman. 4. Creator of Customary Constitutional Law. Conclusion.

This paper presents the Canadian context for the evaluation of the Council of the Federation, a very recent addition to a number of Canadian institutions that were designed to support the Canadian federal structure.

There was and continues to be a fair amount of scepticism about the necessity, viability and usefulness² of the Council of the Federation in Canadian politics. It is certainly too early to assess whether the Council will respond to the aspirations of its creators,³ but it is an opportune time to reflect on why it emerged. I also want to present options for the role that the Council could play in the Canadian federation. My objective is two-fold: first to present the context in which this new institution has emerged and second, to argue for

1 I want to thank my research assistant Nicolas Lutz for his help in gathering materials for this paper.

2 For a review of the literature on the initial reactions to the Council of the Federation, see Ehren Cheung, *Mistakes Made — Will the Council of the Federation Be Effective?* in *Federal Governance: A Graduate Journal of Theory and Politics* (2004) 1:3, <http://www.cnfs.queensu.ca/federal-governance/>, consulted on May 23, 2006.

3 The initial proposition for the Council of the Federation came from a document entitled “Un projet pour le Québec: affirmation, autonomie et leadership” directed by the current Minister of Intergovernmental Affairs, Benoit Pelletier, who was then president of a Special Committee of the Liberal Party of Quebec on its constitutional and political future (2001).

a creative role for the Council, as a catalyst for a coherent, relevant and dynamic vision of federalism for Canada. My thesis is essentially that a new institution was necessary because the current problems of federalism in Canada are beyond the scope of the traditional arbiters of federalism. Therefore I am trying to articulate a role for the Council of the Federation as a co-ordinating body and as a counterweight, as many have argued,⁴ but also as the Ombudsman for the value of federalism and a catalyst for the development of exemplary practices and constitutional customary law.

This paper is divided in four parts: Visions, Questions, Institutions and Ambitions. In Visions, I attempt to draw a portrait of different perspectives on Canadian federalism to move to the current Questions that are particularly difficult for the federation at the beginning of the XXIst century. I then critically assess the role of different Institutions to speak for federalism, to mediate the disputes between the different visions of federalism and to respond to the challenges that it faces. The final part outlines a series of Ambitions for the new Council. However, for the purpose of this international audience, I begin briefly with a short summary of the constitutional history of Canada and its current social make-up.

Historical and Sociological Note

According to Ron Watts, “federalism is the impulse to reconcile diversity with unity”.⁵ Canada has certainly lots of diversity: geographical, cultural, and economic. A land populated by a wide variety of Aboriginal groups, it was colonised by various European countries, France and England for the most part. In 1760, pursuant to the *Traité de Paris* and in 1763 the *Traité de Versailles*, France ceded its colonies to the British Crown. However, a large French speaking population remained in Canada, occupying different areas of the land and concentrating mostly in Lower Canada (now Québec). The French Catholic *colons* obtained the right to maintain their civilian tradition and their religion through the Québec Act in 1774. After a series of attempts to claim responsible government political institutions, Canada, the federation, was created in 1867 by the British North America Act. It included four provinces, Québec, Ontario, Nova Scotia and New Brunswick. Through the

⁴ See Ehren Cheung, *supra*, note 2.

⁵ Cited by Charland, *infra*, note 16.

end of the XIXth century and the XXth century, the population grew through different waves of immigration and some periods of high birth rates. In 2006, there are over 33 million inhabitants, living mostly in the cities, 10 provinces and 3 territories (Yukon, Northwest Territories and Nunavut; the territories do not have the status of provinces but are administratively independent) and its Aboriginal population, which is also growing.

In 2006, there continues to be a division among the Québec population with respect to the question of independence. This paper was written initially during an election campaign which saw the reversal of fortunes of the federal Liberal party (a party that had dominated federal politics for fourteen years), and the election of a minority conservative government intent on solving the “fiscal imbalance” problem between the provinces and the federal government. Its leader even referred during his election speeches to the work of the Council of the Federation.

Economically, one could say that Canada is doing well although the gap between the rich and the poor has widened in recent years. Many social issues appear unresolved: Aboriginal development and autonomy, violence against women, unequal access to good jobs, funding issues for education and healthcare, and finally environmental degradation. It is a Western-type developed country that constitutes a minor power in the world. Despite these differences, one could say that there is some agreement on some values among Canadians: gender equality,⁶ multiculturalism,⁷ bilingualism or multilingualism with the recognition of Inuktitut as one of the official languages of Nunavut, access to healthcare for everyone⁸ and a rule of law based foreign policy.

This historical, geographic and economic diversity has fostered a great deal of diversity in visions and understandings of the value of federalism.

A • Visions

In the *Reference on Québec Secession*,⁹ the Supreme Court enunciated the reasons for the existence of a federal structure in Canada:

⁶ See Michael Adams, *Fire and Ice: The United States, Canada and the Myth of Converging Values*, (Toronto, Penguin, 2003) p. 87; 125.

⁷ Ibid., pp. 125 et seq.

⁸ Ibid., p. 109.

⁹ [1998] 2 S.C.R. 217.

The principle of federalism recognises the diversity of the component parts of Confederation, and the autonomy of provincial governments to develop their societies within their respective spheres of jurisdiction. The federal structure of our country also facilitates democratic participation by distributing power to the government thought to be most suited to achieving the particular societal objective having regard to this diversity.

Despite this broad statement, one would be hard-pressed to define a single or coherent theory of federalism for Canada. Indeed, in this section, I will present a taxonomy of different visions of federalism¹⁰ held in political, popular and even academic discourse.

I borrow here from a methodology used by Julie Macfarlane where “archetypal” traits are defined through a study of testimonies and pronouncements. It is not that politicians, judges and academics conform to the archetypes all the time and in all their pronouncements. Indeed, one could find references to many archetypes reviewed here in the works of politicians and authors. However, the purpose of presenting these caricatures is to help define the range of arguments that are used and the way in which reconciling such different views presents challenges. My interest in developing this taxonomy of “federalists” is to recognise that there is a diversity of values and beliefs about the reasons why Canada is a federation and the nature of Canadian federalism. In my view, such diversity influences the ability of institutions to move forward and become helpful tools in the development of the Canadian federation. I also present this taxonomy for the purpose of adding nuances to the prevalent view that there are only two opposing visions of federalism: the federal government one and the provincial one (or the Québec one). Indeed, it is helpful to recognise that that this binary opposition does not reflect the full extent of the discord on federalism values in Canada: my research aims at presenting a richer, more complex view of the range of opinions on federalism in Canada today. Finally, I should say there are certainly other less prevalent views than the six presented here that exist and are expressed in Canada. I have attempted to cap-

10 I borrow here from a methodology used by Julie Macfarlane in *Culture Change? Commercial Litigators and the Ontario Mandatory Mediation Program*, Law Commission of Canada, 2001, available on line www.lcc.gc.ca/orders, consulted on May 23rd, 2006. In this study, Dr. Macfarlane creates archetypes using the testimonies of different litigators who discussed their views on the transformation of legal culture with respect to mediation.

ture only different segments of arguments presented in recent years. The six visions presented are caricatures and do not use the qualifiers currently in vogue to describe the new types of federalism (for example, asymmetrical, collaborative or competitive) in order to present more fundamentally not a type or practice of federalism but a value or vision. Some actors may be captured by such iconography but others may have a more complex relationship with the archetype and present a more complex idea of federalism. I apologise in advance if I have misrepresented the complexity of someone's thinking in classifying her or him in a particular archetype.

1 · The Reluctant Federalist

An advocate for a strong federal government, the reluctant federalist is motivated by the concern that provinces have unequal resources and wealth. According to the reluctant federalist, a “weak” federal government would undermine a fair, consistent standard of living for all Canadians. In addition to this laudable political goal, the reluctant federalist may also rely on the wording of the *Constitution Act* 1867 (the British North America Act). According to a strict reading of this wording and of our knowledge of the intent of the drafters such as John A. Macdonald, the majority of the important legislative powers were meant to be exercised by the federal government.¹¹ It was the Judicial Committee of the Privy Council of Great Britain who, through a bizarre interpretation of the British North America Act, undermined the federal powers. According to this interpretation, the Judicial Committee of the Privy Council from the House of Lords aimed at deflecting the progressive political agenda of the federal government in the 30's by declaring its most ambitious social policies “unconstitutional”.¹² Some argue that the plan was to significantly reduce the power of the federal government in order to maintain Canada in the British Empire — a strategy of ensuring a weak centre in order to maintain the supremacy of British leadership.¹³

¹¹ See, for a thorough review of the materials surrounding the drafting of the initial constitutional document, John T. Saywell, *The Lawmakers: Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*, (Toronto, University of Toronto Press, 2002), chapter 1.

¹² *Ibid.*, chapters 4 to 8.

¹³ See among others Murray Greenwood, *Lord Watson, Institutional Self-Interest and the Decentralization of Canadian Federalism in 1890's* (1974) 9 University of British Columbia Law Review, 244, at 261; Saywell, *supra* note, 11., pp. 142-144.

The most famous proponents of this thesis were constitutional law professors in the 1930's,¹⁴ among them the future chief justice of Canada, Bora Laskin, who argued the case in several of his articles and supported this conception of the constitutional history of Canada throughout his life. On the political side, one would probably identify former Prime Minister Pierre Elliott Trudeau as a reluctant federalist at least while he was in office in Ottawa. There is some evidence that his earlier writings demonstrated a different conception of federalism.

2 · The “Guardian of the Pact” Federalist

In the traditional folklore of Canadian politics, the reluctant federalist finds his or her nemesis in the “Guardian of the Pact” Federalist. According to the “Guardian of the Pact” Federalist, the primary principle of interpretation should be the sanctity of the initial bargain and the respect for the interpretation given by the Courts, particularly the Judicial Committee of the Privy Council, to this initial bargain. According to this view, the *British North America Act* of 1867 is a symbolic document that represents the coming together of “two nations”.¹⁵ Typically, “Guardians of the Pact” federalists argue for a rule-based federalism, respect for the principle of two equal and autonomous orders of governments¹⁶ and a commitment to respecting the division of powers established in 1867 (as explained by the House of Lords). They argue against intrusions in provincial jurisdictions by the federal government on any grounds, and lament the way in which there is a lack of rigour and firmness in condemning such intrusions from the courts, the media and the Canadian public. A “Guardian of the Pact” federalist does not recognise the legitimacy of federal intervention in provincial domains

14 The legal historian Philip Girard mentions Frank Scott, Vincent Macdonald and W.P.M. Kennedy in this context: see Philip Girard, *Bora Laskin: Bringing Law to Life*, (Toronto, University of Toronto Press, 2005), p. 196.

15 This theory has been criticised but continues to have a great deal of appeal although now recognising that the Aboriginal nations were forgotten in the Pact but were certainly the real Founders of Canada.

16 See Gilbert Charland, *Perspectives on the Council of the Federation and asymmetrical federalism from a Quebecois observer*, in Institute of Intergovernmental Relations, School of Policy Studies, Queen's University, Looking backward, Thinking forward — Prospective reforms in the working or management of the federation, 2005.

on any grounds. In addition, the spending power of the federal government is a usurpation of the pact and should be constrained. The Guardian of the Pact may appear as endorsing a fairly rigid form of federalism because he or she insists on the division of power based on the XIXth century understanding no matter how inefficient it might be. The “Guardian of the Pact” would insist on a constitutional amendment to reform the constitution as opposed to a constitutional practice arising out of the unilateral actions of the federal government.

(Transl). In effect, more than ever, the federal State violates its own constitution to support a unitary conception of the country. The Millenium Scholarhips are the clearest example of a constitutional relativism instituted so severely against us now that the federal government wishes to seriously defend what it calls the Constitution!

Pierre Vadeboncoeur, *L'Action nationale*, septembre 1998, pp. 43-47.

We certainly find elements of the “Guardian of the Pact” federalist arguments in the works of many Quebec constitutional law experts.¹⁷ The arguments are couched in a criticism of the Supreme Court for always endorsing the constitutionality of federal legislation, or a denunciation of federal intrusions in provincial areas of jurisdiction. In the rest of Canada, there are also indications of the need to respect the constitutional division of powers but with less forceful language.

Traditionally, in Canada, the debate would often be presented as a battle between the visions of the Reluctant Federalist and of the Guardian of the Pact. The two visions, almost irreconcilable, both advocate respect for the text of the Constitution (the Reluctant Federalist arguing for the initial text, the Guardian of the Pact arguing for the interpretation given by the House of Lords). However, there are other visions of federalism to be found that add some complexity to this old clash of constitutional views. I suggest that there are at least four other types of federalist expressions: the “pragmatic” and the “polite” federalist who share a certain desire for compromise, one rooted in indifference to constitutional or historical debates

¹⁷ Henri Brun & G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 2d ed. (Cowansville: Yvon Blais, 1990); G.A. Beaudoin, *La Constitution du Canada: Institutions, partage des pouvoirs, droits et libertés*, (Montreal, Wilson & Lafleur, 1990).

and the other in a support for democratic political expression of any kind. In opposition to them are the “efficient” and the “celebratory” federalist, who argue for a certain rigour in federalism analysis: one demanding that it respond to sound economic and political theories and the second wishing for a framework that allows for innovation.

3 · *The Pragmatic Federalist*

The pragmatic federalist sees federalism essentially as a tool to keep Canada together: it was a tool that allowed the emergence of the country and should be a tool to ensure its survival. In a rebuttal to the reluctant federalist, the pragmatic federalist may say, as Peter Hogg commented, “One can only debate a *fait accompli* for so long.”¹⁸

To the pragmatic federalist, there is no theory of federalism, only a practice. Such practice must constantly be refreshed to satisfy the current problems of the country: the pragmatic federalist wishes for an adaptable framework that can change without constitutional amendment (contrary to the Guardian of the Pact federalist) and that can evolve relatively free of any preconceived idea. The pragmatic federalist wants people to get along and readily accepts bilateral agreements or federal-provincial agreements as significant measures of success of the federation, no matter what the amount of distortion to the initial distribution of power or the disruption to the balance of power between provincial and federal governments. One can read expressions of dismay at the actions of the pragmatic federalist in the Editorial of the *Economist* in July 1999: “{Canada} endeavours to make a virtue of its tolerance of decentralization. Canada will be the first post-modern nation-state with a weak centre acting as a kind of holding company for a few activities, chief among them the business of handing out equalization payments. The richer provinces will complain but at least they will be left to get on with most of their own affairs virtually unimpeded by the centre.”¹⁹

The pragmatic federalist may see collaborative federalism as a key aspect of the future but recognises that both levels of governments are inter-

¹⁸ Hogg, *Constitutional Law*, (Toronto: Carswell, 1999), p. 432, cited by Saywell, *supra*, note 11, xv.

¹⁹ John Robert Colombo. *Famous Lasting Words, Great Canadian Quotations* (Vancouver-Toronto, Douglas-Macintyre 2000) on federalism.

dependent and must work together to ensure progress and sustainability for the Canadian project. Generally, the pragmatic federalist points to the data that seem to demonstrate a certain frustration among the public with inter-governmental “bickering and conflicts”,²⁰ and he or she seeks to present a more harmonious face on intergovernmental politics. In essence, the pragmatic federalists recognise that there is little public appetite for division of powers arguments:²¹ if Canadians don’t care about federalism, why should they?

4 • The Polite Federalist

One could argue that the Canadian judiciary, through its interpretation of the division of powers, developed “polite” federalism. Doctrines such as that of “ancillary powers” were developed in a way that recognised the constitutionality of legislation provided that its enactment was “ancillary” (in the sense of connected) to its other (constitutional) powers. When exercising an “ancillary” power, a government could encroach on the powers of the other level of government. This vision of the constitutional document certainly allowed for an expansion of the legislative powers and finally an almost completely malleable constitutional framework. Theoretically, the ancillary power doctrine could work to the advantage of both provincial and federal governments, and it has been used to support both federal and provincial legislation. However, there is no doubt that the most famous pronouncements and exposition of this doctrine were uttered in support of federal legislation.

Today, in most areas of policy, there is a significant regulatory presence of both the federal and the provincial levels of government. ... In

20 The statement comes from Donald G. Dennison, Vice-President of the Forum of Federations, *Intergovernmental Mechanisms: What have we learend?* in Looking Backward, Thinking Forward, Institute of Intergovernmental Relations, 2005.

21 It is unclear whether the public understands arguments of fiscal imbalance and excess of jurisdiction for levels of governments and it is certainly equally unclear whether it cares. It could be that certain segments of the population are more sensitive to jurisdictional arguments, for example, one could suggest that the Quebec electorate might be more interested in this type of arguments and more knowledgeable about them. This paper does not suggest that this is or is not the case but simply asserts that the pragmatist federalist assumes that the public does not care very much about division of powers arguments.

this sense, it is entirely misleading to conceive of the federal and provincial classes of subjects as being mutually exclusive watertight compartments.

Patrick Monahan, *Constitutional Law*, p. 103

Rooted in a respect for the will of democratically elected governments and a wish to support the pursuit of collective goals (so as not to be targeted with the same criticism that was bestowed on the Privy Council), Canadian case law has developed a series of interpretative tools to support legislative actions throughout the XXth century. Because of these various doctrines,²² there is very little judicial review of federalism being exercised in Canada today.

To this general apathy toward policing federalism, two different types of federalist respond: they, for different reasons, seek to inject a little theory and analysis in the constitutional discourse.

5 · The Efficient Federalist

However, the consequences of the fiscal imbalance are not measured solely in terms of unaddressed or poorly satisfied needs. The various dysfunctions in fiscal relations between governments mean that the delivery of public services is less efficient than it could be.

Federal interventions in provincial fields of jurisdiction are costly in terms of efficiency because of the resulting duplication.

Report of the Quebec Commission on Fiscal Imbalance,

http://www.desequilibrefiscal.gouv.qc.ca/en/document/rapport_final.htm#summary

The efficient federalist sees federalism as a structure that ought to lead best results for the population. The efficient federalist differs from the pragmatic federalist in that not every deal that satisfies the parties is appropriate. For the efficient federalist, it is important that there be a recognition of the costs to citizens of overlapping jurisdiction and that to the extent

²² The relaxation of the federal paramountcy rules could be seen to work in favour of provincial jurisdictions: see *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161. However, an exceedingly generous interpretation of the criminal power has allowed the federal government to intervene extensively in property and civil rights matters.

possible the best (that is, the most efficient) government be empowered to act. Although flexible, the Efficient Federalist would not want to sacrifice certain principles of efficiency simply to generate happy handshakes.

This concern for efficiency leads to a demand that federalism operate in a way that recognises principles of subsidiarity and that decisions are made at the most appropriate level.

The Efficient federalist disagrees in effect with both the Guardian of the Pact and the reluctant federalist since, in her view, the theory of federalism and its efficiency must be restored, irrespective of the wording or interpretation given to the division of powers in the past.

6 · The Enthusiastic Federalist

“The good news is that as one surveys the lively democratic reform landscape in different jurisdictions across the country, the virtues of federalism in encouraging experiment and innovation are very much in evidence.”

Richard Simeon, *Combining Agendas: Federalism and Democracy*,
IIGR, School of Policy Studies, Queen’s University, 2005

For the enthusiastic federalist, the essence and value of federalism lie in the possibility it gives to create public policy laboratories in the different provinces. The enthusiastic federalist celebrates the diversity of public policy models possible under a federal structure and assumes that the costs of this possible duplication are insignificant because they lead to an overall betterment of Canadian public policy in general. The enthusiastic federalist recalls with delight the way in which Medicare (public funding of health services) arose out of a Saskatchewan experience, and argues that the way in which the \$5, then \$7 dollars a day, day care experience in Québec serves as a bold experiment that enriches the collective knowledge on child care policies. The enthusiastic federalist favours this experimentation and would seek to preserve this possibility for provinces and therefore resists the imposition of federal legislation in favour of more goal-driven federal-provincial agreements that allow difference to express itself.

In the next section, I review several current questions that plague Canadian federalism and review how the different federalists react to such current issues.

B · Questions

Certainly there are many current debates that plague the operation and practice of Canadian federalism, the regulation of spending power and the fiscal imbalance between the federal and the provincial governments, to name a few. In this section however, I will concentrate on two larger aspects of modern governance, the internationalisation of problems and the neo-liberal governance models, to illustrate how unresolved problems of Canadian federalism become re-argued. We will see how the different visions of federalism, described in the previous section, collide when confronted with resolving a particular issue.

1 · Internationalisation of Problems

Despite the criticism that the expression “globalization” has faced, there is nevertheless a certain acceptance of many problems of modern societies around the globe are international in scope. The resolution of these problems requires global solutions or, at the very least, co-ordination between countries. The examples are numerous: terrorism, the sex trade, child pornography, money laundering, the drug trade, and environmental questions, labour displacement and refugees. At times, the impetus is to attempt to reach solutions on a global scale. In this context, the power to conclude and implement treaties becomes an important aspect of government.

In Canada, the question of its international persona has been a troublesome factor for several decades. At the time of the creation of the federation (1867), it was an irrelevant question since the colonies that united to become Canada belonged to Great Britain. It was Great Britain that held the international legal personality for Canada.²³ In the 1937 *Labour Conventions Case*,²⁴ the Privy Council decided that, although the federal government had exclusive jurisdiction to enter into treaties, the implementation of a treaty had to follow the division of powers in the Constitution Act 1867. In other words, depending on the subject matter of the treaty, its implementation could fall within the jurisdiction of either Parliament

²³ See Patrick J. Monahan, *Constitutional Law*, (Toronto: Irwin Law, 1997), p. 275.

²⁴ 1937 A.C. 326 (P.C.).

or the provinces. Many commentators have criticised this case²⁵ as preventing Canada from having a credible international legal personality, and the federal government has even entered several treaties promising to “ensure the observance of the treaty by the provinces”.²⁶ This language, which does not seem to equate with the principle of equality between the two levels of government, was not tested in court.²⁷

As international treaties carry more and more demanding obligations on the part of the signatories, one suspects that the issue of the role of the provinces in treaty implementation and even treaty execution will become more problematic. Indeed, many provinces demand a presence on the international scene, arguing that the promise to ensure compliance cannot be made credibly without their participation. On occasions, co-operation between the levels of governments has been presented as enhancing the value of Canada’s international position. Recently, the federal government seemed to have recognised the wish of Quebec to participate at UNESCO meetings. The question is raised particularly in the context of the enforcement of the Kyoto Protocol.

The issue of provincial participation in an international forum has been the focus of much controversy²⁸ and the debate between the reluctant federalist (who rejects the *Labour Convention Case*) and the Guardian of the Pact, who insists on its application, rages on. Pragmatists and Polite federalists welcome the current ad hoc asymmetrical accommodation for Quebec in certain cases, while efficient and enthusiastic federalists would probably prefer greater consistency and predictability in the treatment of provinces on this issue.

2 • The Neo-Liberal Governance Models

One aspect of the current discussion of federalism often ignores a significant aspect of the neo-liberal governance models: its increasing reliance

²⁵ See G.V. La Forest, *The Labour Conventions Case Revisited*.

²⁶ See Article 103 of the Canada – US Free Trade Agreement, 27 I.L.M. 281 and Article 105 of the North American Free Trade Agreement, 32 I.L.M. 289.

²⁷ See Monahan, *supra*, note 23, p. 275.

²⁸ See, for a review of the arguments, Armand de Mestral, *The Provinces and International Relations in Canada*, in Jean-François Gaudreault-Desbiens and Fabien Gelin, *Le fédéralisme dans tous ses états/ The States and Moods of Federalism*, (Cowansville: Yvon Blais, 2005).

on non-legislative tools and its delegation to markets and communities in seeking to achieve public policy goals. The command and control legislative model is now only one part of a larger toolbox that governments display concurrently. They now create incentives (fiscal or contractual), support voluntary codes, manage networks for public education campaigns, supply and finance research and offer rewards and prizes. Governments no longer see themselves as the prime movers in achieving public policy goals and rely extensively on the private sectors, civil society and the voluntary sector as “partners” to support the goals and participate in enforcement.²⁹

The action of governments is therefore far more diffuse, subtle and significantly less transparent. It is particularly difficult for provinces and the general public to understand the scope of federal action in, for example, environmental protection simply by looking at the environmental legislation enacted by Parliament. The action plan of government is not readily apparent to the observers and certainly requires a significant amount of research to be able to understand the entire scope or impact of the governmental action. Governments certainly spend money in supporting these different activities but they may not all have an obvious legislative underpinning and the traditional judicial review of legislation may be ill-suited to challenge such an all-encompassing but diffuse strategy in a particular domain.

In a way, this neo-liberal governance compounds the structural problems of the Canadian federation. The division of power reflected in the XIXth century document is not adapted to the taxation practices adopted over the years. Essentially, the federal government occupies the larger share of the taxation burden imposed on taxpayers. Provinces, who compete between themselves for lower taxation rates, do not have enough revenues to carry out their responsibilities. This creates two different but interrelated problems: “spending power” and fiscal imbalance.

Spending power is the power of the purse, the virtually unlimited ability of the federal government to tax and spend. Because its spheres of jurisdiction relate to spheres that are less visible to Canadians (for example,

²⁹ For a review of these shifts in governance in the context of environmental protection, see Stepan Wood, *Green Revolution or Greenwash? Voluntary Environmental Standards, Public Law and Private Authority in Canada*, in Law Commission of Canada, *New Perspectives on the Public-Private Divide* (Vancouver, U.B.C. Press, 2002).

international trade and defence as opposed to the very direct and concrete subjects of social assistance, health and education which come within provincial jurisdiction),³⁰ the federal government has sought over the years to invest in programs that involve cash disbursements to individuals, groups, institutions and provincial governments. The federal government is often a partner in municipal projects, invests in university research, may provide cash refunds to parents of young children and may create conditional programs for provinces in funding healthcare or legal aid: all these projects, which are certainly necessary, interfere with provincial decision-making: they create distortions in provincial priorities, or dependence on federal payments that can eventually be reduced or eliminated at the discretion of the federal payer. This uncertainty and distortion have been the subject of criticism for years, and the control of spending power was one of the controversial elements of the constitutional reforms that were defeated. Courts have not yet responded conclusively to the question of the constitutionality of spending power and the question of whether and to what extent the federal government can constitutionally spend in provincial spheres of jurisdiction. The issue appears unresolved in the *Constitution Act 1867* that allocates “legislative” powers. Opinions are divided on the subject: some commentators (the reluctant federalists among others) argue that there is no constitutional limit on the power of the purse while others argue that the federal government cannot do indirectly through spending power what it cannot do directly through legislative enactment.

The lack of resolution of the spending power question has in part created the now very real issue of fiscal imbalance. As the Quebec Commission on Fiscal Imbalance notes in its report, it is only since the mid-90’s that the issue of fiscal imbalance has become a preoccupation of provincial government. During the 90’s, the federal government balanced its books by imposing significant cuts in transfers to the provinces through different programs such as Canada Health and social Transfers. Since 2000, the federal government has built up a surplus while the provinces continue to experience important deficits, in part because of the rising costs of healthcare. This situation will continue because the federal government has been able to partially repay its debt while provincial governments are

³⁰ Health is often presented as an area of mixed jurisdiction with the provinces primarily responsible for the administration of hospitals and the federal government being entitled to use its criminal law powers to prohibit unhealthy products or practices.

unable to do so: the fiscal imbalance results from the fact that the responsibilities for the expenses are not matched by the revenues. The argument put forward by the provinces is that it is impossible to fulfil the responsibilities laid out in the constitution without addressing the imbalance in revenues between the two levels of government.³¹

The issues of fiscal imbalance and spending powers become particularly crucial in the context of multifaceted action plans by neo-liberal governments that do not necessarily involve legislation or regulation but rather a series of softer approaches. The impact of this strategy may still cause distortions for provincial decision-making, but they will be less obvious to the general public. As for its resolution, the competing visions of federalism lead to different assessments of the situation. A reluctant federalist will tend to minimise the significance of issues such as fiscal imbalance, while the Guardian of the Pact will want a full investigation of it. The pragmatist calls for a peaceful resolution that the efficient federalist hopes will make economic sense, and the enthusiast wishes to preserve a certain amount of provincial autonomy. In this context of critical discussions over large amounts of money, the polite federalist may be at a loss to contribute: the two sides cannot win.

C • Institutions

Typically the role of institutions would be to attempt to resolve or manage the federal-provincial tensions created by current models of governance, international action or subtle forms of delegation. My thesis is that the traditional institutions set up to resolve federalism issues are ill-equipped to respond to the current issues and this is why a new institution such as the Canadian Council of the Federation has emerged. In this section, I review the variety of institutions in the Canadian landscape that could play a role in articulating a coherent dynamic vision of federalism able to address the issues presented above.

31 See the Quebec Commission on Fiscal Imbalance, Final Report, http://www.desequilibrefiscal.gouv.qc.ca/en/document/rapport_final.htm#summary, consulted on May 23, 2006. Other provinces make similar arguments while using different formulas to calculate what is owed to them.

1 • The Courts

In the traditional understanding of federalism, the courts are the natural arbiters between the levels of government.³² In Canada, the federalism question as a litigation strategy, which produced a large body of case law at the beginning of the XXth century, has given way to human rights litigation. Many reasons explain this shift. First, the novelty of the Charter of Rights and Freedoms adopted in 1982 has opened a great Pandora's box of arguments for litigants. Indeed, many federalism questions in Canadian constitutional law were human rights issues argued on federalism grounds. In addition, I would suggest that courts are more comfortable in resolving cases on human rights grounds: there are more international precedents whereas federalism is viewed as particularly reflecting special and uniquely Canadian historical and political circumstances. We may lack theories of federalism whereas there exist multiple theories for human rights.

In addition, as argued above, the development of different theories of interpretation for division of powers arguments has not provided strong limits to federal governmental action: very few governmental policies fall on federalism grounds.³³ This flexible and malleable framework cannot respond to the criticism of the provinces either on their need to participate in international discussions or to confront and manage issues of fiscal imbalance. In addition, the judicial review exercise presents some risks for all players: courts do not craft careful deals but rather decide which arguments carry the day. The “winner takes all” outcome of a constitutional challenge may appear unattractive to all six archetypal federalists. Neither the reluctant federalist nor the Guardian of the Pact can be assured of winning (and a loss could seriously undermine their arguments), while pragmatists, polite, efficient and enthusiastic federalists are all similarly unmoved by the judicial decision-making process, not based on compromise nor win-win outcomes and not necessarily based on efficiency arguments or on pluralism. In this context, one can understand why the courts are not the forums of choice to resolve the acute problems of Canadian federalism.

32 A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 7th ed. (London: Macmillan, 1908), at 140; D.V. Smiley, *The Federal Condition in Canada* (Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1987); Monahan, *supra*, note 23.

33 See for a more detailed analysis, N. Des Rosiers, *Federalism and Judicial Review*, in Martin Westmacott and Hugh Mellon, *Challenges to Canadian Federalism* (Scarborough: Prentice Hall, 1998).

2 · Intergovernmental Mechanisms

Richard Simeon and David Cameron, two very well respected Canadian political scientists, have argued that “despite the growth of collaboration, institutions of intergovernmental relations in Canada remain, compared with some other federations, relatively ad hoc and under-institutionalised”.³⁴ There are many reasons for such under-performance: the legacy of the constitutional talks of the 1990s has created real suspicions of intergovernmental mechanisms that operate behind closed doors. I would also argue that governments became simply less ambitious and, in a traditional neo-liberal *modus operandi*, met less often because they had less to offer: managing governmental reductions makes for poor intergovernmental conferences.

Besides this neo-liberal atmosphere, one should note that the main criticism of intergovernmental mechanisms, before the Council of the Federation, related to the management role exercised by the federal government. Intergovernmental mechanisms were seen as lacking sufficient independence to really address the needs of the federation in a constructive manner. The Canadian Intergovernmental Conference Secretariat seeks to reflect a neutral stance between the federal and provincial governments but has difficulty in credibly reflecting a provincial leadership on issues.

Commenting on the many attempts in Canadian politics to create an effective forum for intergovernmental discussions, Dennison suggests eight criteria for effective intergovernmental mechanisms:

- An established pattern of meeting
- A shared or rotating chairmanship
- A permanent secretariat
- A funding formula
- A founding agreement containing a proactive statement of purpose
- Legal incorporation
- Establishment by common legislation
- Constitutional entrenchment³⁵

³⁴ David Cameron and Richard Simeon, *Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism*, 32 (2) *Publius* 50, cited by Donald Dennison, *supra*, note 20, p. 3.

³⁵ Dennison, *supra*, note 20.

He concludes by saying that none of the current mechanisms meet the eight criteria and therefore, they have been unable to respond adequately to the difficult issues facing the Canadian federation. The Council of the Federation discussed below meets at least five of the eight conditions: it has an established pattern of meeting, a rotating chairmanship, a permanent secretariat, a funding formula and a founding agreement with a statement of purpose. The question will be whether its lack of constitutional entrenchment, for example, will limit its effectiveness.

3 · The Council of the Federation

The Council of the Federation was born as an attempt to resolve constitutional issues without constitutional amendment. Although not a new idea, its new incarnation emanates from a 2001 Quebec Liberal Party paper. The initial proposition put the Council squarely in the pursuit of Quebec's constitutional demands for better coordination, a social union, better cooperation in health and social affairs, a role in the negotiation of international treaties and more fundamentally a "contestation du leadership du Gouvernement fédéral".³⁶ The Agreement of December 5 2003, signed by the ten provinces and three territories, reflects similar objectives: cooperative federalism is the goal,³⁷ as well as a new era of intergovernmental cooperation,³⁸ leadership³⁹ and institutional innovation.⁴⁰ The ten provinces and three territories are represented through their Premiers, and it is the executive branch that manages the Council. The presidency alternates every year and the funding of the secretariat is shared out proportionally among the members. Other items in the Agreement include improved sharing of information between provincial and territorial governments and — very importantly — a monitoring role of federal initiatives, although only legislative bills are mentioned.

³⁶ "Un projet pour le Québec: affirmation, autonomie et leadership", *supra*, note 3.

³⁷ www.conseildela.federation.ca.

³⁸ *Ibid.*, Préambule, par. 5.

³⁹ *Ibid.*, par. 6.

⁴⁰ *Idem.*

D • Ambitions

1 • Co-ordination

From its beginning, the Council for the Federation aimed at ensuring a certain co-ordination between the Provinces in the management of their relationship with the federal government.⁴¹ This is no small ambition. The tradition of federal-provincial relationships in Canada has been characterised by unilateral actions, and bilateral agreements that are often criticised by the non-participating provinces. The Council, through its secretariat and its Chair, wishes to bring the group of provinces and territories together in a more or less unified strategy toward the federal government. This role will require strong leadership skills and may depend on the person who occupies the position of Chair although the current format suggests that the Chair will alternate every year.

A role of co-ordination is certainly needed in Canada to create coherence in the practice of federalism. Observers suggest that the Council should focus on reinforcing provincial co-operation by attempting to develop common positions on a relatively small agenda.⁴² It will require a high degree of accommodation and skills to develop consensual positions in the context of the current Canadian federal-provincial relationships. Nevertheless, it would seem that such role is broadly endorsed by the signatories to the Agreement and in a certain sense, it could seek to bridge the different visions of federalism by focusing on common principles for the Canadian federation.

2 • Counter-weight

Already, the Council is viewed by many as a breath of fresh air in the current practice of tactical federalism: one marked with inconsistency, ultimatums and unprincipled side deals.⁴³ Indeed, the Council can destabilise the comfortable pace of intergovernmental relationships managed by the

⁴¹ The 2001 Quebec Liberal Party document refers to that role.

⁴² Charland, *supra*, note 16.

⁴³ See the critic of Charland, *supra*, note 16.

federal agenda: it can and should appropriate the agenda-setting role that the federal government has assumed for several years. It is probably in that sense that it will act as a counter-weight, by presenting alternative agendas, propositions and solutions to the federal ones.

3 · Ombudsman

In my view, the Council should see itself as the Ombudsman for federalism: it could better articulate the value of federalism for Canada in a way that does not simply reflect the self interest of one or two provinces and it should communicate this message to the public.⁴⁴ There is a need for a credible, coherent and permanent voice for the value of federalism that can transcend and mediate the differences between the different visions of federalism. A consistent articulation and explanation of the structural issues imbedded in the current federal structure would go a long way toward improving both the public perception of intergovernmental relationships and the practice of such relationships.

Ombudsmen generally have the function of acting as impartial spokespersons for a value that can easily be forgotten in the general day-to-day functioning of large institutions, government, hospitals, universities, etc. In Canada, the traditional model of the ombudsman (a spokesperson who responds to complaints with respect to governmental services) has been adapted to different contexts: official languages, environmental protection, protection of armed forces personnel. Ombudsmen are generally fact-finders who seek to convince the institution to mend its ways. Their value comes from their credibility and the strength of the research and fact — finding that they do. Their recommendations are taken into consideration and often taken up because of the impartiality and credibility of the holder of the position.

A similar role could be envisaged for the Council for the federation: it could respond to complaints about “offences” to the value of federalism or undertake longer-term inquiries into practices that do or could undermine the value of federalism in Canada. In either case, it could bring a certain amount of rigour to the arguments presented about the unfair-

⁴⁴ Charland, *supra*, note 16, makes the same point, at 3.

ness of certain bilateral agreements or the appropriate method for calculating the fiscal imbalance. It could be a useful forum for the exploration of such ideas. Its secretariat could be very helpful in generating and circulating research on federalism that could help provincial and territorial governments come to more principled discussions on the current federal-provincial issues.

4 · Creator of Customary Constitutional Law

Finally, the Council could become a proponent of best federal-provincial practices: its ability to bring about some consensus in the argumentation on intergovernmental relationships could be used eventually to challenge behaviour that would not meet such best practices standards through the creative use of the constitutional convention.

Conventions are rules of behaviour that are not directly enforceable by Canadian courts, although they have been recognised by them,⁴⁵ but are seen as “politically” binding.⁴⁶ Indeed, many aspects of the constitutional practice of the XIXth century, for example the power of the federal government to disallow provincial statutes within two years of their enactment or the power of the Lieutenant-Governor to reserve bills for the consideration of the federal government, are no longer used though still in the constitutional text. It would be contrary to constitutional conventions for the federal government to attempt to disallow a provincial statute,⁴⁷ despite the fact that this power was widely used during the XIXth century.

It is possible that the actions and consensus-developing strategies of the Council of the federation could be used to support the emergence of conventional best practices of federal — provincial relationships. For example, a resolution of the question of the spending power by the development of a set of guidelines for the financing of federal-provincial programs, which could be consistently observed by the players involved could well become a constitutional convention regulating the use of the spending power. Consensus on the method of calculating equalization pay-

⁴⁵ See *Reference Re Amendment of Constitution of Canada* (Nos 1,2,3) [1981] 1 S.C.R. 753.

⁴⁶ Monahan, *supra*, note , p. 7.

⁴⁷ See Monahan, *supra*, note 23, at 97.

ments or measuring fiscal imbalance could also serve in the long run for the establishment of customary practices. The Council is particularly well-placed to act as a catalyst in this regard because it is committed to acting by way of consensus which would allow for the expression of duties/ obligations that could become binding as they are repeated and acted upon in different contexts. Only the ability to develop consensus and well-regarded principled-based practices can ensure such future outcomes.

Conclusion

Competing visions of federalism present a rich expression of the diversity of ambitions for the federation. The traditional federal-provincial opposition does not represent the range of views and visions of federalism in Canada. To fully understand the catalyst role that the Council of the federation can provide, it is important to situate it in the context of the varied views on federalism that are being expressed in Canada today.

The structural problems of the Canadian federation, for example, the silence of the Constitution Act 1867 on the power to sign and implement international treaties or on spending power are compounded by current governance issues. The internationalisation of problems requires that more attention be devoted to international law making. In addition, the new models of governmental intervention, the “soft” law model and the move toward deregulation and increasingly diffuse forms of governing also create tensions for the federation. In both cases, the traditional arbiters of federal-provincial conflicts are ill-equipped to craft the compromises necessary to allow for a reconciliation of provincial interests in this context. It is precisely because traditional intergovernmental mechanisms, and in particular the courts, have been unable to truly impose a principled monitoring of federalism issues that the Council of the federation is seen as necessary.

The Council aspires to act as a countervailing force to the federal government in Canadian politics and to play a role as a co-ordinator of the provincial federalism agenda. In addition, I suggest that it should aim to speak for the value of federalism, to act as an ombudsman for federalism and even seek to work as a catalyst for the creation of new constitutional conventions to better regulate the practice of federalism in Canada.

INTERGOVERNMENTAL COOPERATION IN SWITZERLAND: THE CONFERENCE OF CANTONAL GOVERNMENTS

NICOLAS SCHMITT
*Institute of Federalism,
University of Friburg¹*

SUMMARY: 1. Two Preliminary Reflections. 2. The Prehistory of the CCG. 2.1. Structures and Institutions (Constitutional and Statutory) Involved in Intergovernmental Relations. 2.2. Few Constitutional Elements. 2.3. Further Developments: New Forms of Co-operation. 2.4. Conclusion on Intergovernmental Relations. 3. The Birth of the Conference of Cantonal Governments. 3.1. CCG History: A Quick Birth. 3.2. Initial Successes. 3.3. Efficient Structures. 3.4. A Large Network. 3.5. Main Partners of the CCG. 3.6. Factors in its Success. 4. The CCG role in the new Constitution of 1999. 4.1. Institutionalization of the Cantons' Right of Participation: its Prehistory. 4.2. Institutionalization of the Cantons' Right of Participation: Law and Even Constitution. 4.3. A Comment by Hanswalter Schmid, Second CCG President. 4.4. Current Trends. 5. The Surprising Adventure of the Cantonal Referendum. 5.1. The Context. 5.2. The Referendum Phase. 5.3. The Referendum Campaign. 5.4. Confidence in the Cantons and Intercantonal Co-operation. 6. Some Very Brief Reflections Concerning the Legal Status of the CCG. 7. Conclusion: Assessment and Perspectives.

Denis DE ROUGEMONT has explained that federalism is characterized by its love of complexity, in contrast with the "brutal simplicity" of totalitarian regimes. As a matter of fact, federalism implies the coexistence of a central government and a certain number of federated governments. It is therefore obvious that good management of the system calls for a certain level of co-operation or discussion between all these levels.

In Switzerland, a new forum for discussion emerged in 1993 and has taken a certain prevalence over hitherto existing forums: this is the

¹ The author wishes to remind readers of the fact that English is neither an official nor a national language of Switzerland; he therefore apologizes for all mistakes in his use of Shakespeare's language.

Conference of Cantonal Governments (CCG). This paper sets out to describe the birth of this conference, its more striking achievements and its position within the Swiss legal system. Therefore it will be divided into several parts:

1. Two preliminary reflections, in order to set the topic in the federal context.
2. The prehistory of the CCG, or of intergovernmental relations in Switzerland from a general point of view, but also in particular within the context of European integration.
3. The birth of the Conference of Cantonal Governments as such.
4. The role of the CCG in the new 1999 Constitution, one of its first significant achievements.
5. The surprising adventure of the Cantonal referendum, another great achievement.
6. Some very brief reflections concerning the legal status of the CCG, a topic that merits further attention in the future.
7. Conclusion: Assessment and Perspectives

1 • Two Preliminary Reflections

The *first of these reflections* deals with the question of intergovernmental relations in general, because this topic has to be set within a practical framework: it is not a theoretical discussion but is closely linked to the day-to-day life of the federation. Roughly speaking, relations between these two levels of power can be managed according to two different models:² comparative versus competitive federalism.

The prevalence of interdependence and the need for intergovernmental institutions and processes to deal with this has led to an emphasis on “cooperative federalism” within most federations. But equally significant is the concept of “competitive federalism”. Analysis indicates that there are benefits and costs associated with each approach.

“Cooperative federalism” contributes to the reduction of conflicts and enables coordination, but when it becomes “interlocking federalism” it may

2 See Ronald WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, p. 54s.

lead to the “joint decision trap” which reduces the autonomy and freedom of action of governments at both levels.

Advocates of “competitive federalism” argue that just as economic competition produces greater benefits as compared to monopolies or oligopolies, so competition between governments serving the same citizens is likely to provide the latter with better service. But an excess of “competitive federalism” can lead to intergovernmental conflict and acrimony and have a divisive impact within a federation.

As with all partnerships, it would appear that a blend of cooperation and competition may in the long run be the most desirable. Therefore, intercantonal relations play an important role because they indicate the level of cooperation and/or competition which takes place within the federation.

In the words of Federal Councilor Pascal COUCHEPIN (then President of the Swiss Confederation):

“Federalism can no longer be a sum of separate cantonalisms, the only objective of which is the redistribution of resources. Federalism must be constantly reinvented to improve the consideration of interests which are not only local but also supra-regional. Federalism also has to dare to establish priorities, to propose reforms and to offer perspectives to the whole country. [...] Cantonal borders are convenient to study in detail the evolution of Switzerland’s various regions. But this viewpoint is no longer sufficient at a time of European integration and globalization. The partnership between the Confederation and the Conference of cantonal governments (CCG) also has to integrate this new approach. The *reality of the facts* imposes this upon us.”³

A *second preliminary reflection* deals with the topic in Switzerland. Among all federations, Switzerland is characterized by the highest level of complexity, as this small country with 41,290 km² (about 241 times smaller than Canada) and just over 7 million inhabitants has 26 cantons and 2,900 municipalities. A huge effort of discussion and coordination among all these entities is therefore required.

From that point of view, and despite the title of this paper and the theme of this meeting, it would be wrong to consider that the Conference of Cantonal Governments (CCG) is “the” unique forum of discussion between

3 In the leaflet devoted to the 10th anniversary of the CCG, p. 16.
http://www.kdk.ch/int/kdk/fr/kdk.ParagraphContainerList.ParagraphContainer0.ParagraphList.0004.File.pdf/Schrift_mit_Titelblatt.pdf

all the actors playing a role in the Swiss federal game. As the President of the Swiss Confederation is only a “*primus inter pares*” within the Federal Council, the CCG is only a “*primus inter pares*” among other forums. Nevertheless, it has certain characteristics worthy of interest, which reflect many specificities of the Swiss system.

2 · The Prehistory of the CCG

According to Ronald WATTS, the separation of powers within both levels of government in Switzerland (as in the United States) has meant that in this federation intergovernmental relations have consisted of *multiple diffused relations* (my own emphasis) consisting of various bodies within each level of government interacting with the various bodies at the other levels.⁴

From this point of view, the first fact to be mentioned is that “inter-governmental relations” between Confederation and Cantons are largely informal. Nevertheless, there was a demand by the cantons for their institutionalization, which led to the creation of several inter-cantonal associations, and eventually to the CCG, in order to give more weight to the cantons within the framework of their negotiations with the Confederation.

2.1 · Structures and Institutions (Constitutional and Statutory) Involved in Intergovernmental Relations

Among other factors, *European integration* has brought the necessity for closer collaboration between the Confederation and the cantons and, therefore, the creation of new consulting organs. One might have believed that the rejection of the European Economic Space (EES) by Swiss voters on December 6th 1992 would have considerably reduced their importance but, as they had become accustomed to strengthening their cooperation, the new trend survived.

4 In: *Towards a European Constitution*, PIFF, Fribourg 1995.

2.1.1 · THE CONFEDERATION — CANTONS CONTACT GROUP

This group was created in 1978, following an initiative by the Federal Council, in order to coordinate the new distribution of powers between Confederation and cantons. It was then a *federal* organ. Once its work was finished, the Contact Group decided to devote itself to the problem of European integration. It worked as a coordination and consultation body in all questions connected with the integration process, in particular the EES negotiations. It was managed by the then head of the Federal department of Justice and Police, the federal Councilor Arnold KOLLER, and its secretariat was managed by the Federal office of Justice. Each canton delegated one or two members of its government.

The Contact Group was especially interested in the influence of European integration on relations between the Confederation and the cantons. After the rejection of EES, the Contact Group survived for a certain time, but its work tended to be replaced by the CCG. It disappeared in 1996.

2.1.2 · THE CO-ORDINATING COMMITTEE (IN GERMAN KoKo)

This Committee was established by the Contact Group to act as a Board for the Group and to coordinate the legal tasks arising from the adaptation of federal and cantonal law to the new European law within the EES. It was made up of representatives of the cantons (State Councilor or delegates for European affairs), the Confederation, and the Swiss Foundation for Federal Collaboration (*ch*-Foundation). Its mission consisted of preparing the basis of decisions for the Contact Group. Unfortunately, and as in the case of the latter, the rejection of the EES treaty marked the end of the KoKo.

2.1.3 · THIRTEEN WORKING GROUPS

In order to do its job of coordination and analysis, the KoKo instituted 12 Working Groups combining cantonal and federal specialists. Each group was in charge of a specific field. Working group no. 13 was created in November 1991 and was in charge of establishing, for the cantons, the list

of all cantonal provisions which should be adapted to EES law. Working groups have the results of their research in November 1991. Their main conclusion was that Swiss participation in the EES would not have led to a generalized redistribution of powers between the Confederation and the cantons.

As the EES treaty was rejected, the work of these groups was reduced and the KoKo mandated another working group which discussed the proposal launched by the cantons of the CCG. When the latter was created, these groups were discontinued.

2.1.4 · SEVERAL FORUMS AND CO-OPERATIVE INSTITUTIONS

The most important forums for intercantonal co-operation are several Conferences bringing together members of cantonal Governments. It is not primarily for coordination between the Confederation and the cantons, but only between cantons. Nevertheless, it helps informally to coordinate relations between Confederation and cantons, as these conferences allow the latter to synthesize their will. Moreover, federal councilors are invited to their discussions.

In Switzerland, cantonal governments are collegial, as is the Federal Council. It means that every cantonal government consists of from five to nine members, belonging in most cases to different parties ranging from the left to the right wing. Every member of the government is responsible for one or two sectors: finance, education, health, traffic, municipalities, agriculture etc.

These members meet regularly together within the framework of so-called Conferences of the heads of cantonal departments of finance, health etc. (there are about ten). For instance, the Institute of Federalism of the University of Fribourg has been created by the Conference of the heads of Cantonal Departments of Justice and Police.

Moreover, there are *four* Regional Governmental Conferences (cantons of Northern Switzerland, Eastern Switzerland, Central Switzerland and — created more recently — cantons of French Speaking [which means Western] Switzerland).

There are also the Dialogue Group of Cantons which have a common border with France, and to which about 9 cantons belong, among them Fribourg although it has no border with France. These Conferences are institutionalized, but they remain quite informal.

2.2 · *Few Constitutional Elements*

Most of the co-operation between Confederation and cantons remains informal. Due to the small size of the country, where almost all civil servants (at the federal and the cantonal level) know each other, this co-operation can be easily implemented around a cup of coffee, with everyone evoking the good old days when they studied together in the same university... Formal co-operation concerns important topics.

There are only two elements in this field that could be called to some extent «constitutional». The first is the obligation stipulated in Art. 147 of the Constitution that “Cantons, political parties, and interested circles shall be heard in the course of the preparation of important legislation and other projects of substantial impact, and on important international treaties”. The second is the fact that “Decisions of the Federal Parliament shall require the approval of both Chambers” (Art. 156-2), the Upper Chamber representing cantons.

Moreover, it should be borne in mind that every constitutional amendment has to be accepted in a popular vote by a *double* majority of the voters *and* of the cantons in order to be accepted (Art. 142-2 CF).

2.3 · *Further Developments: New Forms of Co-operation*

Daniel THUERER⁵ was one of the first to speak about the need to improve the consideration given to the position of the cantons in the decision-making process of the Confederation in foreign affairs. And this need will increase as Switzerland goes forward in the integration process. In this respect, there are a number of different solutions for bringing about increased participation by the cantons.

2.3.1 · THE TASK TAKEN ON BY THE CH-FOUNDATION

The *ch*-Foundation has considered in some depth the place of the cantons in the European integration process. But if the idea of increased par-

⁵ *Föderalismus und Regionalismus in der schweizerischen Aussenpolitik*, in: Zentralblatt, 1992, Nr. 2, S. 49 (70).

ticipation has been taken up by the cantons, they have been less enthusiastic about the implementation of this idea, for instance through the creation of a «Cantonal Office for European Information». In fact, the Foundation has chosen a «middle» way:⁶ it has appointed a young Swiss lawyer, an expert in European law working for a legal consultancy in Brussels. He is in charge of monitoring EES negotiations and, if necessary, of completing and enhancing documentation and information concerning the cantons. Only the cantons which are the most interested in opening up to Europe finance this “cantonal delegate”, but they agree to share with all the cantons the information he is able to gather.⁷

2.3.2 · THE EXCESSIVELY LIMITED ROLE OF THE CANTONS IN THE EUROPEAN INTEGRATION PROCESS

During the discussions concerning EES, the Federal Council participated alone in the preliminary and final negotiations. The cantons have not been fully involved in the process, although they have been informed by the Contact Group mentioned above. But information is not enough. It is impossible for the cantons to lose some powers and to have them replaced only by a right to information; likewise, it was not acceptable for Switzerland to join Europe with no right of co-decision. Joining the EU is the only way to obtain the right to participate. In order to implement this new right, several hypotheses have been put forward, but their implementation will depend of course on the political goodwill of the Confederation:⁸

- For instance, it could be possible to transform the present structure of the Council of State (the Upper House of the Federal parliament) in such a way that its members would be representatives of the cantonal governments; so they would be vested with an imperative

⁶ According to the annual Report of the *ch* Foundation, 1990, p. 36.

⁷ The Newspaper *Traktandum* (2/92) has devoted an article to this figure, “*The Cantons’ Man in Brussels*” (transl.).

⁸ The author has participated in the drafting of the ENGLER & COTTIER parliamentary initiative, aiming at a Renewal of Swiss Federalism through an extension of participation rights.

- mandate, as in the German *Bundesrat*, and would not express their personal opinions, as they currently do.
- One could also institutionalize a conference of the Presidents of the cantonal Parliaments; but as they change every year, the conference would be too weak.
 - One could also reinforce the powers of the CCG, for instance in granting it some constitutional legitimacy.
 - One could also imagine several different representatives or representations of the cantons at the Union in Brussels, as in the case of the German Länder.
 - Finally (but this list is not exhaustive), it could be conceivable — and legally possible — for the Confederation, in the event of negotiations concerning the cantons, to mandate a representative of the cantons to represent the interests of the Confederation at the EU Council of Ministers. It could be for instance a cantonal Director of Education, as a representative of the Conference of the cantonal Directors of Education.

2.4 · Conclusion on Intergovernmental Relations

When examining this topic in Switzerland, unlike in other countries, it is not so easy to follow the distinction between the so-called “formal structures and institutions (constitutional and statutory)” and “other non-constitutional forums”, since all intergovernmental co-operation in Switzerland belongs to the *second* category, apart from a few «constitutional» elements which are not directly linked to co-operation.

Moreover, co-operation between the Confederation and the cantons is mostly informal. New institutions like the defunct Contact Group of the Cantons are managed by the Confederation. Most of the “co-operative institutions” are in fact also institutions of inter-cantonal co-operation.

Nevertheless, there is a current trend towards improving co-operation between the two levels by means of constitutionalization and institutionalization. The first step toward this new concept has been the creation of several intercantonal forums and, above all, of the CCG. In Switzerland the political process is usually quite slow, but we shall see that the creation and the achievements of the CCG have been surprisingly rapid.

3 · The Birth of the Conference of Cantonal Governments

The setting up of this Conference of Cantonal Governments — no mean feat in diplomatic terms — represents a major step forward in the canton's efforts to gain greater consideration by the Confederation. One might even describe it as “a blow to the Confederation”.⁹ This new co-ordinating body was created in October 1993 and went largely unnoticed. However, the current increase in its power makes it a partner which is considered with such a degree of interest by the Confederation that some of the members of the Council of States fear competition with it.¹⁰

3.1 · CCG History: A *Quick Birth*¹¹

Compared with the long history of Swiss federalism, the CCG is a very young institution, having only reached its 13th anniversary this year, 2006. Nevertheless, taking into account its essential position within horizontal and vertical co-operation in Switzerland, it remains relatively unknown and its existence deserves more attention from specialists.

When compared with other countries, where such institutions have existed for a long time, the creation of the CCG seemed inevitable. This institution has been seen by many as the cantons' response to current challenges. Moreover, it reflects the increasing globalization of society, mentioned above by the President of the Confederation himself.

In such a context, the intensification of co-operation between the cantons themselves and between the latter and the Confederation has been increasing constantly. For the cantons (which are small), this has obviously been the only way to preserve their constituent role in the federal state, as well as their autonomy and room for maneuver. But the existing instruments allowing for vertical and horizontal cooperation, some of which had existed for a long time (see above 2.1.) were often too sector-based, and therefore less suited to meeting new needs and challenges. What was needed was a strategic instrument able to act early

⁹ Geneva Report, p. 65.

¹⁰ According to an article published in the Newspaper *Le Nouveau Quotidien* on December 12th, 1994.

¹¹ Explained by Thomas MINGER within the frame of CCG 10th Birthday.

enough and with sufficient knowledge about topics which are sometimes quite complicated, to represent the cantons in deciding policy at the federal level.

In the 1980's there was no body of this kind. For this reason, the cantons were becoming less and less satisfied with their participation in policy-making at the federal level. Moreover, at the same time it became obvious that the Upper Chamber of the Parliament, the Council of States, was less and less able to make up for this deficit. One could write a chapter about this topic and the disappointment concerning the Senate's representation of the cantons. But of course it must be pointed out that the Swiss Council of States was not primarily conceived as a pure Chamber of the cantons, according to the German model.

As we have seen above with all the previous organs devoted to cantonal co-operation, the impetus for the CCG came from the preparations for Switzerland to join the European Economic Space (EES) in 1992. At that time, the idea was to add a transitory provision to the Constitution which would have fixed at a constitutional level the cantons' consultation and participation rights within the foreign policy of the Confederation, especially for all topics dealing with European integration (see below 4.1). In this perspective, within the framework of the Confederation-Cantons Contact Group which had been working intensively since 1989 on the consequences of joining EES for Switzerland, the idea emerged of creating an organ to co-ordinate the formation of the cantons' political will in matters concerned with European integration, but also with the internal federal policy.

After the rejection of the EES in a popular vote on December 10th 1992, cantonal governments intensified their efforts to strengthen vertical and horizontal co-operation. This was justified by the possible consequences for cantonal powers of bilateral relations with Europe. Meanwhile, cantons had decided that their "Contact group", working under the auspices of the Ministry of Justice, was no longer suitable effectively to represent their interests vis-à-vis the Confederation. Therefore, in a very short time, between March and May 1993, initiatives coming from several sector-based Conferences of members of cantonal governments launched the idea of a "general" Conference of the cantonal governments, fully independent from this Contact Group.

Under these very favorable auspices (because there was a certain unanimity in this field, which is not very common or usual among can-

tions), and following relatively brief preparatory work, cantonal governments were able to create the CCG on October 8th 1993, in a fairly pragmatic and focused way, on the basis of a common administrative agreement (note that the strength of this legal structure is currently being questioned, see below 6). According to this “Convention on the Conference of Cantonal Governments”, the goal of the CCG is to foster collaboration among cantons within the scope of their powers and to guarantee coordination between and essential information for the cantons in federal activities affecting them, particularly in the domains of the renewal and development of federalism, the distribution of powers between the Confederation and cantons, the elaboration and preparation of decisions at federal level and implementation of federal powers by cantons, as well as foreign policy and integration.

3.2 · *Initial Successes*

A parliamentary motion called for a closer association of cantons with the Confederation’s foreign policy. The Federal Council has not responded to this motion, but the creation of the CCG enabled Anton COTTIER, the MP who tabled the motion, to state that it had in fact been carried out. Federal Councilor Arnold KOLLER admitted that “the internationalization of policy in Switzerland worries cantons, which have the impression they are losing some powers”. This fear on the part of the cantons was shared by all other figures in political life. The CCG appeared therefore as an important instrument to allow cantons to express their real *cantonal* views, needs and desires about federal internal *and* external policy.

In this way, cantons were united in opposing the first draft of the law on liberalization of the internal market,¹² as they thought that their interests were not significantly taken into consideration. Their remarks about the implementation of GATT-Treaty have also been discussed first within the Conference, instead of being presented separately to the Federal Council.

12 On the other hand, one can also wonder whether this new organ is not an opportunity for the canton of Zürich to try to extend its power at the expense of the Confederation. In fact, this canton — the biggest in Switzerland — has been deeply involved in the creation of the Conference and appears to be trying to control it.

From this internal point of view, the first successful result of the Conference was the fact that cantons were more closely involved in the full review of the Federal Constitution¹³ (see below 4.). Taking into account the Conference's claims, a cantonal representative sat on the Board with political responsibility for the review. Previously, a cantonal representative sat only on the committees for matters concerning political rights and justice. Generally speaking, the Conference thought it could play a role in trying to narrow the gap between the population and its authorities.¹⁴

Besides the work of the Conference, its members have also nominated a permanent informant at the Federal Bureau of Integration, as well as a delegate of the cantons at the European Commission in Brussels. This constant for a stronger voice with the Federal Council about matters concerning both interior and exterior politics led to another tangible result: representatives of cantons are involved in the drafting of the mandates for bilateral negotiations with the European Union. The French-speaking cantons also consider that the Conference is the most suitable tool to promote integration in the German-speaking cantons, which are more reluctant.

Therefore, on Friday October 7th 1994, the balance sheet of the Conference's activities was highly positive, considering that after only one year of existence it had achieved its first goal, which was to be considered by the Confederation.

3.3 · *Efficient Structures*

The structures have so far proved to be efficient, despite the short time available for their creation. The main organ of the CCG is the Plenary Assembly, in which every canton has one seat and one vote. Decisions taken with a majority of at least 18 votes are considered to be the official position of the CCG. Nevertheless, the right of each canton to defend its own position is preserved.

The Board, whose 7 to 9 members are elected according to a "regional key", represents the executive organ of the CCG. It deals with current

¹³ Nicolas Schmitt, *Managing Constitutional Change in Switzerland*, in: Bertus de Villiers and Jabu Sindane (Ed.), *Managing Constitutional Change*, HSRC Publishers, Pretoria 1996, p. 287.

¹⁴ According to an opinion poll published in the Newspapers in the beginning of June 1995, the confidence of Swiss citizens in the authorities is in steady decline.

affairs and prepares the plenary sessions. A permanent secretary, nominated by the plenary session and subordinate to the board, prepares and monitors the work of the two other organs.

At the time of its creation, the CCG entrusted the management of its secretariat to the *ch*-Foundation for Confederal co-operation. This was logical, because the latter institution, created in 1967, springs from all the cantons. It has long been used as a platform for intercantonal cooperation. This Foundation was therefore involved in the creation of the CCG. At the beginning, the secretariat of the CCG comprised only the director of the Foundation, who worked about 50% for the CCG. But considering the growing complexity of the topics the CCG had to deal with, the secretariat expanded and currently there are about 13 people working for it. However, the director of the *ch*-Foundation now also holds the position of General Secretary of the Conference.

The costs of the CCG are borne by the cantons in proportion to the number of their inhabitants. In the beginning (1993 and 1994), the operation of the CCG was paid for by the *ch*-Foundation. It had its own budget for the first time in 1995. Since the beginning, its expenses have been largely devoted to personnel (currently about three quarters). With the constant expansion of its secretariat, the CCG has also been obliged to increase its budget, which since 2003 has stood at about 2.5m francs. Between 1993 and 2002, the cantons invested about 9 million francs in the CCG, an amount that the expert Thomas MINGER considers very positive from the point of view of the relation between cost and efficiency.

An important improvement in the functioning of the CCG was the transfer of the secretariat from Soleure to Berne in January 2003, as well as the creation of an electronic portal in September 2003. These two events cost more than half a million francs, but represent important steps in the development of the CCG. Through this electronic platform, the exchange of information (which is after all the core of the CCG activity) will be made easier and quicker and this allows the CCG to be more efficient. Moreover, this transfer to Bern places the CCG closer to the federal administration and should allow improved co-operation with the Confederation. The CCG also argues that this geographical transfer is highly symbolic, as it gives more visibility to a reinforced and more natural co-operation between cantons and Confederation. Nevertheless, there are currently some critics saying that the CCG is becoming *too* close to the federal experts and that the former distance made the institution more independent!

3.4 · A Large Network

In all important cases, the CCG has set up working groups made of members from cantonal governments and administrations. These groups represent more than 200 people, all working for free. Some of the highest-profile working groups are 1) the organization assisting the CCG concerning the bilateral agreements and negotiations with the European Union, set up as early as 1994; 2) the “Cities Commission”, set up in 1995 and dealing essentially with policy on metropolitan areas and 3) the Europe-reforms-cantons Working Group (*EuRefCa*), dealing in a first phase with the evaluation of the need for reform in the event of joining the EU, and in a second phase with the cantons’ European strategy.

The CCG often co-operates with the “classic” sector-based Conferences of members of cantonal governments. This co-operation functions in a very pragmatic way. The CCG has extended its traditional activities (foreign and internal policy) to important cases of financial policy, as the allocation of the money coming from the sale of the gold excess of the National Bank, the 1998 Stabilization program or the 2003 Economy programmed or even the policy on metropolitan areas. This broadening of the themes has led to overlaps with the work of the other conferences and therefore to a need for clarification.

It is ironic to think that it has become necessary to co-ordinate the activities of the organizations devoted to co-ordinating the cantons’ activities...

In order to organize co-ordination between all cantonal Conferences in the most efficient way, presidents of all these bodies have met regularly since 1997. Moreover, at the end of 2001 they have adopted a regulatory framework for the working methods of the CCG and cantonal Conferences in order to systematize intercantonal co-operation. Finally, the Conference of the Secretaries of the intercantonal Conferences (*CoseCO*) was institutionalized at the beginning of 2003. Its secretariat, previously rotating, was transferred to the CCG, thus creating an efficient instrument of co-ordination.

3.5 · Main Partners of the CCG

The CCG’s most important partner is undoubtedly the Federal Council, which is invited to the plenary sessions. At the time of the creation of the

CCG, the Federal Council initially wanted to preserve the Confederation-cantons Contact-Group, but the existence of overlaps led to the dissolution of this group in 1996. It has been replaced by a circle called “Confederal Dialogue”, which means that delegations of the Federal Council and the CCG meet two or three times a year in order to discuss institutional, inter-departmental or foreign issues. The CCG also has close contacts with all levels of the federal administrations (all these contacts seem to create some problems of lack of independence).

The CCG also has close contacts with the Federal Assembly. At the beginning, relations were not so easy, especially with the Council of States, the Upper chamber, because its deputies considered that the CCG was a competitor. Relations have subsequently improved with the regular meetings held since 1998 between the Board of the Council of the States and the Board of the CCG, as well as the so-called “cantons’ Stammtisch”,¹⁵ this means that the CCG convenes Councilors of State and MPs on the first evening of every parliamentary session. Nevertheless, despite all these efforts, a certain tension will always exist between the CCG and the Council of the States, because both claim to represent the cantons.

Finally, the CCG has close contacts with the Association of Swiss Municipalities (*Association des communes Suisses, AdCS*) and the Union of Swiss towns (*Union des Villes Suisses, UVS*). The co-operation with the latter has not been so easy, either, because cities, confronted with acute problems, seek a direct relationship with the Confederation. The cantons have thereby seen a decrease of their powers with regard to municipalities (which are among the cantons’ most important exclusive powers). In order to bring the two parties closer together, in 1998 CCG and UVS launched a working group devoted to the question of cities and metropolitan areas. After this first step, a certain confidence allowed the creation in early 2001 of a Tripartite Conference on metropolitan areas (*Conférence Tripartite sur les Agglomérations, CTA*), under the shared responsibility of Confederation, cantons, cities and municipalities.

¹⁵ In Switzerland, the word “Stammtisch” designates a shared table where members of an association sit together.

3.6 · *Factors in its Success*

As we shall see, especially as regards the new Constitution of 1999 (see below 4.) and the first ever Cantonal referendum launched by the CCG (see below 5.), its work has been quite successful. Several factors contributed to this success.

1. In accordance with its goals, the CCG expresses the opinion of *all* cantonal governments and moreover their consolidated opinion. This capacity of consensus represents a highly contemporary mode of government.
2. Because of the secretariat of the *ch*-Foundation, the CCG has been launched on a very efficient base, which has allowed for a constant — but smooth — expansion of its own secretariat.
3. The quality of CCG decisions and positions relies on the quality of the technical ability of the cantons' experts and on close co-operation with the Cantonal conferences. Moreover, questions are dealt with very early, both at the political and technical level. Access to the technical knowledge and political experience of the cantons, coupled with an efficient network, allows for unsurpassed political efficiency.
4. The CCG is not only useful for the cantons, but also for the Confederation, because the latter is able to make the cantons sensitive to its own political goals, whether internal or external. This represents the usefulness of vertical co-operation. Moreover, the municipal level has also been increasingly associated with this process. In fact, the CTA (see above) represents the first ever structure devoted to co-operation between Confederation, cantons and municipalities.

4 · The CCG role in the new Constitution of 1999

The CCG played an interesting role in the new Constitution of 1999, as it helped to cement the cantons' role in the foreign policy of the Confederation. Moreover it helped to draft a federal law in this area.

4.1 · Institutionalization of the Cantons' Right of Participation: its Prehistory

One of the working groups instituted by the CCG proposed institutionalizing the cantons' right of participation by adding a provision — 8^{bis} — to the former 1874 Federal Constitution, to be submitted to the people and the cantons at the same time as the EES Treaty. This was the text of the new provision:

“When taking decisions within the context of European integration, the Confederation respects the autonomy of the cantons.

As far as the tasks and interests of the cantons are concerned, the Confederation informs them early enough of all the drafts related to European integration and seeks advice from them. During negotiations concerning the legislation of the cantons, it takes into account the position of the cantons, unless there is a major interest of foreign policy or integration policy.

Federal law determines the procedure” (Own transl.).

This perhaps too “revolutionary” proposal was not accepted by the representatives of the Confederation. A second draft was then elaborated according to a mandate of the KoKo, which was not accepted by Federal Councilor Arnold KOLLER, who opposed the following text:

“The Confederation seeks to inform the cantons on time and completely about further developments of the EES Agreement; it seeks advice from them and takes their proper interests into due consideration during the negotiations”

(Own transl.).

This proposal did not establish a right of participation, but spoke only about information. But it was precisely this right of participation which needed to be institutionalized, all the more so since it had been recognized in the meantime. A new version¹⁶ had the following contents:

16 Drafted by the Director of the Federal Office of Justice and the Chancellor of the Canton of Bern.

“The Confederation, concerning the enforcement and further development of the EES Treaty, as well as questions of European Integration, attends to the interests of the cantons. It informs the cantons promptly and completely, and seeks advice from them, about the preparation of decisions, wherever they are concerned”

(Own transl.).

The Canton of Vaud¹⁷ declared itself satisfied with this text, providing that it mentioned not only the interests of the cantons, but also their powers, and that it mentioned the fact that the collaboration had to be determined by a precise agreement, otherwise it could be problematic. The fact of the matter is, the only critical part of the co-operation was the form.

Despite the fact that the framework for European integration remains extremely narrow in Switzerland, these attempts to reinforce cantons' powers were quite successful, as an extension of the cantons' role for foreign affairs was contemplated in the draft of the new Constitution of 1999.

4.2 · Institutionalization of the Cantons' Right of Participation: Law and Even Constitution

After the creation of the CCG, a working group with representatives of the Confederation and the CCG began to draft a federal law on the participation of cantons in foreign policy. The Federal Council decided to put the text drafted by this group into force provisionally from September 1st 1996. Federal Chambers finally adopted this law on December 22nd 1999, and it entered into force in 2000.

Parallel to the work on this law, a more precise text was also drawn up within the framework of the update of the Constitution to define the relations between Confederation and cantons in the field of foreign policy.

As a matter of fact, a new Constitution was submitted by the Federal Council to a consultation procedure in 1995 and 1996. Different versions of contentious proposals were presented for consultation in order to weed

¹⁷ Vaud Report, p. 56.

out the most contentious issues, thereby avoiding the risk of the proposed new constitution being rejected by the population. The final text was not drawn up by a constituent assembly but by Parliament during the course of 1998. The new Constitution was accepted in a popular vote on April 18th 1999, by a small majority of 59.2 percent and by majorities of voters in 13 cantons. The new Constitution entered into force on January 1st 2000.

The scope of the resulting text exceeded what had originally been planned. Updating the Constitution was not limited to a simple “facelift.” New provisions were introduced, many reflecting existing practices that had never been set out in the Constitution. A number of these new clauses relate to federalism and are due to the existence of the CCG, which strove for greater recognition of the cantons in the 1999 Constitution because many cantonal leaders felt that the cantons had transferred too many of their powers to the Confederation over the decades. They wanted to remind the Confederation that the cantons have, and should have, powers and identities of their own. The CCG’s efforts were rewarded by the adoption of Articles 42-48 as well as of Articles 54 and 56 of Title 3, “Confederation, cantons and municipalities.” These clauses clarify, secure and in some ways enhance cantonal autonomy and participation in the Confederation’s decision-making processes.

Articles 54 - 56 of the new federal Constitution stipulate on one hand that foreign affairs concern the general role of the Confederation (para. 54-1 Cst.) and specify on the other hand that the Confederation must take into account cantons’ skills and safeguard their interests (para. 54-3 Cst.).

Moreover, it is expressly clarified that cantons are involved in the preparation of decisions concerning foreign policy which affect their skills or their essential interests (para. 55-1 Cst.), and that their opinion carries particular weight in certain cases (para. 55-3 3 Cst.).

Finally, the cantonal governments confirmed the role of the CCG in foreign policy, within the setting of the “internal framework law” concerning the CCG’s way of working and in the intercantonal Conferences of directors regarding cooperation between Confederation and cantons, adopted on December 14th 2001.

In this way, they consolidated the position of the CCG as interlocutor of the Confederation for topics related to the cantons’ role in foreign policy.

4.3 · A Comment by Hanswalter Schmid, Second CCG President

The CCG soon had the opportunity to counter its lack of credibility. Monitoring of the bilateral negotiations with the EC from the beginning was one of its most important tasks. Its two “European offices”, the old one in charge of bringing information from cantons to Brussels and the new one in charge of bringing information from cantons to the Integration Office DFAE/DFE¹⁸ in Bern, played an important role within this framework. Their direct information allowed cantons to assess the intermediate results and, at the same time, to submit questions which were to be asked from their point of view.

Cantons notably asked in this framework for the principle of their role in the foreign policy of the Confederation to be set down in law. The draft reform of the federal Constitution was also significant. The CCG adopted a consultative role on this project, to present its main vision of the relationship between Confederation and cantons. Finally, the CCG saw in the institutional orientation of the project for new financial parity (RPT) an extraordinary opportunity to modernize federalism.

4.4 · Current Trends

Out of resentment of — or maybe in fact because of — the success of the constitutional and legal implementation of the cantons’ role in foreign policy, cooperation between Confederation and cantons has been subject for some time to a certain slackening off.

If, during the negotiations on sector-based agreements with the EU, it was relatively easy to agree on the principles and the procedures to be followed to guarantee this role, the latter are being questioned once again. In this context, the Confederation calls mostly upon the arguments of (so-called) time pressure and of the protection of its power to act in foreign policy. Even if, objectively speaking, there is no time pressure — or if the latter is mainly due to cumbersome procedures at the federal level — cantons have to supply comments on complex and politically sensitive facts at such short notice that serious consideration is not possible, or even simply

¹⁸ Department of Foreign Affairs and Department of the Economy.

not compatible with a consolidated position for the cantons. Moreover, differences arise over the interpretation of the relevant legal powers. At what point are we dealing with a foreign policy decision? When Switzerland announces her willingness to negotiate with a potential foreign policy partner? Or does the adoption of a mandate of negotiation by the Federal Council involve only preliminary consultation of the cantons? Some tensions also exist at the operational and pragmatic level of the collaboration between Confederation and cantons in foreign policy. After further negotiations with the Confederation, the CCG achieved the incorporation of person responsible for information for the Swiss cantons within the Swiss Mission at the EU in Brussels in July 2002, which helped to create a more homogeneous image of Switzerland in Brussels. However, in exchange the Confederation decided unilaterally to reduce the representation of the cantons at the Integration Office DFAE/DFE to a single full-time post.

5 · The Surprising Adventure of the Cantonal Referendum

Another great achievement for the CCG is the first-ever Cantonal referendum in Swiss history. Art. 141 of the Federal Constitution provides for an optional referendum backed by 50,000 citizens or by eight cantons. This figure was chosen because seven cantons were members of the “Sonderbund” (*separate treaty*) which led to the civil war in 1847. This provision was included even in the 1848 Constitution, remained unused for more than 150 years. The adoption by the Federal Assembly in 2001 of a “tax package”, i.e. a set of three laws claiming to provide “tax relief for families” but in reality granting fiscal privileges to rich citizens, gave the CCG the chance to prove that this provision was not still-born.

5.1 · The Context

For the first time in the history of the country, a cantonal referendum has succeeded. In summer 2003 nineteen cantonal governments expressed themselves to be in favor of the referendum against the so-called “tax package” of 2001. Eleven of them formally confirmed this decision at the beginning of October 2003. With the tax package of 2001 the federal parliament had encroached on the area of cantonal and municipal fiscal policy and there-

fore not taken into account the fiscal sovereignty and financial autonomy of the cantons according to Para. 129-2 of the Federal Constitution.

Moreover, in the event of acceptance of the tax package most cantons and municipalities would have been forced to make cuts in their budgets (premium subsidy for health insurance scheme, education, health, income support, public traffic, environment, etc.), or even to raise their taxes.

For individuals (especially the middle classes and those on low incomes) the tax package would have brought little or no benefit. For the cantons and municipalities the tax deficits would have reached more than 2.5 billion, which was absolutely excessive. The cantonal governments could not therefore accept a package in this form.

The planned reform of residential property taxation in the tax package would have particularly affected the principle of equality of the Federal Constitution and taxation according to citizen's ability to pay (Para 127-2 of the Federal Constitution). The situation of homeowners would have improved substantially in comparison with tenants. The unconstitutionality of the model passed by parliament was the subject of a legal study by Prof. CAGIANUT and CAVELTI commissioned by the CCG in autumn 2003.

Apart from the doubts expressed about the constitutionality and the wisdom of this package from a financial and political point of view, cantons also pointed out the fact that citizens do not have the option to accept separate elements of the tax package, but only to accept or to decline it as a whole. The federal parliament placed family taxation, property taxation as well as the lowering of stamp duty in a single package to be voted on, which violates the principle of separation of issues, which is essential for direct democracy in Switzerland.

5.2 · The Referendum Phase

Discussion of the tax package in 2001 by the Federal Assembly was accompanied by the Conference of the cantonal Directors responsible for finance (*Finanzdirektorenkonferenz, FDK*). When in the process of settlement of differences between National Council and Council of the States it became clear that the major reservations of the cantons were being ignored, which meant that the cantons' co-operation in the parliamentary process aimed at finding a compromise between the two Chambers had not been successful, then the president of the FDK, MP Eveline WIDMER-SCHLUMPF

(canton of Graubünden), on the basis of a decision by the plenary assembly of the FDK of June 5th 2003, decided to pass the topic to the General Assembly of the CCG on June 20th 2003, in order to discuss the possibility of a cantonal referendum.

Discussion of the model in the CCG showed that the cantons were unanimously critical of the tax package voted by the Federal Assembly in 2001.

Subsequently it was recommended that the cantonal governments check the consequences for their cantons of the 2001 tax package and submit a motion about launching a cantonal referendum on the tax package, or decide to delegate this role to the cantonal Government. It was also decided to transfer to the CCG, supported by the secretariat of the FDK, leadership of intercantonal coordination and the monitoring of state activities for a successful referendum.

Against this backdrop, at the end of June 2003 the secretariat of the CCG advised the cantonal governments upon the action to take in order to launch the cantonal referendum. A sample motion to the cantonal parliament to launch the referendum was made available to the cantonal governments. The cantonal governments were also kept informed about the situation within all the other cantons.

Monitoring of the coordination work to organize the cantonal referendum was carried out by a political working group which was instituted by the Board of the CCG. This working group would later form the basis of the Committee to be constituted in the event of a vote.

The political working group initiated the following immediate measures:

- definition of responsibility for information at national level;
- commissioning of the above-mentioned legal study of the constitutionality of some aspects of the federal decree on residential property taxation;
- development of “blurb” for the cantonal governments;
- definition of other actions to take in the event of a possible referendum campaign.

On October 3rd 2003, eleven cantons (eight were required) had submitted their referendum to the federal chancellery: Bern, Obwalden, Glarus, Solothurn, Basel-Stadt, Schaffhausen, St. Gallen, Graubünden, Vaud, Valais and Jura. The cantonal referendum had thus succeeded for the first time in

the history of Switzerland. It meant that the “tax package” had to be submitted to a popular vote by all Swiss citizens.

5.3 · The Referendum Campaign

In an interview, the Zürich constitutional law professor Tobias JAAG expressed the view that the cantons should also have the right, as legal sponsors of the referendum, to express their point of view in the voting phase. However, this had to happen fairly, essentially and without excessive use of cantonal means. As long as the Constitution gives the cantons the right to a referendum, one cannot stop them taking part in the referendum campaign.

However, the cantonal governments which advocated the referendum saw themselves faced with a situation in which not all cantonal parliaments had gone along with their measures to bring about the cantonal referendum. Therefore it was necessary to consider the following aspects, delicate from a diplomatic point of view:

- the relationship of the canton governments with their cantonal parliaments had to be considered in the necessary co-ordination work;
- the principle of collegiality of the cantonal governments had to be respected;
- the existing relationship between the cantonal governments themselves as members of the CCG should not be placed in question by the vote;
- nevertheless, a clear attitude should be expressed by the cantonal governments for the benefit of their citizens concerning the tax package.

Out of consistency the cantons, particularly those which had agreed to the referendum, had to play an active and responsible role in the campaign. Due to the fact that the CCG secretariat had already co-ordinated the referendum phase, it was natural also to assign supervision of the campaign to it. Firstly, the secretariat went about establishing a federal (i.e. national) voting committee. It then had to be ensured that the voting committee, not the CCG, was perceived by the public as being responsible for the process of the referendum campaign. The CCG sec-

retariat was nevertheless available for administrative and organizational support.

With regard to the financing of the voting campaign, at its plenary assembly of October 3rd 2003 the CCG accepted the fact that financial participation by cantons had to be examined and decided independently by each cantonal government. The CCG as such could in no event take over the financial responsibility for specific measures within this campaign.

Finally, the cantonal governments also had to concern themselves with the question of they wanted to position and engage themselves in the referendum campaign against the tax package.

In accordance with a decision by the political working group of the CCG, the cantonal governments were invited to co-operate as a collegial authority, or at least as separate members, with the “No to the tax package — No to the own goal on tax” campaign committee.

In addition, representatives from cantonal governments and the Swiss cities’ association, members of federal and cantonal parliaments, as well as numerous members of city executives and local executives also promised their co-operation on the committee. Within a few weeks it was possible to form a federal campaign Committee to which more than 1,500 representatives of the different levels of the state from all political parties finally belonged.

The Committee was jointly chaired by MP (Council of States) Luigi PEDRAZZINI (Ticino), president of the CCG and Member of the Cantonal government and Eveline WIDMER-SCHLUMPF (Grubünden), president of the FDK. Furthermore, Pierre CHIFFELLE (member of the Government of Vaud) worked as a representative of Western Switzerland, MP (Council of States) Simonetta SOMMARUGA (Bern) as a representative of the Federal Assembly and City president Heinz CHRISTEN (St.Gallen) as representative of the municipal level also sat on the committee. In this way, the *three* levels of the State (Confederation, cantons and municipalities) were duly involved, which underlined the federalist character of the opposition to the tax package.

As a kind of “Prelude Event” for the referendum campaign, March 27th 2004 the Committee organized a meeting in Baden to which all committee members were invited. This event launched the real referendum campaign and also had a major impact both internally (on the Committee’s members) and outwardly (on the public).

The Committee planned to contest the referendum campaign at national level with press conferences, a website, a brochure sent to all households, public notices, announcements and the appointment of cantonal or regional co-ordinators. Moreover, cantonal governments and committee members were provided with campaign resources including blurbs, posters, mini flyer for state actions, text modules for letters to the press and text modules for articles, sample lectures, posters and model advertisements.

However, the media work (lobbying) at federal level increasingly took center stage among the activities of the Committee, along with active media work at regional level. The national media — particularly “Blick” and “Tages Anzeiger” as well as the electronic media — played a crucial role in the environment of this historic situation of “cantons against the Union”. The accessibility and/or the availability for the media, as well as a more specific portrayal of the tax package with its harmful consequences for cantons, municipalities and citizens may substantially have contributed to the increasing rejection of the tax package among large parts of the population. The debates about compensation for the “cold progression” within the framework of the spring session in 2004 also helped to emphasize the model’s incoherence and implausibility: the impression of dubious work on the part of parliament was further strengthened, even without any help from the cantons.

5.4 · Confidence in the Cantons and Intercantonal Co-operation

On May 16th 2004 Swiss voters massively rejected the tax package.¹⁹ Seen from the CCG point of view, what are the possible reasons for this victory?

It seems obvious that the rejection of the tax package was among other factors a sign of confidence in the cantons and municipalities. In addition, it seems that the public recognized that the Confederation does not have the right to encroach upon cantonal responsibilities, thereby creating massive tax deficits. Moreover, a financial political factor which played a role

¹⁹ With a percentage of no votes of between 65.9%, 67.9% and 68.6% depending on the referendum item, with a fairly high participation rate of 50.82% of voters.

was the fact that some elements of this package were unconstitutional and inequitable (e.g. residential property taxation) and therefore had little chance of success with the people.

As already mentioned, a crucial role was played by the media, which not only reflected the demands of the cantons and municipalities, but also brought to light their worsening position. The socially and politically problematic “tax package”, in combination with the fact that it was the first cantons’ referendum, obviously had high media value. In the end this contributed to the collapse of the model.

In conclusion, from the point of view of the cantons, it can be reasonably argued that the cantonal referendum was a success, particularly because cantons and cantonal governments had learned during the preceding few years how to improve their intercantonal co-operation significantly. The establishment of the CCG in October 1993 made it possible to initiate measures to improve this co-operation and better to protect the cantons within the framework of federal draft laws.

Consequently the cantonal governments could fight against the tax package with a single voice, which was of crucial importance to the success of the referendum campaign, from the point of view of the cantons.

6 • Some Very Brief Reflections Concerning the Legal Status of the CCG

As we have seen, the CCG is based “only” on an administrative agreement of October 19th 1993 (see annex). Now some questions arise about the fit between such a loose legal statute and the growing importance of the Conference.

Another question is, of course, whether the CCG has sufficient democratic and constitutional legitimacy to fulfill all tasks which have been transferred to it. Such doubts concerning the legitimacy of the CCG are expressed in political circles as well as among legal specialists. What is particularly required is that the CCG be enshrined in a formal concordat (e.g. an intercantonal treaty in Switzerland, in accordance with Art. 48 of the Constitution) which should be adopted in collaboration with the cantonal parliaments and submitted to a popular vote, as well as greater supervision of the CCG by legislatures and citizens.

However, this skepticism — not shared by all, incidentally — does refer more to the *activities* of the CCG and concerns, at least indirectly, the ques-

tion of its legal *form*. Nevertheless, the determination of a (new?) legal form must also abide by the principles of the rule of law, and therefore it will require a long, delicate process to define the new legal status of the CCG.

7 • Conclusion: Assessment and Perspectives

Looking back, the CCG made possible official recognition of the pragmatic, gradual implementation of the cantons' role in foreign policy. Such a process fits into the Swiss tradition and allows the elimination any weak points in a constant procedure of trial and error. It is notably because of the participation of cantons in the negotiations and in the common position of Confederation *and* cantons that more than two thirds of Swiss citizens approved the sector-based agreements with the EU on May 21st 2000. On June 5th 2005 and September 25th 2005, Swiss citizens also voted to join the Schengen agreement and the extension of free movement to the ten new members of the EU.

However, there has so far been no evidence of participation by cantons in foreign policy. It will be possible to speak of a real consolidation of this instrument only when its mechanisms also begin to work in cases of material and political differences between Confederation and cantons. This implies, however, that all the interested actors need to become aware of the fact that, in a federal State subject to globalization and interaction between home and foreign policy, it is now no longer possible to conduct foreign policy without involving the cantons. This also requires a minimum of confidence and mutual respect between the players at federal and cantonal level. From the federal point of view, it is necessary to consider the arguments put forward by the cantonal governments as justifiable requests which deserve attention, and not to consider consultation of the cantons as an unpleasant formality.

Cantons, for their part, have to continue to accept that foreign policy is the concern of the Federal Council and that the power of ultimate decision lies with the Confederation.

Arrêté portant ratification de la Convention sur la Conférence des gouvernements cantonaux

du 19 octobre 1993

Le Gouvernement de la République et Canton du Jura,

vu l'article 92, alinéa 2, lettre a, de la Constitution cantonale¹,
vu l'article premier, alinéa 3, de la loi du 20 décembre 1979 sur
l'approbation des traités, concordats et autres conventions²,

arrête ce qui suit :

Article premier. La République et Canton du Jura ratifie la Convention du 8 octobre 1993 sur la Conférence des gouvernements cantonaux.

Art. 2. La part des frais de la Conférence incombant à la République et Canton du Jura conformément à l'article 14 de la Convention est imputable au Gouvernement, rubrique 101.319.00.

Art. 3. Le présent arrêté entre immédiatement en vigueur.

Delémont, le 19 octobre 1993.

AU NOM DU GOUVERNEMENT DE LA REPUBLIQUE ET CANTON DU JURA

Le président : François Lachat

Le chancelier : Sigismond Jacquod

¹ RSJU 101.

² RSJU 111.1.

Annexe

Convention sur la Conférence des gouvernements cantonaux

du 8 octobre 1993

Les gouvernements des cantons de Zurich, Berne, Lucerne, Uri, Schwyz, Obwald, Nidwald, Glaris, Zoug, Fribourg, Soleure, Bâle (Ville et Campagne), Schaffhouse, Appenzell (les deux Rhodes), Saint-Gall, Grisons, Argovie, Thurgovie, Tessin, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève et Jura décident de la convention suivante :

Constitution et but de la Conférence des gouvernements cantonaux

Article premier.

- 1 Les gouvernements des cantons constituent une Conférence permanente des gouvernements cantonaux.
- 2 Elle a pour but de favoriser la collaboration entre les cantons dans leur domaine de compétences propres et d'assurer, dans les affaires fédérales touchant les cantons, la coordination et l'information essentielles des cantons, plus particulièrement dans les domaines :
 - du renouvellement et développement du fédéralisme ;
 - de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons ;
 - de l'élaboration et la préparation des décisions au niveau fédéral ;
 - de l'exécution des compétences fédérales par les cantons ;
 - de la politique extérieure et l'intégration.

Membres

Art. 2.

- 1 Les membres de la Conférence des gouvernements cantonaux sont les gouvernements des cantons.
- 2 Chaque gouvernement cantonal a droit à un siège. Le choix du représentant et la durée du mandat appartiennent à chaque gouvernement cantonal.

- 3 Les gouvernements des cantons peuvent, sous réserve de la participation égale des voix des gouvernements cantonaux, envoyer des représentants supplémentaires des gouvernements à la Conférence. Les représentants des cantons peuvent exceptionnellement se faire accompagner de collaborateurs ou d'experts.

Collaboration avec les autorités fédérales

Art. 3.

- 1 Le Conseil fédéral sera invité à participer aux séances de la Conférence.
- 2 Il peut demander à la Conférence de discuter et prendre une décision sur des objets relevant des intérêts des cantons.
- 3 La Conférence veille à une coordination appropriée avec les autres institutions de la coopération verticale.

Collaboration avec les conférences des directeurs

Art. 4.

La Conférence collabore avec les conférences des directeurs et les autres conférences intercantionales.

Organes

Art. 5

La Conférence des gouvernements cantonaux est constituée des organes suivants :

- la conférence plénière, composée des représentants des gouvernements de tous les cantons ;
- le Bureau, composé de sept à neuf membres ;
- un secrétariat permanent subordonné au Bureau.

I. La conférence plénière

1. Compétences

Art. 6.

- 1 La conférence plénière élit pour deux ans (rééligibles) :
 - le président ;
 - le Bureau.
- 2 Elle désigne le secrétariat.
- 3 Elle prend toutes les décisions qui ne relèvent pas de la compétence d'un autre organe.

2. Assemblée ordinaire

Art. 7.

- 1 La conférence plénière se réunit en général deux fois par an. Les dates des assemblées seront fixées préalablement par la conférence plénière.
- 2 Les membres de la conférence seront informés par écrit et au moins dix jours à l'avance, de la tenue de l'assemblée ordinaire.
- 3 Peuvent faire figurer des objets à l'ordre du jour :
 - le Bureau;
 - chaque gouvernement cantonal ;
 - les conférences des directeurs.

3. Assemblées extraordinaires

Art. 8.

- 1 Le président pourra convoquer la conférence plénière en assemblée extraordinaire à la demande :
 - du Bureau ou
 - d'au moins trois cantons.
- 2 En cas d'urgence ponctuelle particulière :
 - les délais de convocation prévus à l'article 7, alinéa 2, peuvent être raccourcis;
 - les formes de la convocation peuvent être simplifiées;
 - les résolutions peuvent être prises par voie de circulation; dans ce cas, les articles 9 et 10 sont applicables.

4. Délibération et vote

Art. 9.

- 1 La conférence plénière peut valablement prendre une décision lorsque dix-huit cantons au moins sont représentés.
- 2 Chaque gouvernement cantonal a une voix.
- 3 La conférence plénière peut déterminer d'autres questions de procédure dans son règlement.

5. Prise de position

Art. 10.

- 1 Lorsque la conférence plénière prend une décision à une majorité de dix-huit cantons, celle-ci est réputée constituer la position de la Conférence des gouvernements cantonaux.
- 2 Le droit des cantons d'adopter leurs propres positions est garanti.

II. Le Bureau

1. Compétences

Art. 11.

- 1 Le Bureau est l'organe exécutif faitier et de gestion de la Conférence des gouvernements cantonaux. Il traite des affaires courantes et prépare l'assemblée de la conférence plénière.
- 2 Pour le traitement des projets particuliers ou pour l'étude d'affaires de portée plus importante, le Bureau peut instituer des commissions permanentes ou non-permanentes, de même que désigner des mandataires.

2. Convocations

Art. 12.

Le président convoque le Bureau aussi souvent que nécessaire ou sur requête d'un membre.

III. Secrétariat

Art. 13.

- 1 Le secrétariat se charge de préparer la séance de la conférence plénière et du Bureau, ainsi que de tenir le compte-rendu.
- 2 Il veille à assurer une information adéquate et courante, ainsi que la diffusion de la documentation aux organes de la Conférence et aux cantons, et autres intéressés.

Financement

Art. 14.

Les frais de la Conférence des gouvernements cantonaux seront répartis proportionnellement au nombre d'habitants des cantons.

Entrée en vigueur

Art. 15.

Cette convention entre en vigueur un mois après le jour où tous les cantons l'ont ratifiée par écrit. Le Conseil d'Etat du canton de Berne en sera le dépositaire.

Notification au Conseil fédéral

Art. 16.

Immédiatement après avoir examiné tous les instruments de la ratification, le Conseil d'Etat du canton de Berne porte la convention à la connaissance du Conseil fédéral.

Dénonciation

Art. 17.

- 1 Cette convention peut être dénoncée par chaque canton moyennant un préavis de six mois adressé au Président avant la fin d'une année civile.
- 2 Après une dénonciation, la Conférence examine les possibilités de maintenir cette convention.

Publication

Art. 18.

- 1 Cette convention sera rédigée en allemand, français et italien.
- 2 Les gouvernements cantonaux veillent à publier cette convention de manière conforme.

THE CONFERENCES OF THE PRIME MINISTERS OF THE LÄNDER

MATTHIAS HARTWIG

*Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches
Recht und Völkerrecht (Heidelberg)*

SUMMARY: 1. Introduction. 2. History of the Conferences of Ministers. 3. Description of the Structure of the Conferences. 4. Procedure and Forms of Cooperation Within the Conferences. 4.1. The Rule of Unanimous Decisions. 4.2. The Lack of Binding Force. 5. Topics and Spheres of Cooperation Within the Conferences. 6. The Raison d'Être of the conferences of ministers. 7. The Relationship with the Bundesrat. 8. The Relationship with the Parliaments of the Länder. 9. The Conferences of Ministers and Party Politics. 10. A Constitutional Evaluation of the Conferences. 11. Conclusions

1 • Introduction

When discussing whether the Conference of the Prime Ministers of the Länder fits into the constitutional structure, one has to keep in mind that this conference in its existing form dates farther back than the Federal Republic of Germany and the constitution. It is a preconstitutional heritage dating from a time when Germany was under post-war occupation. The various occupation zones tried to establish a form of cooperation in order to work together against the disastrous situation in Germany after 1945. During the last 60 years the Conference has become a fixed institution in German constitutional life, and in addition 14 other conferences composed of ministers of the Länder governments have been established as parts of German political life. Although not mentioned in the Basic Law the conferences are generally accepted, and therefore it might be interesting to find out what are the reasons for the success story of these institutions.

This article will not be limited to the Conference of the Prime Ministers but will also deal with the conferences of the ministers in order to draw a comprehensive picture of this form of cooperation in the Federal Republic of Germany.

In a first step, the history of the conferences will be explained; a second part will be devoted to describing the institutions; afterwards the article will deal with the forms of cooperation within the conferences; and the fourth part will explain the scope of the establishment of the conferences. I will end my paper by discussing the constitutional evaluation and the political appreciation of these conferences.

2 · History of the Conferences of Ministers

Conferences of ministers can be found in Germany from the foundation of the German Reich in 1871 onwards. In the early days conferences above all served the aim of harmonizing educational systems in the Länder.¹ However, they were not yet composed of ministers, but of higher-ranking civil servants.² This practice continued during the Weimar Republic; the job of conferences was to coordinate the political activities of the Länder.³ After the second world war German politics were administrated by the occupying powers, an autonomous central State did not exist and the main German players were the Länder which were founded in the occupying zones prior to the establishment of the Federal Republic of Germany. In order to cope with the general misery in Germany the administrations of the various Länder met in conferences in order to prepare the necessary steps to be implemented in the Länder. In this period the conferences can be qualified as an Ersatz central power.

With the foundation of the Federal Republic of Germany the Conference of Prime Ministers disappeared, on two levels. In fact, it did not meet any more, and legally it was not even mentioned by the Basic Law. The new German constitution also kept silence with respect to the other conferences of ministers, treating them as non-existent. Likewise, no constitution of a Land rules on the existence of the conferences and of the position of the land within it. The underlying idea for this omission in 1949 was that the necessary coordination between the Länder would be con-

1 Helmut Fröchling, *Der Bundesrat in der Koordinierungspraxis von Bund und Ländern*, Freiburg 1972, p. 86.

2 Thomas Knoke, *Die Kultusministerkonferenz und die Ministerpräsidentenkonferenz*, Hamburg 1966, p. 19.

3 Fröchling (note 1), p. 86.

ducted through the organs established by the Basic Law, particularly in the Federal Council (Bundesrat). Nevertheless, the conferences of ministers kept working throughout this time, with exception of the Conference of Prime Ministers. The latter became a sleeping beauty. But this sleep was not eternal. It was awakened by the kiss of reality. In 1954, five years after the foundation of the Federal Republic of Germany the Länder re-established the Conference of Prime Ministers and since then this institution has developed strongly.

3 · Description of the Structure of the Conferences

Currently there are, besides the Conference of Prime Ministers, 14 conferences in operation, involving almost all ministries.⁴ The latest were established in the seventies with the Conference of Ministers of the Environment and the Conference of Ministers of Sport.

Most prominent is the Conference of Ministers of Education and Culture, which plays an extraordinary role in harmonization in the field of education and culture, a field where the Länder have almost full jurisdiction. This Conference is particularly highly-structured. It has its own organs; the plenary assembly is composed of the Ministers of Culture of the Länder; though others may participate.⁵ In the plenary assembly each Land has one vote; decisions which concern harmonization in educational matters, which have an impact on the budget or which aim at the establishment of new organs or concern the Conference itself require unanimity.⁶ All other may be taken with 13 out of 17 votes. The plenary assembly is competent for all material and procedural questions for which the ministers are responsible in

4 Conference of Ministers for Planning; Permanent Conference of the Ministers of Interior; Working Group of the Ministers competent in the field of Construction; Permanent Conference of the Ministers of Justice; Conference of the Ministers of Health; Conference of the Ministers of Economy; Permanent Conference of the Ministers of Education and Culture; Conference of the Ministers for Youth; Permanent Conference of the Ministers of Sports; Conference of the Ministers of Labour and Social Affairs; Conference of the Ministers of Finance; Conference of the Ministers of the Environment; Conference of the Ministers of Transport.

5 Sec. I 1; due to lack of federal powers there is no real equivalent of these ministers on the federal level. The Federal Minister for education is not a permanent member of the conference of ministers.

6 Abstention is counted as a rejection; see Sec. I 6 of the by-law.

their respective countries. Secondly, there is a presidium composed of the president and three vice-presidents who are elected by the other ministers; two other members are co-opted.⁷ The presidium appoints the civil servants working in the secretariat and fixes the agenda for the meetings of the plenary assembly. It does not represent the Conference in a legal sense, because the Conference is not a legal entity, and cannot therefore be formally represented. However, the president may speak for the Conference in the political realm, without being empowered to bind it legally. A third type of organ — however not qualified as organs of the Conference by the by-law which treats only the plenary assembly and the presidium as organs — are the commissions composed of higher-ranking civil servants to which specific matters are assigned. These commissions may take decisions in areas which do not need to be decided by the plenary assembly or the presidium. Such decisions are qualified as decisions of the Conference itself if at least one member of the Conference does not object. The secretariat is headed by the secretary general, who is elected by the plenary assembly.⁸ The secretariat is competent to deal with the normal affairs of the Conference such as the preparation of the meetings and the coordination of the work of the Conference.⁹

The procedure of the Conference is ruled by the by-law of 1955.¹⁰ The decisions of the Conference are not considered to be on the same level as the decisions of a constitutional organ, i.e. they are not legally binding. The reason for this is that the Conference is not entrusted with such powers.

The other conferences of ministers — the Conference of Prime Ministers included — are not formalized in the same way. Only a minority of the conferences are ruled by by-laws.¹¹ Only two of the conferences have a permanent secretariat,¹² in the other conferences the presiding Land fulfils the

7 Sec. II 1 of the by-law of the Conference of Ministers of Education and Culture, <http://www.kmk.org/aufg-org/gogr.pdf>

8 The Länder concluded an agreement on the Secretariat on June, 20, 1959, <http://www.kmk.org/aufg-org/home.htm?grund>

9 Part C of the By-Law.

10 In its current version of June 2, 2005.

11 Conference on Construction, Conference on Planning, see Hartmut Klatt, *Interföderale Beziehungen im kooperativen Bundesstaat*, *Verwaltungsarchiv* 78 (1987), p. 189.

12 The Conference of the Ministers of Education and Culture, the Conference of the Ministers of Construction, see Walter Rudolf, *Teilung der Staatsgewalt zwischen Bund und Ländern*, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, vol. IV § 105 para. 36.

function of a secretariat. In this sense the conferences preserve their somewhat provisional character.

Since the late fifties the composition of the conferences is not limited solely to ministers of the Länder. With the changing scope of the conference — as will be explained below — the respective federal ministers are invited to the meetings. However, in the Conference of the Prime Ministers the chancellor never takes part; if the chancellor is participating the conference is called conference of the heads of government.¹³ Only in one case is the federal minister considered to be an official member of the conference with corresponding voting rights.¹⁴

4 · Procedure and Forms of Cooperation Within the Conferences

4.1 · The Rule of Unanimous Decisions

As a rule, the conferences meet once to four times a year; however, there is no strict provision to this end.

The structural informality of the conferences is reflected in the procedure applied within these institutions. As a rule their decisions — with few exceptions in the field of procedural questions — are taken by the conferences unanimously. This proves that the conferences are not conceived as independent institutions — comparable with international organizations — to which powers are delegated to act against the will of members. They must be understood as an informal gathering of the respective ministers of the Länder.

4.2 · The Lack of Binding Force

Even more remarkable is the fact that there is no provision which qualifies the decisions of the conferences as binding.¹⁵ As generally recognized,

¹³ Klatt, (note 11), p. 190; such meetings are provided for by § 31 of the by-law of the Federal Government.

¹⁴ Conference of Ministers of Planning, s. Jost Pietzcker, *Landesbericht Deutschland*, in: C. Starck, *Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat*, Baden-Baden 1988, p. 23.

¹⁵ Christoph Vedder, *Intraföderale Staatsverträge*, Baden-Baden 1996, p. 54.

the Länder are legally not obliged to fulfil the decisions which are taken during the conferences. Generally speaking, the decisions of the conferences are joint understandings, recommendations or declarations of intention.¹⁶ However, as a rule, the Länder implement the decisions of the conferences. This is the main reason why the conferences adopt their decisions by unanimity, because the consent is the only guarantee that a decision will then be implemented.

However, in order to give more binding force to the decisions, sometimes the Länder try to transform the decisions of the conferences into administrative agreements or even treaties. The difference between an administrative agreement and a treaty lies in the requirement for parliamentary consent. Only a treaty requires such consent in form of a law of ratification. The choice between a treaty and an administrative agreement can be made by the treaty-making bodies, i.e. normally the prime ministers. However, an administrative agreement is admissible only in matters which fall exclusively within the jurisdiction of the government or the administration.

The possibility of concluding such agreements between the Länder is generally recognized. The Basic Law does not expressly provide for such a power in a general way; it mentions the treaty-making power only in the transitional provisions.¹⁷ However, it is part of German constitutional history and practice that the Länder may conclude agreements and treaties among themselves, and this power is not disputed anywhere. It is derived from the concept of the character of the Länder as partially sovereign states which possess treaty-making power with respect to other Länder. Therefore, the Basic Law provides for the right of the Länder to conclude treaties with subjects of international law,¹⁸ and sometimes a conclusion *a maiore ad minus* is drawn in the sense that if the Länder are allowed to conclude treaties with foreign States, they must be authorized to conclude such treaties and agreements among themselves.

It goes without saying that such agreements and treaties have binding force. Therefore, they are adequate means to enforce decisions taken by a conference. There are quite a lot of agreements and treaties concluded by the Länder which have been drawn up by the various conferences. By way of example, these include: the treaty on the second tele-

¹⁶ Klatt, (note 11), p. 192.

¹⁷ Art. 118, 130 para. 3 and art. 135 para. 5 Basic Law.

¹⁸ Art. 33 para. 3 Basic Law.

vision channel under public law (Staatsvertrag über das Zweite Deutsche Fernsehen),¹⁹ the treaty on the establishment of an institute for the drawing up of examinations in medicine and pharmacy;²⁰ the treaty on the distribution of university places;²¹ the administrative agreement on the rating of films;²² the administrative agreement on a central institution of the Länder for health protection in the area of medical products;²³ the administrative agreement on the power to confirm equality in higher education.²⁴ These treaties and agreements cannot be qualified as acts of the conferences, for the simple reason that the conferences are not organs, but serve as a forum where the treaties are drawn up.

It has to be underlined in this context that these agreements and treaties are of course not above the law. They have to fit into the legal order as established by the Basic Law. Being “inter-Länder” law — not federal law — they are not only subject to the constitutions of the Länder but, moreover, they must be in line with all types of federal law. In the event of a contradiction federal law will prevail over the treaty law of the Länder. It is, however, disputed whether a treaty among the Länder not in line with the constitution of the federation or of the Land concluding the treaty is null and void or simply inapplicable. The reason for this is that the treaty itself can be qualified neither as law of a specific Land, nor as federal law, nor as public international law. The law of the treaties of the Länder is law *sui generis* which is not at the disposal of a single Land; therefore, there are good grounds to hold that a Land cannot declare a treaty null and void but only a law of ratification of the Land; apart from that possibility the organs of the Land are obliged to disregard a treaty which proves to be not in line with higher-ranking law.

In no case can the Länder claim or create new powers by concluding agreements among themselves or change the relationship between the

19 Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen 1961, 269; Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt 1996, 480.

20 Treaty of October 14, 1970, Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt 1971, p. 147; the institute aims at the unification of the standards in the State examinations — always examinations of the Länder — in the given matters.

21 Treaty of June 23, 1978, Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen 1979, p. 112.

22 Administrative agreement of April 24, 1970, Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen 1970, p. 308.

23 Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt 1995, 329.

24 Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt 1992, 336.

Federation and the Länder. The treaty-making power of the Länder is limited to the powers which are generally attributed to them.

Sometimes the Länder transform a joint understanding which they reach in the conferences into a sample statute which they agreed in the conference (see e.g. *Musterbauordnung* (sample statute on construction²⁵). Afterwards they separately adopt more or less identical statutes, which simply copy the essentials of the sample statute. The sample statute itself does not have binding force but serves as a pattern for the regulations enacted by Länder. It is a means of harmonization which still leaves the Länder with a certain margin of appreciation with respect to the question of whether they want to follow the sample statute and how they want to implement it.

A very special case was the decision of the Conference of Ministers of Culture concerning the German spelling reform.²⁶ The decision taken on this end not only appealed to the members to implement the joint intention — this was only one part of the decision —,²⁷ but moreover, they authorized the president of the Conference to sign a joint declaration on the new spelling with representatives of the other German-speaking countries.²⁸ With this authorization the president could act not on behalf of the Conference but on behalf of the Länder when signing the international agreement.

5 · Topics and Spheres of Cooperation Within the Conferences

In the absence of any legal regulation of the conferences there is no general enumeration or limitation of the topics which can be dealt with in

25 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Musterbauordnung für die Länder der Bundesrepublik Deutschland*, 1999; *Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder* v. 25. 11. 1977; other examples are sample statutes of the media law, of the law on roads, of the law on construction, of the law of administrative procedure, of the law on the constitutional protection or of the law on the police, see Klaus Stern, *Staatsrecht* 2nd ed. 1984, vol. I § 13 IV 1 a.

26 Good documentation of the case can be found in the decision of the Federal Constitutional Court of July 14 1998, *Decisions of the Federal Constitutional Court* vol. 98, p. 218 ss.; it can be found under <http://www.bundesverfassungsgericht.de>

27 See e.g. the circular of the Ministry of Education, Science, Research and Culture of Schleswig-Holstein of November 5, 1996, *Nachrichtenblatt des Ministeriums*, p. 476, to be found also in decisions of the Federal Constitutional Court, vol. 98, p. 232.

28 See para. 3 of the decision of the Conference of the Ministers of Culture of November 30/December 1, 1995, decisions of the Federal Constitutional Court, vol. 98, p. 223 s.
These embraced Austria, Switzerland, and concerned also Belgium, Liechtenstein, Italy, Hungary and Romania.

the Conferences of the Prime Ministers or the ministers of the Länder. According to the Basic Law there is a presumption in favour of the jurisdictions of the Länder, i.e. they can handle all matters which are not exclusively attributed to the federal organs. Therefore, within the conferences the Länder may discuss and decide upon all topics which lie within their jurisdiction. Moreover, the Länder may likewise deal with matters which fall under the jurisdiction of the Federation, if they touch on their interests. The Conferences, being political institutions, are not limited in the questions they can deal with as long as they do not take binding decisions. Only when the Länder try to transform the understanding reached in a conference into binding treaties or if they want to implement sample laws drawn up within the conferences are they restricted in their legislative powers.

The cooperation of the Länder within the conferences may aim at the harmonization of Länder legislation.²⁹ Another task of the conferences is to try to find a common position vis-à-vis acts of the Federation which will have an impact on the Länder; it is quite common for the federal ministers, before initiating a legislative procedure, to inform the Länder about legislative intentions in the conferences, where they can be discussed in a less formal way than in the Federal Council which involves long delays.

Very often, in the conferences the Länder try to agree on the harmonized interpretation and application of federal norms which are to be implemented by the administration of the Länder.³⁰ Under the German constitution, as a rule, federal laws are applied by the Länder. In most cases federal legislation leaves room for construction. It is desirable that the application in the various Länder be unified. And this is one of the main tasks of the conferences of ministers. A prominent example — which is even well-known abroad — is the decision on the question to what extent political extremists may be admitted to the civil service — known abroad under the legally incorrect notion of “*Berufsverbot*”. This decision was taken by the Conference of Prime Ministers in 1972.³¹ It was not a normative act but just a common understanding of a constitutional provision — art. 33 para. 5 of the Basic Law — and of the implementing federal legislation — regarding what might be understood as traditional principles of the civil service,

²⁹ For examples see above footnote 25.

³⁰ Rudolf, (note 12) § 105 para. 52; Pietzcker (note 14), p. 26.

³¹ Bulletin der Bundesregierung of February 2, 1972, p. 142; decisions of the Federal Constitutional Court vol. 39 p. 334, 366.

i.e. whether these principles as laid down in the constitution and the implementing legislation require that a civil servant share the values of the constitution. Other examples of harmonization of the application of federal legislation may be found in the field of the application of provisions of federal social legislation or construction law.

Sometimes, the Länder declare in the conferences that they will undertake to harmonize administrative practice, even where there is no reference to federal law. The declaration of the conference of the ministers for education and culture on German spelling may serve as an example.³² The objective was to introduce new rules for the spelling of the German language which — among other things — should be mandatory in German schools.

6 · The Raison d’Être of the conferences of ministers

Generally speaking, the conferences should help in the self-coordination of the Länder. First, the Conferences should represent Länder interests vis-à-vis the Federation, especially in fields which are not within the sphere of the Federal Council (Bundesrat). With respect to this task two different periods may be observed in the history of the conferences of ministers.³³

In a first period, these conferences were used in order to define and to delimit the sphere of competences of the Länder vis-à-vis the Federation in fields where the distribution of powers by the Basic Law leaves room for the interpretation.³⁴ Of course, the conferences aimed at restricting the spending tendencies of the Federation. The relationship between the Federation and the Länder was conceived as a confrontation. At that time one spoke of the so-called negative cooperation by the conferences.

However, the conferences quite soon gained a new purpose with the so called positive cooperation. This means that they were used to establish cooperation between the Federation and the Länder in order to reach

³² See above footnote 26, Declaration of the Conference of the Ministers of Education and Culture of December 1, 1995.

³³ See for the following Renate Kunze, *Konföderativer Föderalismus in der Bundesrepublik — Zur Staatspraxis der Koordinierung von Bund und Ländern*, Stuttgart 1968, p. 51 ss.

³⁴ Pietzcker, (note 14), p. 21.

common goals. Federalism in Germany is conceived by the Basic Law in such a way that the Federation and the Länder cannot but interact. It will be noticed that the main legislative powers lie with the federation; however, as a rule, it is the job of the Länder to apply federal laws, because — with few exceptions — the federal administration is limited to the federal ministries. Furthermore, the Länder participate in the federal legislation through the Bundesrat which is a federal organ composed of members of the Länder governments. The majority of legislation currently requires the consent of the Bundesrat;³⁵ therefore, the Länder and the Federation cannot but collaborate in this field. Moreover, the Basic Law established quite a complicate system of finances; the Länder and the Federation must cooperate in order to guarantee adequate finances for each of them. Therefore, it would not be in line with the spirit of the Basic Law to set up the conference of the Länder as competing or even conflicting with the Federation. The main task of the Conferences cannot be to seek confrontation. The Federation and the Länder are much too interdependent to allow for such a concept. This does not rule out the conferences being used clearly to defend the interests and positions of the Länder.

Quite apart from the relationship between the Länder and the Federation the Conferences are also a tool for coordination among the Länder themselves.³⁶ Not all powers attributed to the Länder can be taken on exclusively within one Land. Very often the tasks require some cooperation between the Länder. The rules governing e.g. radio and television — falling within the jurisdiction of the Länder — cannot be fixed by only one Land, so trans-boundary cooperation is unavoidable. Preparation of the necessary measures — including a treaty — was undertaken by the conferences.³⁷ Currently, part of the fight against bird flu is organized within conferences of ministers, because on the one hand health policy lies largely within the jurisdiction of the Länder and on the other hand the birds carrying the virus do not stop at the borders between the Länder. An effective reaction has to be organized between the Länder, and the conferences are best prepared to fulfil this function.

³⁵ Currently, almost 60% of the federal legislation requires the consent of the Federal Council, see Walther Krebs, remarks on art. 50 of the Basic Law, in: I. v. Münch/P. Kunig (eds.) *Grundgesetzkommmentar*, vol. 2, München 2001, a figure which shall be reduced by the constitutional reform which is under way.

³⁶ H. Fröchling, (note 1), p. 85.

³⁷ See e.g. the Staatsvertrag of the Länder in the field of radiotelevision of August 31, 1991.

7 • The Relationship with the Bundesrat

The question has been raised of whether, alongside the constitutionally established Bundesrat, a Conference of the Prime Ministers or of the ordinary ministers of the Länder may be necessary and admissible. One could defend the position that alongside a constitutional organ there should be no room for any other comparable institution. However, one has to keep in mind that the Federal Council is restricted to participation in the federal legislative procedure and in administration on the federal level; it was not conceived as an organ for the coordination of the Länder,³⁸ whereas the conferences of ministers deal with coordination between the Länder; therefore they fulfil functions which do not fall within the powers of the Federal Council. In this sense it has been underlined that the Basic Law did not attribute to the Federal Council powers to fulfil the functions which the conferences exercise in cooperation between the Länder.³⁹ However, in some fields, especially in the preparation of federal laws, the activities of the conferences and the Federal Council are overlapping. In many cases, the federal minister first informs the conference of ministers of a planned federal law even before the Bundesrat. This has the advantage of informality. The procedure within the Federal Council is very formalized; the draft law is already written, rigid time limits are set up for the reaction by the Federal Council.⁴⁰ The informal procedure in the conferences gives more leeway for discussions, the federal minister may find out the general mood of the Länder with respect to a given legislative intention even before the whole legislative procedure is launched. The conferences are political meetings for the exchange of opinions and not technical parts of the legislative machinery.

Regarding the relationship between the Federal Council and the conferences, it is quite telling that many conferences borrow institutions — such as the secretariat — from the Federal Council in order to conduct their work. The relationship is characterized more by the cooperation than by competition.

³⁸ W. Krebs, remarks on art. 50, note 9, in I. v. Münch/P. Kunig, *Grundgesetzkommentar*, vol. 2, München 2001; H. Koschnik, *Der Bundesrat zwischen Länderinteressen, gesamtstaatlicher Verantwortung und Parteipolitik*, in: *Vierzig Jahre Bundesrat*, Baden-Baden 1989, p. 84.

³⁹ Stefan Koriath, remarks on art. 50 of the Basic Law, in v. Mangoldt/ Klein/Starck, *Grundgesetz Kommentar* art. 50 para. 29.

⁴⁰ See art. 77 of the Basic Law.

8 • The Relationship with the Parliaments of the Länder

Criticism of the conferences is linked to another consequence of this type of cooperation. The conferences are exclusively composed of representatives of the executive power. They agree on State action and in particular prepare binding agreements which either replace legislation by the parliaments of the Länder where such legislation is not necessary, but simply possible or they require only the consent of the parliament — as in the case of treaties between the Länder. But here again, the influence of the parliaments is reduced as they can give their consent to the treaty as such or refuse consent. Their influence on the content of the treaty is very limited. In this sense, the costs of the enhancement of the cooperation between the Länder are paid by the parliaments of the Länder. Federal cooperation in the form of conferences always favours the executive power.⁴¹ In a sense one may compare the conferences with the cooperation of the governments of the EU member States in the Community organs which are not best conceived to defend democracy and parliamentary rights. The executive power which acts through negotiations and aims at binding norms always has the tendency to restrict the parliaments. While there are no doubts as to the admissibility of the conferences from the point of view of federalism and the distribution of powers, questions may arise from the point of view of democracy. However, this criticism is not based on constitutional arguments because, of course, the government of a Land may conclude treaties and agreements as long as it respects constitutional jurisdictions. Nevertheless, in a political sense one may question whether the shift of powers through the conclusion of agreements within the conferences does not amount to an undue restriction of the powers of the parliaments.

9 • The Conferences of Ministers and Party Politics

German federalism is not only characterized by the relationship between the Länder and between the Länder and the Federation, but also by party politics, and quite often the parties' interests prevail over the interests of the Länder. This is also reflected in the conferences. A difference is made

⁴¹ Koriath, (note 39), para. 29.

between the so-called A-Länder — ruled by a social-democrat government and the B-Länder ruled by a Christian-democrat government.⁴² Before a conference of ministers the representatives of the A-Länder and those of the B-Länder meet separately in order to find common positions in the conference. In questions where party politics are involved the decisions taken in the conferences will follow the respective party line. In such cases it might be more difficult to find the unanimity which is mostly required for the decisions of the conferences.⁴³ However, party politics must not be overestimated; for the most part, the conferences pursue the interests of the Länder independently from party politics.

10 · A Constitutional Evaluation of the Conferences

As already mentioned above, the structure of the conferences is highly informal. To begin with their legal foundation, they are not only not mentioned either in the federal constitution or in the constitutions of the Länder, not even the most recent ones, but moreover, only one of them is founded upon a treaty between the Länder and the Federation, i.e. the conference of the ministers for planning and construction,⁴⁴ another conference being based on an agreement.⁴⁵ All the others — the conference of prime-ministers included — lack any regulatory basis.

This fact is a valid point of departure for criticism. In the field of powers a constitutional silence cannot normally be interpreted as permission. It is doubtful whether a new institution of at least a quasi-constitutional character could be created and vested with functions not attributed to it by the constitution. Powers are expressly distributed. However, nowhere does the Basic Law give an enumeration of the powers and forms of action of the Länder. It limits itself to the description of the powers of the Federation, leaving all other powers and ways of implementing them with the Länder.⁴⁶ Therefore, the silence of the Basic Law with respect to the conferences is not a sign of their inadmissibility.

⁴² Pietzcker, (note 14), p. 24.

⁴³ Klatt, (note 11), p. 194.

⁴⁴ Klatt, (note 11), p. 196.

⁴⁵ Conference of Ministers of Education and Culture, see above, footnote 8.

⁴⁶ Art. 30 Basic Law.

Furthermore, one has to take into consideration the fact that the conferences do not issue binding decisions. The agreements and treaties concluded within the conferences are not normative decisions by the conferences but of the Länder which compose them; the conferences merely serve as a forum for reaching such agreements. Divested of binding force, it is hard to imagine how they can infringe the jurisdiction of institutions constitutionally provided for. The argument that the decisions taken in the conferences will, at least in a *de facto* way, bind the Länder and therefore restrict their autonomy, is not convincing. Part of the autonomy of the Länder is the power to bind themselves. They cannot be described as organs which were invented to bypass the distribution of powers in the Basic Law.

Third, the conferences are not vested with specific rights which they may claim against other State organs. Therefore, a confrontation between the conferences and organs of the constitution cannot take place. The conferences are far too weakly developed to be a party to such a conflict. Their involvement in the political process is purely voluntary, and no decision can be implemented at the sole behest of the conferences.

Finally, if one allows that the Länder may conclude agreements and treaties among themselves — notwithstanding the fact that this is not mentioned in the Basic Law — according to an old constitutional tradition, one has in conclusion *a maiore ad minus* to admit that conferences may be held to prepare such agreements. The informal treaty-making power of the conferences is somehow implied by the treaty-making power of its members.

In conclusion, one has to state that there has not been any case before the courts in which a State organ, especially a federal State organ, claimed that the mere existence of the conferences constituted a violation of the legal order or that a conference of ministers infringed the jurisdiction of constitutionally established organs, although the fact that the conferences' powers were not defined may have created a certain risk in this respect.

But here it must be taken into consideration that it is the Federal Council (Bundesrat) which is the organ most likely to have its jurisdiction infringed upon by the activities of the conferences. However, this organ is composed of the same type of persons as the conferences — representatives of the Länder — and therefore an alleged violation of its competences would nothing be but a case of “cutting one's nose off to spite one's face”.

If one comes to the conclusion that the cooperation of the Länder within the conferences is compatible with the constitutional framework on the federal level as well as on that of the Länder, the question may arise of whether there is even an obligation on the part of the Länder to cooperate. There have been made attempts to establish such an obligation on the principle of federal loyalty (Bundestreue). Even the conferences themselves try to justify such an obligation.⁴⁷ The Federal Constitutional Court argued in such a direction twice. In a decision of July 18 1972 the Court stated that in cases in which the Federation is not able to guarantee fundamental rights in an adequate manner the question must be raised of what can and what must be done by the Länder — e.g. by concluding treaties among themselves in order to live up to their co-responsibility for cooperative implementation of the protection of fundamental rights.⁴⁸ In 1987, the Federal Constitutional Court even went a step further by underpinning “The need for such cooperation (i.e. of the Länder) derives from the principle of federal loyalty which obliges the Länder to reciprocal harmonization, to respect each other and to cooperation.”⁴⁹ However, it seems quite doubtful whether such an obligation can be subject to judicial enforcement.⁵⁰ For even if the Länder are considered to be obliged to cooperate, such an obligation may result only in an obligation to participate in the cooperation, not in the obligation to agree upon binding measures, at best there might be, so to speak, an obligation *negotiandi* and not an obligation *contrahendi*.⁵¹ As long as the Länder keep their own sphere of jurisdiction it will be difficult to force them to make use of these powers in a certain way, however desirable as it may be. The reluctance of the Länder to vest the conferences with the power to take binding decisions is in line with this reasoning. Even in cooperation they try to avoid all forms of commitment which might restrict their independence. Therefore, cooperation in the form of conferences must be seen as the recognition of political necessity rather than an acceptance of

47 Homepage of the KUK, <http://www.kmk.org/aufg-org/gogr.pdf>

48 Decisions of the Federal Constitutional Court vol. 33, p. 303, 357; in a later decision the Federal Constitutional Court left open the question of whether the Länder are obliged to cooperate in the field of education, vol. 34, p. 165, 194 s.

49 Decision of the Federal Constitutional Court, Neue Juristische Wochenschrift 1987, p. 239, 249

50 Pietzker, (note 14), p. 67.

51 Karl-Peter Sommermann, Commentary of Art. 20 para. 42, in: v. Mangoldt/ Klein/Starck, Grundgesetzkommentar, München 2005.

constitutional imperatives. And up to now there has never been a case when it was required that a Land should be forced to participate in cooperation.

11 • Conclusions

Coordination of the politics of the Länder has proved to be necessary.⁵² This coordination found an suitable instrument in the conference of prime-ministers and the conferences of ministers which, though they lack any express constitutional foundation, are no longer questioned. However, cooperation between the Länder in the conferences of ministers does not represent a fully-fledged third level within German federalism in the sense that in addition to the Länder and the Federation a realm exists where the Länder are dealing with common interests and which ranks at the same level as the Federation itself. Even if it cannot be denied that the Federation does not deal with all topics which are of shared interest to all the Länder — legislation in education where the Federation has no competences may serve as an example — it would be overestimating the importance of the conferences if one concluded from this fact that the sphere of coordination institutionalised in the conferences is somehow an equal partner to the Federation. The Federal Republic of Germany is divided into the Federation and the Länder. There is no room for a third area in which the Länder cooperate somehow on a treaty basis, extra-constitutionally. Gaps exist where the Federation is unable to act but where coordinated action by the Länder is necessary, but they can only be seen as exceptions. It was therefore quite logical for the Länder to cope with these exceptions by establishing somewhat exceptional institutions, which for lack of a regulatory background cannot even be qualified as organs. This informality proves to be much more effective than any constitutionally-founded organ. All forms of constitutionalisation of the conferences of ministers will involve a loss of flexibility and in the end a reduction of their efficiency.⁵³ One should notice that a demand to intensify the coordinating institutions of the Länder in Germany

⁵² Karl-Peter Sommermann, (note 51) Art. 20 para. 44 s.

⁵³ Klaus Stern, *Politikverflechtung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden*, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, vol. 55, 1974 p. 15, 38; Alfred Rühmair, *Der Bundesrat zwischen Verfassungsauftrag, Politik und Länderinteressen*, Berlin, 2001, p. 149.

has rarely been made.⁵⁴ Moreover, it has become clear that the most frequent problems of coordination among the Länder also involve the Federation — what is referred to as vertical cooperation, in contrast to the horizontal cooperation which concerns the Länder exclusively — and therefore it must be seen as a necessary consequence that the conferences of ministers, as a rule, also encompass the respective federal minister. And under this perspective it is impossible to defend the position that the conferences are institutionalising the third sphere of pure coordination between the Länder.

Within the framework of German federalism these conferences must not be interpreted as a counterweight to the Federation, but simply as a supplement to provide smooth, effective coordination of the collaboration between the Länder and between Länder and Federation. The clearest sign that they are not directed against the Federation lies in the fact that federal ministers are invited and included in the conferences, at least if one is not of the opinion that the best way to ensnare the enemy is to embrace him. In the end it may be concluded that the conferences of ministers at no time raised passions or even emotions in the constitutional discussion. Their informality and their refusal to exercise formal power through the adoption of binding decisions stopped them becoming a target for attack. In a sense the conferences simply pursue the German form of federalism which is deeply characterized by a wish for harmony and cooperation.

However, rather than setting too peaceful a scene, mention must be made of a problem which could arise from the activities of the conferences of ministers. Excessive coordination of the Länder might end up defeating its own purpose. By trying to strengthen their position by coordinating their policies, the Länder may run the risk of losing their identity and autonomy. If by means of the conferences they unify their legislation in the few areas which are left to them — mention could be made of the field of education and culture, but also of the police — the outcome might be that all the Länder finish up the same, not only in their rights — this is constitutionally guaranteed — but in how they make use of these rights. And if they are all the same the question will follow of why must they be different, begging the question of whether diversity is not in itself one of the highest values of federalism.

⁵⁴ See e.g. Walter Leisner, *Föderalismus als kooperativer Dialog — Vorschläge für eine Effizienzsteigerung der Bundesstaatlichkeit*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1969, p. 14 ss.

LA CONFERENCIA DE PRESIDENTES

JAVIER TAJADURA TEJADA

*Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco*

SUMARIO: 1. La Conferencia de Presidentes en el contexto de la reforma de la organización territorial del Estado. 2. El federalismo cooperativo. 3. La Conferencia de Presidentes y el desarrollo del principio constitucional de cooperación. 4. Rasgos definitorios de la institución. 5. La doble configuración (horizontal y vertical) de la Conferencia de Presidentes. 6. Las diferentes alternativas jurídicas para el establecimiento de las Conferencias de Presidentes. 7. La composición de la conferencia. 7.1. Los miembros de la conferencia. 7.2. La obligación de asistir. 8. La regulación del funcionamiento de la conferencia: la presidencia, las convocatorias y la forma de adopción de acuerdos. 8.1. La presidencia de las conferencias. 8.2. Las convocatorias. 8.3. La forma de adopción de acuerdos. 9. Las relaciones de las Conferencias de Presidentes con otros instrumentos de cooperación: Conferencias Sectoriales y Senado. 9.1. Las Conferencias de Presidentes y las Conferencias Sectoriales. 9.2. La Conferencia de Presidentes y el Senado. 10. Reflexiones finales.

1 · La Conferencia de Presidentes en el contexto de la reforma de la organización territorial del Estado

El examen de la naturaleza y las funciones de la Conferencia de Presidentes exige ubicar la institución en el contexto del proceso de reformas constitucionales y estatutarias relativas a la organización territorial del Estado que está teniendo lugar en esta VIII Legislatura de nuestro régimen constitucional.

Como es bien sabido, la que podemos denominar agenda territorial del presidente del Gobierno, don José Luis Rodríguez Zapatero, y de la mayoría parlamentaria que le respalda, comprende tres cuestiones fundamentales e íntimamente interrelacionadas:

- a) En primer lugar, una reforma constitucional limitada a la inclusión de los nombres de las comunidades autónomas en el Texto

Constitucional y a la modificación de la composición y funciones del Senado;

- b) En segundo lugar, la elaboración y aprobación de nuevos estatutos de autonomía que incrementen el autogobierno de las comunidades autónomas;
- c) Finalmente, la instauración de una Conferencia de Presidentes.

Hasta el momento, el procedimiento de reforma constitucional no ha sido formalmente iniciado, es decir, ninguno de los órganos legitimados por el artículo 166 CE ha elaborado un proyecto o una proposición de reforma constitucional. Más avanzados están, aunque todavía ninguno ha concluido con éxito, los procesos de reformas estatutarias, especialmente en Valencia y Cataluña, cuyos proyectos de nuevos estatutos se encuentran ya en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados. Por el contrario, la Conferencia de Presidentes es ya una realidad fáctica y política, y ha celebrado dos sesiones; una constitutiva (28 de octubre de 2004) y otra dedicada al tema de la financiación de la sanidad (10 de septiembre de 2005).

La relación existente entre las reformas constitucionales y las estatutarias excede, obviamente, del contenido de esta ponencia. No así, la relación entre la instauración de la Conferencia de Presidentes y las mencionadas reformas y ello porque, la conferencia —y anticipo así una de las tesis centrales de esta ponencia— debería configurarse principalmente como el órgano político de máximo nivel en el que se debatiesen los proyectos de reforma (constitucional y estatutaria) de la organización territorial del Estado. Hasta tal punto esto es así, que si la conferencia fracasase, resultaría muy difícil imaginar que el resto de las reformas pudieran concluir con éxito.

En este contexto, la creación de la conferencia, como vamos a ver, responde a una necesidad objetiva del sistema;¹ la necesidad de que los presidentes autonómicos intercambien puntos de vista, iniciativas y propuestas, y debatan sobre las reformas necesarias que, transcurrido un cuarto de siglo desde su puesta en marcha, el Estado autonómico reclama.

- a) Con respecto a la reforma constitucional del Senado, podemos afirmar que la situación actual de bloqueo que sufre sólo puede ser supe-

¹ El profesor E. Alberti, cualificado especialista en federalismo comparado, reclamó ya en 1993 la creación de una Conferencia de Presidentes. ALBERTI, E.: «Estado Autonómico e integración política» en *Documentación Administrativa*, núm. 232-233, 1993, pág. 246.

rada en el seno de la Conferencia de Presidentes. La reforma del Senado no es una ocurrencia del presidente del Gobierno, sino una exigencia del sentido común. La doctrina es prácticamente unánime en que la regulación actual de la Cámara Alta es muy desafortunada y los presidentes autonómicos son plenamente conscientes de esas insuficiencias. En la medida en que los miembros de la conferencia antepongan los intereses de las comunidades a las que representan —que en este caso coinciden con el interés general del mejor funcionamiento del Estado en su conjunto— a los intereses partidistas de erosionar el Gobierno a cualquier precio, creo que sería posible lograr un consenso o acuerdo básico para activar la reforma de la Cámara Alta.²

- b) Otro de los temas que, inexcusablemente, debe ser abordado en la conferencia es el relativo a las reformas estatutarias. Esto puede parecer discutible en la medida en que se afirme que la reforma de un determinado estatuto es una cuestión que afecta exclusivamente a la comunidad autónoma que se trate y, por lo tanto, no debe ser discutida con las restantes comunidades. Ahora bien, aunque formalmente tal interpretación pueda resultar correcta, lo cierto es que dista mucho de ser real. El proyecto del nuevo estatuto de autonomía de Cataluña, y esto lo reconocen sus propios promotores, afecta al modelo de Estado. En todo caso, produce un resultado del cual no puede predicarse que sea de interés exclusivo para Cataluña y que no afecte al resto de las comunidades autónomas

2 En la hasta ahora única monografía existente sobre el tema, BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, Iustel, Madrid, 2005, y que será citada con frecuencia en esta exposición, los autores han advertido lo siguiente: «Aunque el presidente del Gobierno y todos los presidentes autonómicos pertenecen a partidos políticos —escriben Bocanegra y Huelgo— el mero hecho de encontrarse al frente del Gobierno de una comunidad autónoma obliga a adoptar una postura institucional de defensa de unos determinados intereses públicos que impide a los presidentes colocarse en una posición de pura y simple oposición. Un presidente autonómico se encuentra, por fuerza, más presionado por los intereses de su comunidad que por intereses de partido, que en ocasiones pueden ser incluso contrarios a aquéllos. De hecho, siempre ha sido más fácil alcanzar acuerdos entre Gobiernos que entre partidos políticos, y es habitual que los presidentes de partidos que se encuentran en la oposición, o al menos algunos de ellos, se desmarquen en todo o en parte de las consignas de su partido para llegar a acuerdos que estimen beneficiosos para sus comunidades». (Pág. 28). Resulta significativo que en el último debate sobre el Estado de las Autonomías celebrado en el Senado (7 de noviembre de 2005) ningún presidente autonómico del PP rechazó expresamente la propuesta del presidente del Gobierno, relativa a la necesidad de reformar el Senado.

y al Estado en su conjunto. Por ello, y en relación con nuestro tema, comparto plenamente las palabras del profesor Ortega: «Es dudoso que el procedimiento para abordar este tipo de propuesta sea el de la tramitación aislada de una propuesta de reforma estatutaria. Dado que se trata de una propuesta de gran envergadura y que implica al conjunto de las autonomías, debería haberse buscado un foro más propicio y participativo, como puede ser, en estos momentos, la Conferencia de Presidentes, en la que inexplicablemente sólo se propone discutir el modelo de financiación, como si el resto de las propuestas no tuviesen también una dimensión global de configuración de nuestro modelo de descentralización política».³ La conferencia se nos presenta así como el órgano más adecuado para debatir el diseño final del Estado autonómico, un diseño necesariamente único.⁴

En definitiva, el proceso de reformas en el que estamos inmersos convierte en indispensable la institución a cuyo estudio está dedicada esta ponencia. El diseño final de nuestro Estado autonómico no puede ser el

3 ORTEGA, L.: *Reforma Constitucional y Reforma Estatutaria*, Civitas, Madrid, 2005. Pág. 36. Se trata de un brillante y sugerente estudio sobre la problemática de la reforma de la organización territorial, en el que se destacan los límites que la reforma estatutaria no puede franquear.

4 En este sentido, el profesor Carles Viver, uno de los más lúcidos expositores del proyecto de reforma del estatuto catalán ha advertido lo siguiente: «En el sistema actual, la posibilidad de que se estableciesen diecisiete concreciones diversas de las competencias era y es perfectamente posible, de hecho, es una posibilidad consustancial al sistema diseñado por la Constitución. No obstante, en la práctica no se ha producido esa disparidad porque el sistema tiene mecanismos para reconducir la diversidad al grado de unidad requerida en cada momento. Por ejemplo, mediante la generalización o igualación de los contenidos estatutarios o más simplemente dando al Estado sus competencias, al ejercerlas, un mismo contenido en todo el territorio a partir del contenido reconocido en los estatutos en los que las competencias autonómicas hayan adquirido un nivel superior». VIVER, C.: *La reforma de los estatutos de Autonomía*, en VIVER, C., BALAGUER, F. y TAJADURA, J.: *La reforma de los estatutos de autonomía*. Con especial referencia al caso de Cataluña, CEPC, Madrid, 2005. Pág. 27. Evidente resulta que entre estos mecanismos la Conferencia puede ocupar un lugar de primer orden. En relación con ello, conviene recordar que ante las reacciones que la aprobación por parte del Parlamento catalán del proyecto de reforma del estatuto de Cataluña provocó en otras comunidades autonómicas, el presidente de la Generalitat invitó al resto de presidentes autonómicos a que se celebrara una reunión conjunta de todos ellos para explicarles el proyecto. Interesante y loable iniciativa desde el punto de vista de la cooperación horizontal que, lamentablemente, no encontró el debido eco. Igualmente, los presidentes de las comunidades gobernadas por el Partido Popular solicitaron al presidente del Gobierno la convocatoria de una Conferencia de Presidentes para estudiar el proyecto catalán. Solicitud que hasta el momento tampoco ha recibido contestación positiva.

fruto de acuerdos bilaterales entre el Estado y determinadas comunidades autónomas, y está claro que tampoco puede ser únicamente consecuencia de un pacto entre los dos grandes partidos nacionales, habida cuenta de la escasa implantación de alguno de ellos en ciertas comunidades y el peso que tienen otros.⁵

Ese diseño debe ser configurado por todos los actores implicados, Estado y comunidades autónomas, y para articular el consenso básico necesario, esto es, para alcanzar los acuerdos políticos fundamentales susceptibles luego de ser traducidos jurídicamente mediante reformas constitucionales y estatutarias tramitadas por los procedimientos establecidos, resulta fundamental la institución que vamos a examinar.

Institución que, de una forma u otra, está presente en la mayor parte de los Estados federales o compuestos situados en la órbita de lo que se ha dado en llamar federalismo cooperativo. Por ello, en la medida en que la Conferencia de Presidentes es una institución típica de los Estados federales cooperativos, resulta obligado hacer algunas breves consideraciones sobre el particular.

5 Este agotamiento de un modelo basado en reformas pactadas entre los dos grandes partidos o entre el Gobierno central y el de determinadas comunidades, ha sido también subrayado por los profesores Bocanegra y Huergo: «La práctica de estos últimos veinticinco años muestra que, entre nosotros, los mayores problemas no vienen de las dificultades concretas de la aplicación a una comunidad determinada de las normas sobre la distribución del poder, sino de la propia configuración del modelo en su conjunto, en particular en aspectos como la financiación, las cuestiones pendientes del entramado institucional o la distribución de competencias que afectan a todas las comunidades. El problema de la financiación sanitaria, por mencionar el que con más urgencia está planteado en este momento, sólo puede abordarse desde una perspectiva multilateral, puesto que la tentación de ir solucionándolo a partir de acuerdos bilaterales que vayan resolviendo conflictos concretos, sólo llevaría a una cadena de agravios y a la inevitable aplicación de criterios diferentes en cada caso. La práctica seguida en estos años de vigencia de la Constitución avala ciertamente estos planteamientos, pues las principales cuestiones del desarrollo autonómico se han resuelto a través de acuerdos entre los principales partidos de ámbito estatal. Debe decirse, sin embargo, que este método ha agotado buena parte de sus posibilidades y desde luego no puede seguir siendo el único motor de los cambios institucionales. No es posible, sencillamente, seguir prescindiendo de las propias comunidades autónomas en debates en los que están en juego las principales líneas de su Gobierno, sus competencias o su financiación, y limitar su participación en tales debates a la capacidad mayor o menor que tengan para hacerse oír en los partidos políticos a los que pertenezcan sus presidentes. Sin olvidar que este método deja fuera, inevitablemente, a algunos partidos y a algunos Gobiernos autonómicos cuya falta de apoyo a las iniciativas constituye un primer y fundamental problema político, y que a veces se intenta recuperar a través de vías privilegiadas que nuevamente generan mayores tensiones». BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., págs. 26 y 27.

2 · El federalismo cooperativo

Dejemos a un lado la controvertida cuestión relativa a si el Estado autonómico es o no un Estado federal,⁶ en la medida en que, como acertadamente ha advertido Muñoz Machado, «se está produciendo una evidente confluencia entre los federalismos y regionalismos hacia fórmulas organizativas tan parecidas que es difícil distinguirlas».⁷ En todo caso, el estudio del modelo federal nos reporta algunas lecciones de interés. Una de ellas es la existencia de dos tipos de federalismo, el federalismo dual y el federalismo cooperativo. Digo que la lección es de interés porque sus enseñanzas pueden trasladarse a nuestro Estado de las Autonomías para situarlo en la senda del «autonomismo cooperativo».⁸

No pretendemos, por tanto, establecer las diferencias que existen entre el Estado federal clásico y otras formas de descentralización. Además, es preciso reconocer que existen diversas modalidades de federalismo. Lo que a nuestro tema interesa es la distinción de dos modelos fundamentales: el federalismo dual y el federalismo cooperativo.

El federalismo clásico (*dual federalism*) implica una rígida separación vertical de poderes. En él subyace una filosofía política de «compartimentos estancos». Existen dos campos de acción del poder perfectamente delimitados y sin ningún tipo de vinculación entre ellos: el del Gobierno central y el de los Gobiernos de los Estados.

El federalismo cooperativo (*new federalism*), por el contrario, trata de

6 Como ha puesto de manifiesto el profesor Ruipérez en sus numerosos y fecundos estudios sobre el Estado autonómico y el federalismo, lo que caracteriza al Estado federal no es otra cosa que el reconocimiento del principio de autonomía política en una Constitución normativa, con las garantías inherentes a ésta. RUIPÉREZ, J.: *La protección constitucional de la autonomía*, Tecnos, Madrid, 1994. Desde esta perspectiva, el Estado autonómico es un Estado federal. Lo que le distingue de otros es el hecho de que el Texto Constitucional reconoce el principio de autonomía política de los entes infraestatales, pero no precisa cuáles son los sujetos de esa autonomía ni el contenido concreto de esa autonomía (principio dispositivo). El origen histórico del Estado, esto es, su proceso de formación a partir de un Estado unitario o de una confederación, no condiciona su naturaleza. Dicho origen únicamente influye en su institucionalización concreta (por ejemplo, en la no descentralización del poder judicial).

7 «O, cuando menos, determinar en qué casos existe mayor descentralización, que es incluso, tal vez, menor en algunos Estados federales que en otros regionales de nuestro tiempo.» MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las comunidades autónomas*, Civitas, Madrid, 1982, Vol. I. pág. 159.

8 CORCUERA ATIENZA, J.: *Autonomismo cooperativo y autonomismo competitivo: Aquiles y la tortuga*, Sistema, núm. 118-119, marzo, 1994, págs. 87-102.

superar la técnica de la separación formal y absoluta de competencias, evitando centrar su atención en la división constitucional de la autoridad entre el Gobierno central y los Gobiernos de los Estados, y resaltando la actual interdependencia y la mutua influencia que cada nivel de Gobierno es capaz de ejercer sobre el otro. En pocas palabras, el federalismo dual responde a la idea de independencia y el federalismo cooperativo a la de interdependencia.

La opinión común es que el federalismo dual constituye el primer momento en el proceso evolutivo del Estado federal. Tanto en los Estados Unidos como en la República Federal de Alemania,⁹ por citar dos casos paradigmáticos, las técnicas del federalismo cooperativo se imponen a la filosofía que representa el federalismo dual y ello porque aquél responde mejor que éste a los problemas actuales.¹⁰ El federalismo cooperativo vigente en Alemania o Estados Unidos se caracteriza por el cruce de las competencias del poder central y las de los poderes territoriales. Este cruce conduce a la Federación y a los Estados a actuar cada vez más de forma conjunta, mediante acuerdos en los que se diseña un modelo de actuación común, que luego será ejecutado por actos de la Federación o de los Estados en función de la titularidad de la concreta competencia que se ejerza en cada caso.

9 Sobre el modelo alemán, véase el magnífico estudio, ya clásico, del profesor Alberti. ALBERTI, E.: *Federalismo y cooperación en la RFA*, CEC, Madrid, 1986. También el ensayo de VOGEL, J. J.: *El régimen federal de la Ley Fundamental*, en BENDA y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996. págs. 612 y ss.

10 La transformación del federalismo dual en federalismo cooperativo es un proceso simultáneo al de la sustitución del Estado liberal por el Estado social. Y es que, efectivamente, el federalismo dual no era sino un mecanismo de protección del sistema económico capitalista. El federalismo dual se configuró en los Estados Unidos como un medio de defensa del liberalismo económico. El propio Tribunal Supremo estadounidense reconoció que no se trataba tanto de conservar un equilibrio ideal de poder establecido por la Constitución como de impedir cualquier intervención del poder público en lo que se consideraba un ámbito restringido a la iniciativa privada. Durante el siglo xx, fue necesario fomentar la acción del poder federal y hacer que los Estados se olvidasen de su soberanía, pues eran estos últimos los únicos que albergaban pretensiones intervencionistas. Surgió así la teoría de los poderes implícitos. Con el nuevo siglo, cuando cambiaron los papeles y fue el poder federal el que mostró su voluntad de intervenir, el Tribunal invocó los derechos de los Estados como fundamento del federalismo dual. El cambio no se produjo hasta los años treinta, con el *New Deal* de Roosevelt, y entonces no sin grandes dificultades. Pese a la resistencia del Tribunal Supremo, el federalismo cooperativo se impuso. El Estado intervencionista conduce inexorablemente a la noción de interdependencia. Así, para mantener la unidad del sistema financiero, el Gobierno federal, mediante ayudas y subvenciones económicas a los Gobiernos de los Estados, logró establecer unas relaciones de cooperación que permitieron garantizar la propia unidad económica nacional.

Las ventajas que el federalismo cooperativo representa para el funcionamiento de cualquier Estado compuesto son claras.¹¹ En primer lugar, la facilidad que, para el ejercicio de las funciones administrativas, proporciona un sistema caracterizado por una comunicación fluida entre todas sus instancias territoriales y en el que resulta frecuente el logro de acuerdos. En segundo lugar, «el federalismo cooperativo permite ampliar el campo de acción autonómico al hacer posible su participación en decisiones y competencias en las que realmente no cabe ir más allá, pues no podría otorgársele su titularidad completa. Así se consigue, a la vez, ese mínimo de uniformidad y de centralización que se considera en un cierto momento necesario».¹²

Este federalismo cooperativo presenta dos manifestaciones fundamentales:

- a) Una dimensión vertical: el federalismo cooperativo vertical. Con esta fórmula nos referimos al sistema de relaciones que se pueden producir entre el Estado Federal, por un lado, y los Estados miembros, por otro. Este sistema puede estar institucionalizado, constitucionalizado incluso, o bien carecer de apoyos jurídicos formales y basarse en la mera praxis política.
- b) Una dimensión horizontal: el federalismo cooperativo horizontal. La fórmula alude al sistema de relaciones que se producen entre los Estados miembros. En relación con este sistema, la cuestión fundamental reside en si el poder federal puede o no intervenir en él y, en caso afirmativo, cuál debe ser el grado de su intervención. Por

11 Lo que no quiere decir que deban ocultarse los riesgos que el modelo cooperativo entraña. Entre éstos cabría señalar los siguientes:

- a) Al difuminarse la barrera que separa las competencias estatales de las autonómicas, el ejercicio de las mismas, de forma pactada o conjunta, difumina también la responsabilidad política que cabe exigir a cada instancia;
- b) El federalismo cooperativo puede dar lugar también a situaciones de bloqueo del sistema: en la medida en que la toma de decisiones corresponde a varios entes, el deseable consenso se convierte en un elemento imprescindible a falta del cual se impide la adopción de una decisión, quebrando así la regla básica de la democracia del Gobierno por mayoría;
- c) Por último, el lugar central que ocupan los Gobiernos en este modelo provoca un desplazamiento de los Parlamentos regionales a un papel secundario con respecto a los ejecutivos. Es preciso ser consciente de estos riesgos a la hora de articular un eficaz modelo de federalismo cooperativo.

12 BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 140.

regla general, suele aceptarse que el Gobierno federal asuma un papel de garante en este tipo de relaciones. También aquí podemos distinguir entre relaciones informales e institucionalizadas.

«El federalismo cooperativo —escriben los profesores Bocanegra y Huergo— es un fenómeno de la práctica, fáctico, que se superpone a una realidad normativa en la que sólo existen dos niveles de Gobierno, el estatal y el autonómico, y no tres (con uno mixto), y en la que, por tanto, las competencias están atribuidas en cada caso al Estado o a las comunidades autónomas, que después deciden, a partir de sus respectivas titularidades, optar por una actuación conjunta.»¹³

La Conferencia de Presidentes es la manifestación más importante del federalismo cooperativo en el plano institucional, tanto en su dimensión horizontal como vertical. En nuestro país, la conferencia, en su configuración vertical, ha surgido al margen de toda previsión normativa, por iniciativa política del presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero. Iniciativa que se tradujo en la celebración, el 28 de octubre de 2004, de la I Conferencia de Presidentes, acontecimiento que marcó un hito en la evolución del Estado autonómico español.¹⁴

3 · La Conferencia de Presidentes y el desarrollo del principio constitucional de cooperación

En uno de los mejores estudios que se ha escrito sobre las reformas territoriales, el profesor Ortega ha planteado con acierto la necesidad de superar el actual Título VIII de la Constitución: «Debemos pasar de un Título VIII de creación del modelo a un Título VIII de funcionamiento del mode-

¹³ BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 136.

¹⁴ Valga, por todos, este testimonio del profesor Reviriego, quien se ha referido al éxito de la Conferencia en estos términos: «Especialmente a la vista del dato de que el debate político subsiguiente pasó a contemplarse desde su prisma; toda cuestión parecía susceptible de ser resuelta en la misma, y así lo trataban de hacer los diferentes actores (...) en los últimos meses pasamos de apenas haber oído hablar de la Conferencia de Presidentes, fuera de sede doctrinal (...) a no poder abrir un periódico o escuchar una declaración política sin encontrar una referencia a la misma» REVIRIEGO, F.: «El Senado y la Conferencia de Presidentes» en el Panel titulado *Nuevas dimensiones de las relaciones intergubernamentales*, en IV Congreso de la ACE, Baeza, 2005. Ejemplar mecanografiado, pág. 9.

lo».¹⁵ En ese nuevo Título, debe ocupar un lugar central el principio de cooperación ya que el funcionamiento eficaz del Estado sólo podrá lograrse en la medida en que se articulen mecanismos y procedimientos que canalicen la cooperación entre las distintas instancias territoriales del poder y en la medida en que exista una voluntad real de cooperación entre ellas.

La consolidación y el perfeccionamiento de nuestro Estado Autonómico exige llevar a cabo unas reformas tendentes a su modernización: «Una de las claves de esta modernización exigida y que lentamente se va implantando —escribe el ilustre catedrático de Derecho Administrativo citado— es la perspectiva de un resultado conjunto de la actuación de todas las instancias políticas implicadas en un asunto. El resultado social de las políticas públicas en un modelo descentralizado es siempre producto de una actuación plural. Por ello, la nueva reforma debe incidir, esencialmente, no tanto en el volumen competencial, sino en las formas de este ejercicio competencial. Se deben trasladar a la Constitución los principios de una actuación cooperativa y solidaria».¹⁶

Desde esta perspectiva, que comparto plenamente, la reforma territorial (constitucional y estatutaria) debería tener por objeto, fundamentalmente, no tanto la reapertura del tema relativo al reparto del poder mediante un incremento de las competencias de los poderes territoriales en detrimento de las competencias de los poderes centrales, sino el desarrollo del principio constitucional de cooperación. Es decir, la creación y el perfeccionamiento de instrumentos y procedimientos que sirvan de cauce para las relaciones cooperativas entre las distintas instancias territoriales de poder. Dicho más brevemente, el debate no debería centrarse sólo en asumir nuevas competencias, sino también, y principalmente, en la forma de ejercer mejor las competencias que ya se tienen.

En este sentido, en el último debate sobre el Estado de las autonomías, celebrado en el Senado el 7 de noviembre de 2005, el presidente del Gobierno reiteró su propósito de, por un lado, incrementar el autogobierno de las comunidades, y por otro, fortalecer los instrumentos de coope-

¹⁵ ORTEGA, L.: *Reforma constitucional y reforma estatutaria*, ob. cit., pág. 49.

¹⁶ ORTEGA, L.: *Reforma constitucional y reforma estatutaria*, ob. cit., págs. 49 y 50. En concreto, suscribe una propuesta que formulé, hace años, de suprimir los límites del artículo 145 y permitir los acuerdos de colaboración en los que sólo tengan que intervenir los Gobiernos autonómicos, TAJADURA, J.: «El artículo 145 CE: los convenios y acuerdos de cooperación entre las comunidades autónomas», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 21, 1996, págs. 113-142.

ración entre ellas y el poder central.¹⁷ El Estado autonómico, afirmó el presidente, no se fortalece sólo con el reconocimiento de mayor autogobierno, tal y como hacen las reformas estatutarias en curso, sino que requiere que las comunidades autónomas participen y se impliquen de forma activa en las tareas del Estado. Para lograr esto, formuló una doble propuesta:

- a) La creación de una ponencia y un calendario de reforma de la Cámara Alta para convertirla en una Cámara Territorial. En la ponencia participarían representantes de las comunidades autónomas y de los grupos parlamentarios. Su objetivo sería acordar la reforma constitucional del Senado, valorando el informe que el Consejo de Estado emita sobre el particular.
- b) La consolidación de la Conferencia de Presidentes ya existente, como «órgano político, de impulso y desbloqueo de conflictos enquistados». Para ello, propuso crear un foro preparatorio que elaborase un proyecto de acuerdo entre el Estado y las comunidades autónomas sobre los objetivos y los instrumentos de cooperación. Éste debería ser uno de los principales temas a tratar en la Tercera Conferencia.¹⁸

El Senado y la Conferencia de Presidentes se configuran así como los pilares fundamentales del principio de cooperación, desde un punto de vista institucional. Ambos deben configurarse como foros de cooperación. Ahora bien, debemos destacar que una de las enseñanzas del federalismo comparado es que los órganos de cooperación intergubernamental ocupan hoy la posición central que en este aspecto pudo corresponder en el pasado a las Cámaras Altas. Así lo ha puesto de manifiesto el profesor Eliseo Aja, gran experto en ambos temas: «En todos los federalismos existen instituciones importantes donde se discuten los problemas comunes a los diferentes Estados o *länder* y donde se buscan las soluciones. En el pasado (y aún

¹⁷ Véase *El País*, 7, 8 y 9 de noviembre de 2005.

¹⁸ Ningún presidente autonómico del Partido Popular rechazó expresamente estas propuestas. Únicamente cabe destacar la posición de la presidenta de la Comunidad de Madrid, quien advirtió que no acudiría a ninguna Conferencia más si ese foro no se regulaba antes; si no se fija un reglamento de quiénes pueden convocarlo y de cómo se fija el orden del día. Entiendo que si el objeto de la próxima Conferencia fuese precisamente abordar esas cuestiones, la Presidenta de Madrid, por coherencia con su propio planteamiento, debería asistir.

hoy en Alemania) esa instancia fue el Senado, pero (...) en Estados Unidos o Suiza, el Senado ya no cumple esa función y ha sido sustituido por otros mecanismos de relación directa entre los Gobiernos, que se integran en las llamadas relaciones intergubernamentales».¹⁹ Mecanismos entre los que ocupan un lugar destacado las Conferencias Sectoriales y las Conferencias de Presidentes.

En suma, la necesidad de fortalecer estos instrumentos cooperativos es una opinión doctrinal generalizada.²⁰ Sólo por ofuscación o por dolo se puede rechazar la oportunidad y la conveniencia de consolidar las Conferencias de Presidentes. Se trata de una institución que puede contribuir a remediar o a mejorar los cuatro grandes problemas del Estado autonómico, a saber, su excesiva bilateralidad, su excesiva conflictividad, la deficiente participación autonómica en temas que les afecten (fundamentalmente, política europea) y la inexistente cooperación horizontal entre comunidades autónomas.

Con estas premisas, en los epígrafes que siguen, vamos a ocuparnos sucesivamente de las siguientes cuestiones: los rasgos definitorios de la institución (4); su doble configuración: horizontal y vertical (5); las diferentes alternativas jurídicas para su institucionalización (6); su composición (7); la regulación de su funcionamiento: la presidencia, las convocatorias y la forma de adopción de acuerdos (8); y, finalmente, las relaciones de las Conferencias de Presidentes con otros instrumentos de cooperación: Conferencias Sectoriales y Senado (9).

4 · Rasgos definitorios de la institución

Como rasgos definitorios de la Conferencia de Presidentes podemos señalar los siguientes:

- a) En primer lugar, la justificación de la institución reside en las funciones que está llamada a desempeñar y que sólo ella puede cum-

¹⁹ AJA, E.: *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, págs. 198-199.

²⁰ ALBERTI, E.: «La colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas» en *El futuro de las autonomías. Balance y perspectivas*, (L. Martín Rebollo, dir.), Universidad de Cantabria, Santander, 1991. Desde una perspectiva horizontal, AJA, E. y GARCÍA MORALES, M. J.: «Las relaciones entre comunidades autónomas. Problemas y perspectivas», en *Informe comunidades autónomas 2000*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2001.

plir. Ante todo y sobre todo, configurarse como un foro de encuentro y diálogo entre todos los presidentes; un foro que permita la discusión sobre los grandes problemas de Estado,²¹ incluidos especialmente, como hemos visto, los relativos al propio modelo de Estado Autonómico;²² un foro que permita la superación de situaciones de bloqueo y la resolución de los conflictos políticos que puedan surgir en las relaciones entre el poder central y los territoriales;²³ un foro que sirva también para canalizar la cooperación entre las comunidades autónomas para la defensa de las propias competencias mediante un mejor ejercicio de las mismas y que permita incluso excluir la intervención estatal mediante un ejercicio conjunto de las competencias autonómicas.

- b) En segundo lugar, y como consecuencia de esa diversidad de funciones, la conferencia debe presentar dos formaciones: una horizontal integrada exclusivamente por los presidentes autonómicos, y otra vertical que incluya la presencia del presidente del Gobierno. La configuración vertical de la conferencia resulta indispensable siempre que se vayan a discutir cuestiones de Estado. Carece, sin embargo, de sentido cuando lo que se va a tratar es la defensa de las competencias autonómicas a través de un ejercicio mancomunado de las mismas.
- c) En tercer lugar, un rasgo definitorio esencial de esta institución es su naturaleza estrictamente política. Esto es, nos encontramos ante un órgano político cuya función esencial va a ser el debate y la deliberación de problemas con el objeto de lograr acuerdos sobre los mismos, pero no la adopción de decisiones jurídicamente vinculantes. La conferencia alumbrará acuerdos políticos cuya traducción jurídica dependerá del sistema de reparto competencial constitucionalmente establecido.

21 Problemas que, aunque afectan a materias de competencia estatal, indirectamente acaban por afectar también a las comunidades: política de inmigración, planificación de infraestructuras de interés general, prevención de incendios, lucha contra el crimen organizado.

22 Entre éstos podemos citar: la financiación autonómica, la aprobación de leyes básicas o de leyes de delegación, la reforma de los estatutos de autonomía, la aprobación de planes estatales de coordinación o de acciones conjuntas con las comunidades autónomas, o la forma de participación de éstas en los asuntos europeos.

23 Entre estos conflictos, en nuestro país, resulta especialmente grave el provocado por la aprobación del Plan Hidrológico Nacional.

- d) En cuarto lugar, la conferencia como tal no es titular de competencia alguna y, por ello, su establecimiento en nada incide ni afecta al sistema de distribución de competencias constitucionalmente establecido. Ahora bien, esto ha llevado a algunos a concluir que la conferencia no es un órgano del Estado ni de las comunidades autónomas.²⁴ Albergó algunas dudas sobre esta afirmación. Una cosa es mantener que se trata de un órgano que no incide en el sistema de distribución competencial y otra sostener que no afecta a la estructura orgánica del Estado. Me parece más correcto —aunque el tema requeriría un estudio más profundo— propugnar que la conferencia vertical es un órgano del Estado (federal) como lo es el Senado, mientras que la conferencia horizontal debería considerarse un órgano de la estructura institucional autonómica; un órgano común a los representantes de todas las comunidades autónomas e integrado por los mismos.

La principal razón que me lleva a defender esta tesis es que, fuera del Estado y de las comunidades autónomas, no puede existir órgano alguno. Todos los órganos o instituciones de poder público, en sentido amplio, que se creen en el seno de nuestro Estado Constitucional como Estado compuesto, deben poder configurarse como órganos del Estado o como órganos de las comunidades autónomas. Para decirlo con mayor claridad, no pueden establecerse órganos en el vacío. El órgano tiene que vincularse siempre a una instancia de poder, la central o la territorial. Precisamente porque considero que la conferencia vertical es un órgano del Estado, propugno también su institucionalización mediante una ley estatal (cuyo fundamento constitucional es el principio de lealtad federal).

- e) Como consecuencia de que las instituciones que nos ocupan no son titulares de competencias en sentido estricto, el establecimiento de la Conferencia de Presidentes no exige reforma constitucional alguna. Su implantación, como se ha visto, es posible incluso al margen de cualquier previsión legal al respecto. En todo caso, como veremos después, ello no significa que no resulte más oportuno y conveniente otorgarle la necesaria cobertura jurídica.

²⁴ BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., págs. 72-73.

- f) La regulación del funcionamiento de la conferencia puede y debe ser muy flexible. En la medida en que no puede adoptar actos jurídicos vinculantes y, en consecuencia, impugnables, carece de sentido el establecimiento de cualquier tipo de formalismo que encorsete su actuación.
- g) Finalmente, y de ello dependerá su éxito o su fracaso, su funcionamiento debe tener por norte la búsqueda del consenso. En la medida en que la función básica de la conferencia es el logro de acuerdos, y no la adopción de actos jurídicos, resulta claro que la eficacia de aquéllos es incompatible con el principio de mayoría.²⁵ El acuerdo debe ser fruto del consenso y no de la imposición de la mayoría sobre la minoría. Esto, evidentemente, resulta más fácil decirlo que llevarlo a la práctica. El principio mayoritario tiene su lugar en otros órganos competentes del Estado y de las comunidades. En todo caso, establecida la necesidad del consenso, hay que huir de lo que acertadamente se ha denominado «trampa del consenso» y de la consiguiente parálisis del Estado.²⁶ En nuestro ordenamiento, el Estado dispone de medios para, en todo caso, afrontar y resolver los problemas y las grandes cuestiones que le afecten.

Una vez enunciadas estas siete notas que van a determinar el régimen jurídico de la conferencia y su lugar en el Estado Autonómico, procede examinar alguna de ellas con mayor detalle.

5 • La doble configuración (horizontal y vertical) de la Conferencia de Presidentes

Como ya vimos, las funciones que la Conferencia de Presidentes debe cumplir son varias y muy distintas. Ésta puede y debe ser tanto un instrumento de participación en competencias estatales como de defensa de las

²⁵ Los profesores Bocanegra y Huergo advierten de «la necesidad de sostener (la Conferencia) en la búsqueda de consensos, mucho más que en la adopción de acuerdos mayoritarios, que con toda probabilidad arrastrarían irremediabilmente al fracaso de la Conferencia». BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 69.

²⁶ Sobre este tema, y en relación con el federalismo alemán, véase DARNSTADT, T.: *La trampa del consenso*, Trotta, Madrid, 2005. Con un magnífico estudio preliminar del profesor Sosa Wagner.

propias competencias autonómicas. Ahora bien, nos encontramos con que para desempeñar con éxito esas tareas, en unos casos resulta imprescindible la presencia del presidente del Gobierno mientras que en otros dicha presencia resulta disfuncional.

Concebida la conferencia como un instrumento que permite a los presidentes autonómicos pronunciarse sobre los grandes problemas y las cuestiones que afectan al Estado (la problemática de la inmigración en sentido amplio, la incidencia del cambio climático, el envejecimiento de la población, etcétera), entre los cuales destacan los relacionados con el propio modelo de Estado Autonómico, resulta evidente la necesidad de configurarla de forma vertical, esto es, como conferencia del presidente del Gobierno con los presidentes autonómicos. Dos razones avalan esta conclusión:

- a) En primer lugar, porque sin la participación en la conferencia del presidente del Gobierno, ningún interés tendrían los presidentes autonómicos en expresar de forma colectiva su opinión sobre los problemas mencionados. En la medida en que los temas abordados son competencia de los poderes centrales, el interés de los presidentes autonómicos consiste, precisamente, en que el presidente del Gobierno les escuche para, en su caso, tomar las decisiones pertinentes.
- b) En segundo lugar, precisamente porque los temas a discutir afectan directamente a competencias estatales, esto es, no autonómicas, no parece legítimo que sean abordados exclusivamente por los presidentes autonómicos. En resumen, la exclusión del presidente del Gobierno de la Conferencia de Presidentes, cuando la conferencia desempeña las funciones mencionadas, convertiría a éstas en inútiles desde un punto de vista práctico y, teóricamente, arrojaría dudas sobre su compatibilidad con el principio de lealtad federal.

Por el contrario, cuando la conferencia cumple una función de defensa y promoción de las propias competencias autonómicas (no de participación en las competencias estatales), comparando experiencias o debatiendo iniciativas comunes, la presencia en ella del presidente del Gobierno resulta claramente disfuncional por dos razones comprensibles fácilmente:

- a) En primer lugar, porque dificultaría notablemente el debate y la deliberación de los temas en la medida en que será él, normalmente, el destinatario de esas reclamaciones conjuntas. Resultaría difícil para aquellos presidentes autonómicos pertenecientes al mismo partido que el del presidente del Gobierno hacer un frente común con presidentes autonómicos de otros partidos en su presencia. La adopción de este tipo de acuerdos políticos entre los presidentes autonómicos excluye la presencia del presidente del Gobierno en la conferencia.
- b) En segundo lugar, la presencia del presidente del Gobierno carece por completo de sentido en todos aquellos casos en que el objetivo pretendido por la conferencia es precisamente excluir la intervención estatal, esto es, «bloquear preventivamente la intervención estatal de coordinación (impuesta desde arriba), sustituyéndola por una flexible y voluntaria autocoordinación».²⁷

No cabe, por tanto, plantear la institucionalización de la conferencia en los términos de una alternativa entre su formación horizontal o vertical. Según qué tareas vaya a desempeñar, ambas son necesarias.

En todo caso, la presencia y participación del presidente del Gobierno en determinadas reuniones de la conferencia y su exclusión en otras, nos exige precisar si bajo la denominación de «Conferencia de Presidentes» nos referimos a una institución única o a dos diferentes, y cuál es, en su caso, la posición del presidente del Gobierno en ella (la de un miembro nato que en ocasiones se abstiene de participar o por el contrario alguien que, no siendo miembro de la conferencia, es invitado a participar en ella en determinadas ocasiones).

En nuestra opinión, creemos que el modelo alemán (que distingue las reuniones que realiza el canciller con los presidentes de los *länder* de las que

²⁷ «Esto no quiere decir —añade el profesor Bocanegra con palabras que compartimos plenamente— que siempre carezca de sentido la presencia de representantes del Estado en las comisiones o grupos de trabajo de cooperación entre las comunidades autónomas. En muchos casos, esa presencia será muy útil para aportar conocimientos o experiencias, en especial porque la actuación autonómica, aun en ámbitos de su estricta competencia, nunca está completamente aislada de la estatal y suele ser perfectamente inútil ignorarla. Se trataría, sin embargo, de una presencia lateral, a título estricto de información y colaboración, muy distinta al papel que corresponde a los ministros en las Conferencias Sectoriales al uso.» BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 78.

estos últimos mantienen de forma separada) resulta más apropiado para las necesidades que el principio de cooperación plantea en el Estado Autonómico español.²⁸ A modo de razones que justifiquen la necesidad de esta doble configuración de la institución o, para decirlo ya con más claridad, esta doble institucionalización de la misma, podemos señalar las siguientes:

- a) La posición del presidente del Gobierno no puede encajar adecuadamente en una configuración única de la institución. Y ello porque no podemos considerarle un mero invitado al que se le permite acudir a unas sesiones y no a otras,²⁹ y porque, como hemos visto, tampoco parece funcional convertirlo en miembro nato de la conferencia, habida cuenta de que ello significaría que la posibilidad de celebrar una conferencia horizontal dependería, en todo caso, de la decisión del presidente del Gobierno de no acudir. Dicho con otras palabras, sería tanto como otorgarle un derecho de veto para la celebración de aquélla. Tenemos el precedente de las Conferencias Sectoriales, en las que la presidencia ministerial determina que los consejeros autonómicos sólo pueden hablar de sus propios asuntos bien si el ministro se incorpora tarde a la reunión o bien si se ausenta de la misma. Aunque esto se ha llegado a pactar en algunas ocasiones, no parece ser el procedimiento más adecuado y, en todo caso, la práctica demuestra que las reuniones de consejeros no se han consolidado en modo alguno y no han contribuido al desarrollo de la cooperación.
- b) El reforzamiento del autogobierno de las comunidades autónomas resulta también incompatible con una configuración única de la institución. No puede ni debe ser el Estado, esto es, sus poderes centrales, los que, desde la posición de superioridad que ostentan por la propia lógica del sistema, les digan a los presidentes cuándo y cómo tienen que reunirse para tratar sus problemas comunes mediante una ley estatal o una decisión política del presidente del Gobierno. Ello exige que la conferencia horizontal, la integrada exclusivamente por presidentes autonómicos, tenga su propia regulación y que no

²⁸ En el mismo sentido, y a quienes seguimos en sus razones, BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., págs. 81 y ss.

²⁹ Posición similar a la que ocupan los secretarios de Estado respecto al Consejo de Ministros y que, por ser expresión de una relación de subordinación, contradicen la posición constitucional que ocupa el presidente del Gobierno.

intervengan los poderes centrales en el establecimiento de la misma (salvo, claro está, que se pretenda recogerla en el Texto Constitucional).

La conclusión que podemos extraer de todo lo anterior resulta muy clara. Corresponde al Estado regular e impulsar la Conferencia del Presidente del Gobierno con los presidentes autonómicos, mientras que son las comunidades autónomas las que deben decidir la celebración de las reuniones entre sus presidentes y la institucionalización de la Conferencia de Presidentes Autonómicos.³⁰

Nos encontramos, por tanto, con dos instituciones de composición distinta y llamadas a desempeñar tareas también diferentes. Por ello, a partir de ahora, las estudiaremos separadamente.

6 · Las diferentes alternativas jurídicas para el establecimiento de las Conferencias de Presidentes

Una vez precisado que nos encontramos ante dos instituciones distintas (Conferencia de Presidentes Autonómicos y Conferencia del Presidente del Gobierno con los presidentes autonómicos), resulta evidente que también se haga por separado el análisis de las distintas alternativas jurídicas que existen para su institucionalización. En este sentido, y en relación con cada una de ellas, se trata de examinar la necesidad, posibilidad, conveniencia u oportunidad de regularlas jurídicamente. Las alternativas que se nos ofrecen son, básicamente tres:

- a) En el propio Texto Constitucional (con todas las cautelas inherentes a la activación del proceso de reforma constitucional);
- b) Mediante una norma de rango legal;
- c) En virtud de otro tipo de instrumentos jurídicos, como puede ser un convenio.

³⁰ En el mismo sentido, BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 83: «La heterogeneidad de los temas a tratar en unas y otras reuniones, y las diferencias que en su funcionamiento puede producir la distinta composición de las mismas, son otras tantas razones que llevan a preferir que el Estado regule e impulse la llamada configuración vertical de la Conferencia de Presidentes, con la participación del presidente del Gobierno y los presidentes autonómicos, quedando para estos últimos, es decir, para las comunidades autónomas por ellos dirigidas, decidir la realización de reuniones independientes y darles la regulación y la forma institucional que prefieran».

Ahora bien, como cuestión previa que no podemos soslayar se nos plantea el interrogante de si es conveniente o no esta institucionalización formal de las conferencias mediante algún tipo de instrumento jurídico. En este sentido, debemos a los profesores Bocanegra y Huergo una observación esencial: «Una primera y fundamental conclusión que ofrece el análisis comparado es que las instancias del tipo de la Conferencia de Presidentes pueden surgir y desarrollarse con gran vigor sin necesidad de estar reguladas formalmente. Es más, es justamente allí donde surge una verdadera voluntad de reunirse (una *affectio societatis*) y una conciencia de la necesidad y conveniencia de la actuación conjunta, donde ésta prende, con el resultado secundario (y accidental) de que acaba siendo regulada. Cuando se empieza con la regulación formal, sin una previa conciencia de la oportunidad de la conferencia, no es seguro que la idea prospere y produzca resultados efectivos para el sistema político. Al contrario: la aprobación de leyes que después quedan incumplidas, una vez agotado el impulso inicial, por falta de una vivencia efectiva de los supuestos en que se basan, constituye un mal ejemplo con efectos ciertamente negativos».³¹

La advertencia que acabamos de transcribir está cargada de razón. Baste recordar, por ejemplo, que legalmente se estableció que había de celebrarse un debate anual en el Senado con la participación de los presidentes autonómicos sobre los problemas generales del Estado Autonómico y, desde 1997, no se había celebrado. Ha habido que esperar hasta el año 2005 para que la previsión legal se cumpliera. Y no está de más tampoco recordar, porque es significativo de una actitud y de una voluntad muy clara respecto al principio de cooperación, que el presidente de la Comunidad Autónoma Vasca no quiso asistir y no asistió a dicho debate.

Podemos señalar que los malos ejemplos alegados no son expresivos de la atmósfera política general sobre el tema. Esto es, que en líneas generales, las fuerzas políticas y las distintas instancias territoriales de poder comparten la convicción de que es necesario profundizar en el principio de cooperación y desarrollarlo como un elemento estructurador del Estado.

31 BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., págs. 85-86. El caso de Alemania resulta paradigmático, donde las reuniones de los presidentes de los *länder* comenzaron a celebrarse sin ningún tipo de cobertura jurídica, en función de las circunstancias políticas de la época; circunstancias ciertamente excepcionales como fueron la extinción formal del Estado alemán a consecuencia de su derrota y rendición incondicional en la Segunda Guerra Mundial.

No sé —creo obligado confesarlo— hasta qué punto estas valoraciones pueden incurrir en un exceso de optimismo y de confianza en el sistema, e incluso en el puro voluntarismo. En todo caso, en el citado debate sobre el Estado de las Autonomías del pasado noviembre, el presidente del Gobierno colocó el desarrollo del principio de cooperación en un lugar destacado de lo que podemos denominar la agenda política territorial. Agenda, lamentablemente, ocupada hasta entonces únicamente por planteamientos reivindicativos de más altos techos competenciales.

Hechas estas advertencias, hay que subrayar, además, que la implantación de las Conferencias de Presidentes no requiere reforma constitucional ni previsión legal alguna y ello porque aquélla no asume ninguna competencia que corresponda a otros órganos del Estado. La naturaleza y el carácter esencialmente políticos de las conferencias determinan que, jurídicamente, no resulte imprescindible formalizar estas instituciones. En la medida en que no adoptan actos jurídicos vinculantes, sino que su objetivo es alcanzar acuerdos políticos, no es preciso regular su existencia y funcionamiento en un instrumento legal. Lo mismo ocurre con las reuniones bilaterales del presidente del Gobierno con los presidentes autonómicos. Estas reuniones carecen de cobertura jurídica y ello no impide que en ellas se adopten importantes acuerdos políticos.

Ahora bien, que no sea necesario no quiere decir que no sea conveniente. Varias son las ventajas que la institucionalización de las conferencias reportaría.³² En primer lugar, en un contexto jurídico-político como el nuestro, muy poco acostumbrado a las instancias informales, la institucionalización formal de las conferencias reforzaría su legitimidad. Y, sobre todo, en segundo lugar, garantizaría la continuidad de la institución, esto es, la regularidad de su funcionamiento, que no dependería ya exclusivamente del clima político coyuntural o de las actitudes personales de sus miembros.

Admitida así la conveniencia de institucionalizar formalmente las conferencias, procede determinar el instrumento normativo más adecuado para conseguirlo.

A medio plazo, no cabe rechazar la posibilidad de recoger en el Texto Constitucional la previsión de la existencia de ambas conferencias. Ello sólo sería aconsejable una vez que las mismas se hubieran consolidado y hubie-

³² En el mismo sentido, BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 88. Es de parecer contrario, REVIRIEGO, F.: *El Senado y la Conferencia de Presidentes*, ob. cit.

ran acreditado en la práctica su operatividad y funcionalidad. Dicha recepción constitucional debería efectuarse en el contexto de la definitiva constitucionalización de nuestro modelo de Estado,³³ esto es, en el momento — que lamentablemente cada vez veo más lejano — en que se decida asumir en el texto constitucional todas las consecuencias de los principios de igualdad y lealtad federales. Ello implicaría la reelaboración de un Título VIII profundamente renovado que incluiría, entre otros, un capítulo relativo al orden de distribución de competencias (el mismo para todas las comunidades autónomas), seguido de otro capítulo en el que se abordasen las relaciones entre ordenamientos y entre instancias territoriales. En este último capítulo, habría que incluir las previsiones relativas a la cooperación interterritorial en sus dimensiones horizontal y vertical.

Descartado, a corto plazo, la recepción a nivel constitucional de las Conferencias de Presidentes, ¿cuál es el instrumento jurídico más adecuado para regular hoy su existencia y funcionamiento? Esta pregunta exige, como ya anticipamos, dos respuestas diferentes, una para la conferencia horizontal y otra para la conferencia vertical.

- a) En lo que se refiere a la Conferencia de Presidentes Autonómicos, su regulación no puede corresponder a los poderes centrales del Estado. Éstos no pueden establecer, al margen de sus competencias, obligaciones para los órganos autonómicos. Dicho con otras palabras, no pueden decirles a los presidentes autonómicos cómo y cuándo deben reunirse para tratar sus asuntos y resolver sus propios problemas. Esto quiere decir que cualquier pretensión de regular la Conferencia de Presidentes en su configuración horizontal mediante una ley estatal tendría dudoso encaje constitucional y sería difícilmente aceptable por las comunidades autónomas. La regulación de la Conferencia de Presidentes Autonómicos debería venir precedida, en consecuencia, de una iniciativa política autonómica (de una o varias comunidades autónomas) para celebrarlas.

33 Entendiendo dicha constitucionalización como lo han hecho los profesores Ruipérez o Balaguer. RUIPÉREZ, J.: *La protección constitucional de la Autonomía*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 334. BALAGUER, F.: «La constitucionalización del Estado Autonómico» en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 9, 1997. Tributario de sus planteamientos y enfoques, mi trabajo, TAJADURA, J.: «La constitucionalización del mapa autonómico: una reforma necesaria pero insuficiente» en *La Reforma Constitucional* (S. Roura y J. Tajadura, directores), Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

Una vez decidido por los presidentes autonómicos, en su primera reunión o en cualquiera de las posteriores, la continuación y la formalización de estas reuniones, podrían regularla mediante un mero acuerdo político, o lo que resultaría más conveniente para la estabilidad de la institución, mediante un convenio de cooperación propiamente dicho.

- b) La regulación de la existencia y del funcionamiento de la Conferencia del Presidente del Gobierno con los presidentes autonómicos corresponde obviamente al poder central y hay que defender la conveniencia de que éste la lleve a cabo mediante una ley estatal.³⁴ Esta ley no podrá tener la calificación de Orgánica, en la medida en que no afecta a cuestiones competenciales, no entra en colisión con los estatutos de autonomía y no afecta a ninguna materia de las que le están reservadas constitucionalmente.³⁵ La preferencia por una norma de rango legal sobre un instrumento infralegal de rango reglamen-

³⁴ No está de más recordar que el Ministro de Administraciones Públicas, don Jesús Posada, miembro de uno de los Gobiernos del Partido Popular, se planteó, a mediados del año 2000, como uno de sus objetivos —obviamente no cumplido— al frente del Ministerio, la elaboración de una Ley General de Cooperación. Véase su intervención al respecto en el apéndice documental de la *Revista de Estudios Autonómicos*, núm. 1, 2002. En contra de la institucionalización se pronuncia REVIRIEGO, F.: «El Senado y la Conferencia de Presidentes» en el Panel titulado *Nuevas dimensiones de las relaciones intergubernamentales*, en IV Congreso de la ACE, Baeza, 2005. Ejemplar mecanografiado, pág. 16: «Mientras esa reforma del Senado siga sin ser una realidad (si es que finalmente llega a producirse) parece oportuno seguir abogando por la no formalización jurídica de la Conferencia de Presidentes, tanto de la dimensión vertical que conocemos, como de la dimensión horizontal, en el supuesto —complejo— de que se articule». También plantea sus dudas el profesor Salazar en un excelente trabajo en el que se alude tangencialmente al tema, SALAZAR, O.: «Las relaciones de cooperación entre las comunidades autónomas», en el mismo Panel del citado Congreso. Ejemplar mecanografiado, pág. 29.

³⁵ Fórmula que ya se propuso en 1994 con ocasión de la constitución en el Senado de la Comisión General de las comunidades autónomas, en el primer debate sobre el Estado de las Autonomías. El texto legal que en aquella ocasión se propuso fue el siguiente: «I. Se crea la Conferencia de Presidentes formada por los presidentes de los Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas, además del presidente del Gobierno que la presidirá. El ministro de la presidencia actuará de secretario. Los miembros podrán asistir acompañados del personal que estimen conveniente. II. La Conferencia tendrá carácter deliberante tomando sus acuerdos por unanimidad, reuniéndose semestralmente o a petición de un tercio de sus miembros en la sede que se fije para la reunión. III. La Conferencia debatirá cuestiones generales de interés común, que no corresponden a órganos creados por ley para esta finalidad, y coordinará las Conferencias Sectoriales. IV. La Conferencia emitirá su parecer sobre los proyectos normativos de la Unión Europea y designará a los representantes autonómicos en las Comisiones Interadministrativas para los asuntos económicos relacionados con la Unión Europea y de seguimiento y coordinación de las actuaciones relacionadas con la defensa del Estado español ante el TJCE (...) Su creación se hará por

tario no requiere mucha explicación. Si de verdad queremos que la conferencia sea un órgano político relevante para el normal funcionamiento del Estado Autonómico, resulta absurdo dejar en manos del Gobierno la posibilidad de que éste libremente apruebe y modifique (llegando incluso a su supresión) la regulación de la existencia y del funcionamiento de la conferencia.³⁶

Podemos concluir por tanto que la Conferencia de Presidentes en su configuración vertical debe ser regulada por una ley ordinaria estatal. Ahora bien, puede tratarse de una ley cuyo único objeto sea la regulación de la conferencia o puede ser una ley de contenido más amplio y en la cual la regulación de la conferencia encuentre un encaje adecuado.³⁷

La aprobación de una ley reguladora exclusivamente de la existencia y del funcionamiento de la conferencia refuerza, desde un punto de vista simbólico y formal, la relevancia de la institución. Resulta innecesario insistir una vez más en que, políticamente, resulta imprescindible alcanzar un consenso con las comunidades autónomas sobre el reducido contenido de esta ley aunque, jurídicamente, no pueda ponerse en cuestión su legitimidad constitucional.

Esto último, la conveniencia, sino necesidad, de alcanzar un amplio consenso con las comunidades autónomas sobre el contenido de la norma, conduce a los profesores Bocanegra y Huergo a plantear la utilización de un instrumento alternativo a la ley estatal: un convenio entre el Gobierno central y los Gobiernos autonómicos. «La alternativa entre la ley estatal y el convenio como instrumento regulador de la conferencia en su configuración vertical —escriben los autores citados— debe decidirse en función del grado de implicación de las comunidades que se considere necesario (...) Si la conferencia se regula entre nosotros mediante una ley estatal especí-

ley, dejando los detalles concretos de su estructura a un reglamento elaborado por la propia Conferencia». *El principio de cooperación: Conferencia de Presidentes*, Debate sobre la situación del Estado de las Autonomías, Comisión General de las comunidades autónomas del Senado, 26 de septiembre de 1994, págs. 31-32. Innecesario es recordar que la propuesta fue completamente relegada al olvido.

36 En el mismo sentido, BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 89.

37 Por referirnos, una vez más, al caso alemán, la ley del Gobierno de 1997. En Alemania, la previsión de la Conferencia en la ley del Gobierno (modelo alemán) no ha planteado ningún problema. Se entiende que ésta obliga no tanto a los presidentes de los *länder* como al canciller a contar con aquéllos y, por ello, los *länder* ven con buenos ojos esta regulación.

fica, y no mediante la ley de Gobierno, podría suceder que las comunidades autónomas, o alguno de sus Gobiernos, tuvieran la sensación de que se les recluta desde fuera, y desde arriba, para participar en un órgano creado, al menos formalmente, a espaldas suyas».³⁸ A ello añaden otra preocupación, porque no se puede descartar, a pesar de que carezca por completo de fundamento, «un debate acerca de la constitucionalidad de una ley de estas características, en la medida en que establece una fórmula de colaboración no prevista en la Constitución ni en los estatutos, ni amparada en la voluntad de las comunidades autónomas».³⁹ Para salvar estas objeciones, que insisto, los autores citados consideran jurídicamente inconsistentes, se propone la fórmula del convenio. Su gran ventaja respecto a la ley es que permite incorporar plenamente a las comunidades en la regulación de la conferencia.

A mi juicio, sin embargo, la regulación de la conferencia mediante un convenio podría otorgar a ésta, aunque sólo fuera en el plano simbólico, una apariencia confederal e incompatible con la propia naturaleza de la institución. La fórmula del convenio debe ser rechazada por una razón fundamental. El objeto de la ley es crear un órgano en el que se va a permitir a las comunidades participar en los asuntos de Estado, esto es, discutir sobre materias que son competencia de los poderes centrales. Ello impide que sean las propias comunidades autónomas las que participen en la creación de la conferencia. En mi opinión, sólo el Estado está legitimado para abrir, unilateralmente, este cauce de participación autonómica por la sencilla razón de que las materias que va a tratar la conferencia afectan, básicamente, a competencias estatales.

En este contexto, si las comunidades autónomas plantearan la menor duda sobre la constitucionalidad de la creación por ley ordinaria de una conferencia del presidente del Gobierno con los presidentes autonómicos, sería expresión de que no existe un clima político favorable para el desarrollo del principio de cooperación, por lo que la iniciativa en sí (con independencia del instrumento normativo que lo recoja) estaría condenada al más absoluto de los fracasos. El objeto de la ley es crear un órgano que permita a las comunidades participar en decisiones estatales, esto es, discutir, deliberar y ser oídas sobre materias que son competencia del poder central. Dicho con otras palabras, se trata de un órgano que no sólo no cer-

³⁸ BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 90.

³⁹ BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 91.

cena competencias autonómicas, sino que, en todo caso, las incrementa de alguna forma al abrir esta nueva vía de participación. Negarse a participar en este foro y dudar de su constitucionalidad es ignorar por completo los fundamentos constitucionales de todo Estado compuesto, y de forma especial, el principio de lealtad federal.⁴⁰

La creación de la Conferencia de Presidentes beneficia a las comunidades autónomas. A través de ella pueden participar en asuntos estatales. Si, a pesar de esto, plantean objeciones a su creación por ley, la solución no es recurrir a un convenio, dando la impresión de que las comunidades pueden pactar con el Gobierno en pie de igualdad la creación de un órgano político fundamental para el funcionamiento del Estado y para el desarrollo de un principio estructural del mismo (cooperación).⁴¹ En ese caso, esto es, sin un consenso autonómico básico sobre la necesidad de la conferencia, mejor sería olvidarnos de ella. Para decirlo con mayor claridad y contundencia; la existencia de una actitud y una voluntad de cooperación real por parte de las comunidades autónomas debería traducirse en la reclamación por parte de éstas al Gobierno y a las Cortes para que creen la conferencia. Dicha reclamación autonómica ha sido escasa y desigual. Preciso es reconocer que, en España, la creación de la conferencia ha sido una iniciativa del presidente del Gobierno de la nación.

Como conclusión de todo lo anterior, en mi opinión, la posibilidad de prever la creación y regulación de la conferencia mediante un convenio debe ser descartada.

Ahora bien, a mi juicio, también debería descartarse la previsión de la conferencia en una ley específica. Siempre he defendido que el lugar adecuado para la Conferencia de Presidentes en su dimensión vertical es una Ley General de Cooperación.⁴² La conferencia es un órgano político que hay que situar en la cúspide de un sistema de relaciones intergubernamen-

⁴⁰ Sobre el significado y alcance de este principio (inherente a todo Estado compuesto y, por lo tanto, de necesaria aplicación en España) en Alemania, VOGEL, J. J.: *El régimen federal*, ob. cit., pág. 633 y ss.

⁴¹ Un convenio de estas características es el que otorgaría a la Conferencia unas connotaciones confederales que le son impropias. Esas connotaciones desaparecen en el momento en que la Conferencia, como órgano del Estado (órgano federal) es creada y regulada por una ley federal, esto es, del poder central.

⁴² La propuesta de la creación de la Conferencia en TAJADURA, J.: *El principio de cooperación en el Estado Autonómico*, 2ª edición, Comares, Granada, 2000, págs. 142 y 143. La defensa de la conveniencia y oportunidad de una Ley General de Cooperación en TAJADURA, J.: «Cooperación y solidaridad» en *Revista de Estudios Autonómicos*, núm. 1, 2002, págs. 238 y 239.

tales articulado a través de Conferencias Sectoriales y que debería ser objeto de una regulación global. Esto es, la conferencia no surge en el vacío y por ello hay que ubicarla en relación con los otros instrumentos cooperativos actualmente existentes (Conferencias Sectoriales). Es más, el contenido de esta ley debe tener en cuenta la función que se vaya a atribuir al Senado, puesto que si éste se convierte también en un órgano de cooperación territorial, habrá que articular bien las relaciones entre la Conferencia de Presidentes y el Senado.

En definitiva, España necesita desarrollar el principio constitucional de cooperación. Este desarrollo exige la elaboración y aprobación de una Ley General de Cooperación. Éste sería el instrumento legal más adecuado para regular la conferencia del presidente del Gobierno con los presidentes autonómicos. Ahora bien, dicho esto, insisto en que la existencia y las posibilidades de éxito de la conferencia «no derivan de ninguna obligación expresa, sino de la voluntad colectiva de participar en ella y de la común conciencia de que aquí van a alcanzarse acuerdos».⁴³ Ninguna Ley General de Cooperación podrá reemplazar la necesaria voluntad de cooperación por parte de las comunidades autónomas.

La regulación legal dotaría a la conferencia de estabilidad. Una estabilidad indispensable para que pueda consolidarse como una institución básica para el desarrollo del principio de cooperación. En cualquier caso, dicha regulación no debe encorsetar innecesariamente su funcionamiento. La ley debe recoger el principio de autonomía de la conferencia para que ésta se dote de su propio reglamento de funcionamiento mediante un acuerdo.

Desde un punto de vista político, no debiera ser difícil alcanzar un acuerdo sobre la oportunidad de esta regulación. El presidente del Gobierno tendió la mano a las comunidades autónomas en el último debate sobre el Estado de las Autonomías (7 de octubre de 2005) para abordar en una Tercera Conferencia la problemática referida a su propia institucionalización. Por su parte, los presidentes de las comunidades gobernadas por el Partido Popular reclamaron, también, la regulación de la conferencia. Una regulación que previera expresamente quiénes pueden convocar la conferencia y cómo se fija y se prepara el orden del día. Sobre esos extremos volveremos después.

⁴³ BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 88. En el mismo sentido, el brillante estudio del profesor Salazar ya citado, SALAZAR, O.: *Las relaciones de cooperación entre las comunidades autónomas*, pág. 29.

Con estas premisas, pasamos ya a examinar dos aspectos fundamentales que, en todo caso, esta regulación breve y flexible de la conferencia habrá de abordar: su composición (7) y su funcionamiento (8).

7 · La composición de la conferencia

7.1 · Los miembros de la conferencia

La condición de miembro de las conferencias corresponde exclusivamente al presidente del Gobierno y a los presidentes autonómicos. La propia naturaleza de la institución (órgano político de cooperación al máximo nivel político) otorga a la condición de miembro de la conferencia un carácter indelegable. Como han recordado los profesores Bocanegra y Huergo: «Sólo los presidentes se encuentran, por su posición política, en condiciones de manifestar la posición de la administración a la que representan y de hacerlo como punto de partida de acuerdos y negociaciones. Es evidente, tanto desde una perspectiva jurídico-formal como desde la propia realidad política, que los presidentes constituyen la figura central de la comunidad autónoma, dotados de una legitimidad democrática indiscutible, que se refuerza con el actual sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas (en el que, de hecho, los votantes se movilizan en las elecciones autonómicas por los candidatos a la presidencia que encabezan las listas electorales más que por el resto de sus componentes), sin comparación alguna con la del resto de los miembros del Consejo de Gobierno, que son nombrados por él».⁴⁴

La doctrina ha visto en esa preeminencia política del presidente de la comunidad autónoma uno de los rasgos definitorios del sistema institucional de las comunidades. En este sentido, el profesor Torres del Moral ha escrito: «Realizado el nombramiento del presidente, que debe ser miembro de la Asamblea Legislativa, éste designa y cesa libremente a los restantes miembros del Gobierno autonómico, sin intervención del Parlamento. Aquella investidura personal y esta facultad discrecional colocan al presidente en una posición de neta preeminencia sobre el resto del Gobierno, correspondiéndole la orientación política general de la comunidad autóno-

44 BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 93.

ma. Preeminencia que la propia Constitución establece al disponer que el presidente dirija el Consejo de Gobierno. Los estatutos y las leyes autonómicas han acentuado esta preeminencia al centrar en él la responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento y concederle la facultad de disolución de éste; todo ello en términos parecidos a los utilizados por la Constitución con respecto al presidente del Gobierno central».⁴⁵ Sólo quien ostenta esa facultad de «orientación política general de la comunidad autónoma» está en condiciones de poder participar en la conferencia. Por esa razón, dicha facultad ha de considerarse indelegable.

Admitir la posibilidad de que los presidentes autonómicos deleguen en otros miembros de sus respectivos Gobiernos la participación en la conferencia impediría distinguir a ésta de otros instrumentos cooperativos actualmente existentes (Conferencias Sectoriales). Igualmente, impediría configurar la conferencia como un órgano político de cooperación al máximo nivel, pues esa «supremacía política» sólo la garantiza la presencia en la conferencia de los presidentes de Gobierno. A mayor abundancia, esa posibilidad daría lugar a una composición desigual de la conferencia, a la que unos presidentes acudirían y otros se limitarían a enviar delegados. A la larga, y con el fin de no devaluar su propia presencia, todos los presidentes optarían por delegar su participación, condenando de ese modo a la conferencia al más absoluto de los fracasos.

Por todo lo anterior, es preciso insistir en que, en la conferencia no puede ser aceptada una representación de menor rango que el de presidente. Y esto es predicable, obviamente, tanto respecto a los presidentes autonómicos como respecto al presidente del Gobierno, y tanto para la configuración vertical como para la horizontal de la conferencia.⁴⁶

Los profesores Bocanegra y Huergo señalan que «podría preverse (...) la posibilidad de que un presidente delegue en otro su representación, en

⁴⁵ TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 5ª edición, Madrid, 2005, Tomo II, pág. 310.

⁴⁶ Conviene precisar que el hecho de que la presencia de los presidentes sea absolutamente necesaria e imprescindible no quiere decir que sea exclusiva. Esto es, el presidente de la comunidad autónoma no puede delegar su participación en nadie, pero sí que puede ir acompañado de otras personas (miembros o no de su Gobierno) para que le apoyen en la preparación de los temas. Ésta es una cuestión que también habría que prever legalmente, estableciendo un número máximo de acompañantes, número que no debiera exceder de 3 para no convertir la Conferencia en una Asamblea excesivamente tumultuosa.

caso de ausencia justificada (como ocurre con el Consejo Europeo)». ⁴⁷ Si bien es cierto que esta previsión resultaría compatible con el principio del máximo rango de la representación, que se ejercería por delegación por otro miembro de la conferencia, esto es, por otro presidente autonómico, creo que debe ser descartada. Esa delegación puede plantear dudas de constitucionalidad. Aunque la conferencia no adopte actos jurídicos sino acuerdos políticos, resulta harto problemático que el presidente de una comunidad pueda comprometer políticamente a otra distinta, aun con una delegación expresa del presidente de esta última. Dicho con otras palabras, en la conferencia, los presidentes autonómicos actúan como titulares de una competencia de «orientación política general de la comunidad» que emana de su designación por una mayoría parlamentaria elegida por el cuerpo electoral de la comunidad autónoma. Esa facultad, por la propia lógica del sistema, debería configurarse como indelegable. No puede admitirse, por ejemplo, que el presidente de Murcia represente a la comunidad autónoma de Andalucía porque se rompe (aunque no formalmente, sí materialmente) la cadena de la legitimidad democrática.

En los supuestos de ausencias motivadas por causas justificadas y relevantes, resulta preferible prever que la reunión sea pospuesta. Siempre resultará mejor posponer la reunión que admitir cualquier tipo de delegación o sustitución. Así lo admiten también los autores citados. No cabría admitir sustituciones por otros compromisos políticos, ni por viajes de ningún tipo, oficiales o privados. La sustitución sólo resultaría aceptable por causa de enfermedad u otras circunstancias que impidieran de hecho al presidente autonómico el ejercicio de su función. En esos casos, acudiría el vicepresidente, que sí podría legítimamente comprometer a su comunidad, y ejercería en esas circunstancias las funciones presidenciales.

Cuestión relacionada con ella es la posibilidad de que a la conferencia asistan los presidentes «en funciones» (no los vicepresidentes que ejercen de presidentes en funciones, sino los presidentes cuyo mandato ha concluido). En la medida en que los actuales procesos de reformas estatutarias en marcha (por ejemplo, Valencia) parecen conducir a la desaparición de una de las diferencias institucionales básicas existentes entre las comunidades creadas por el artículo 143 CE y las alumbradas en virtud del artículo 151 —la existencia para las primeras de una fecha electoral común para la reno-

47 BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 94.

vación de sus Asambleas Legislativas—, será frecuente que algún presidente autonómico lo sea en funciones.

En esos casos, también resulta preferible posponer la conferencia. Ello resulta lógico en la medida en que si los Gobiernos en funciones ven limitada su actuación a los asuntos de trámite, resulta evidente que la participación activa en una Conferencia de Presidentes nunca podrá recibir tal calificación.⁴⁸ En todo caso, lo que sí debería quedar claro en la regulación de la conferencia es que, por lo que se refiere a la presidencia del Gobierno de España, debe excluirse la celebración de conferencias estando aquella en funciones.

Ahora bien, si establecemos una periodicidad semestral de la misma (véase epígrafe posterior), no siempre resultará compatible el aplazamiento de la reunión con el cumplimiento de su periodicidad ordinaria. En esos casos, debería admitirse la presencia de los presidentes autonómicos (reitero, no del Gobierno central) en funciones. En todo caso, dichos presidentes actuarían en la conferencia con las limitaciones inherentes a su condición.⁴⁹ Limitaciones notablemente mayores en aquellos casos en que sea previsible su sustitución por un presidente perteneciente a una fuerza política distinta.

En la breve historia de las conferencias en nuestro país, ya nos hemos enfrentado a un supuesto como el descrito. Las elecciones gallegas de junio de 2005 obligaron al presidente del Gobierno, don José Luis Rodríguez Zapatero, a retrasar la convocatoria de la Segunda Conferencia de Presidentes, con objeto de que a la misma pudiera acudir el nuevo presidente elegido

⁴⁸ El tema debería ser regulado adecuadamente en la ley. Lo dejo meramente apuntado, pero es evidente que no resultaría aceptable que un presidente en funciones pudiera impedir el logro de un acuerdo consensuado por el resto de los participantes en la Conferencia. Sobre el Gobierno en funciones, véase la monografía del profesor Reviriego, REVIRIEGO, F.: *El Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, 2003. Como notas distintivas del mismo, el autor subraya las siguientes: a) la transformación de su legitimidad al quebrar su vínculo fiduciario con el Parlamento; b) la brevedad de su mandato; c) la alteración de la capacidad de dirección política, quedando inhabilitado para desarrollar un programa conforme a criterios partidistas.

⁴⁹ En última instancia, y como ha señalado el profesor Torres del Moral, «si persiste la duda acerca de una determinada decisión, se debe operar con arreglo a los criterios de corrección constitucional que invitan al Gobierno cesante a abstenerse de actuar, o bien a hacerlo de modo que comprometa lo menos posible la situación del Gobierno entrante (*sede vacante nihil innovetur*)». TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional*, ob. cit., Tomo II, pág. 181.

por el Parlamento resultante de aquellos comicios y no el presidente en funciones de la comunidad, don Manuel Fraga.⁵⁰

Finalmente, resulta obligado enfrentarnos a un tema que si bien en la práctica política ya ha sido solucionado, desde una perspectiva jurídica dista mucho de ser pacífico. Me refiero a la problemática participación en la conferencia de los presidentes de Ceuta y Melilla.⁵¹ Como es bien sabido, los presidentes de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla han sido convocados y han acudido a las dos conferencias celebradas hasta el momento. Ahora bien, esa participación de los presidentes de las ciudades autónomas en la conferencia no resulta compatible con los perfiles de la institución que estamos definiendo. Esa incompatibilidad no obedece a una razón meramente formal que afectaría al nombre mismo de la institución que debiera ser «conferencia del presidente del Gobierno con los presidentes de las comunidades autónomas y de las ciudades autónomas», sino a razones sustantivas o materiales de singular importancia. Aunque por razones políticas varias se pretenda obviar, el hecho cierto es que las ciudades autónomas son entidades jurídico-políticas muy diferentes a las comunidades autónomas. Englobarlas todas bajo la común denominación de elementos integrantes del Estado compuesto o autonómico español, sólo genera confusión.

Ceuta y Melilla no son titulares de una «autonomía política» que justifique su presencia en la Conferencia de Presidentes. Antes al contrario, y como vamos a ver, su presencia puede resultar notablemente disfuncional para la operatividad de la conferencia. Son muchas las razones que justifican la exclusión de los presidentes de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla de las Conferencias de Presidentes. Todas ellas se sintetizan en una: que Ceuta y Melilla no son comunidades autónomas.⁵²

50 Tras las elecciones autonómicas celebradas en Galicia (PP: 37 escaños, PSG-PSOE: 25, BNG: 13) y el pacto de Gobierno alcanzado por el PSG-PSOE y el BNG, se pensó en celebrar la Segunda Conferencia la última semana de julio. Ahora bien, la posibilidad de que la formación del nuevo Gobierno gallego se retrasase determinó el aplazamiento de la Conferencia para evitar que a la misma acudiera el presidente de Galicia en funciones Manuel Fraga. Finalmente, el nuevo Gobierno tomó posesión el 2 de agosto de 2005.

51 La tantas veces citada obra de los profesores Bocanegra y Huergo no aborda esta cuestión. Ahora bien, en la medida en que en algunas ocasiones, al referirse al número de presidentes, habla de diecisiete, (p. ej.: pág. 98) entiendo que excluyen la presencia de los dos presidentes de ciudades autónomas.

52 El profesor Gregorio Cámara las ha calificado de «híbrido de la autonomía política regional y la autonomía administrativa local» en el *Manual de Derecho Constitucional*, (F. Balaguer, coordinador), Tecnos, Madrid, 2005. pág. 344.

- a) Las comunidades autónomas se constituyen en ejercicio del «derecho a la autonomía» de las nacionalidades y regiones. No ocurre así con Ceuta y Melilla, que no son ni nacionalidades ni regiones y, por tanto, tampoco son titulares del «derecho a la autonomía».⁵³ Ello determina que su participación en las conferencias horizontales tendentes a reforzar las competencias autonómicas carezca de sentido. Por otro lado, su presencia en una conferencia vertical no tiene mayor fundamento que la que tendría la del alcalde de una gran ciudad de España.
- b) El estatuto jurídico de Ceuta y Melilla se diferencia del de las comunidades autónomas desde un punto de vista sustantivo en que las ciudades autónomas carecen de potestad legislativa. En nuestra opinión, en la medida en que aquélla es una facultad esencial para poder hablar de autogobierno, entendemos que no gozan de autonomía política en el sentido constitucional estricto del término (a pesar de la literalidad del artículo 1 de sus respectivos estatutos).⁵⁴

⁵³ Las Cortes Generales hicieron caso omiso de la voluntad autonómica de ambas ciudades y en lugar de «autorizar» que se constituyeran en comunidades autónomas, como dispone la DT quinta, optaron por «acordar» para las mismas un régimen particular.

⁵⁴ A mayor abundamiento, y para resaltar la ausencia de una autonomía real de ambas ciudades, debemos destacar que sus estatutos prevén un específico procedimiento de reforma. Como ha puesto de manifiesto el profesor Castellà, el punto más original de la regulación gira alrededor de la necesidad o no de participación de la ciudad autónoma en la reforma estatutaria. Su Asamblea tiene la iniciativa, como en todas las comunidades autonómicas (salvo Navarra). Además, dicha iniciativa debe ser aprobada por una mayoría de la Asamblea. Pero es justamente en esta cuestión donde surge la diferencia básica con las comunidades autonómicas, ya que si la iniciativa de reforma, en lugar de ejercerla la Asamblea, es activada por los otros legitimados, las Cortes o el Gobierno de la nación, corresponde a las Cortes su debate y aprobación, sin tener que ser aprobada previamente por la Asamblea de la ciudad. Se consagra así la posibilidad de una reforma estatutaria que ni siquiera pasa por la Asamblea, es decir, una reforma unilateral de las Cortes, como unilateral fue la elaboración y aprobación de los estatutos. (CASTELLÀ, J. M: *La función constitucional del Estatuto de Autonomía de Cataluña*, IEA, Barcelona, 2004). En esta característica basa también el profesor Balaguer su negativa a considerar como comunidades autónomas a ambas ciudades (BALAGUER, F.: «Las ciudades autónomas en el Estado Autonómico» en *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas Verdú*, IJ de la UNAm-U. Complutense, Madrid-México, 2000, tomo IV). La razón es fácil de comprender. La garantía constitucional de la autonomía pasa por la irrevocabilidad de sus poderes de forma unilateral por el Estado, lo que se traduce en la intervención necesaria de la comunidad autónoma en el procedimiento de reforma estatutaria. Sin ella, la autonomía queda a merced del legislador estatal, como es el caso de la autonomía de los entes locales. El Tribunal Constitucional, en los autos 201 y 202/2000 de 25 de julio, ha rechazado la consideración de comunidades autónomas para ambas ciudades, señalando que el estatuto de autonomía puede

No teniendo autonomía y careciendo de competencias legislativas, la presencia de sus presidentes en un órgano de cooperación al máximo nivel junto con otros presidentes de verdaderas comunidades autónomas introduciría en la conferencia una heterogeneidad, a todas luces, disfuncional. Y ello porque resulta evidente que las conferencias presuponen, de una u otra forma, la vigencia del principio de igualdad federal, esto es, que todos los integrantes gocen de igual posición constitucional y del mismo techo competencial.

En definitiva, en la medida en que la existencia de las ciudades autónomas no trae causa del reconocimiento del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones contenido en el artículo 2 del Texto Constitucional, entiendo que los presidentes de las ciudades autónomas no deben ser considerados miembros de la Conferencia de Presidentes. En ella deben participar únicamente los presidentes de los Gobiernos de las entidades políticas constituidas en virtud del «principio de autonomía política», esto es, única y exclusivamente de las diecisiete comunidades autónomas.

7.2 · La obligación de asistir

La cuestión relativa a la obligación de asistir a las conferencias es, junto con el procedimiento para la adopción de acuerdos, una de las cuestiones más problemáticas de la institución que nos ocupa.

Si, como hemos visto, las conferencias se configuran como órganos políticos, sin competencias propias y sin facultades para la adopción de actos jurídicos vinculantes, cuyo principio básico es la búsqueda de acuerdos y el logro de amplios consensos sobre problemas generales del Estado, no parece posible introducir en su régimen jurídico el elemento coactivo, esto es, la obligatoriedad, bien sea para asistir a las reuniones o para aceptar acuerdos adoptados por mayoría.

«excepcionalmente» cumplir «otra función específica» distinta de ser la norma institucional básica de la comunidad autónoma. Finalmente, en la doctrina, por ejemplo, el profesor César Aguado Renedo, autor de una excelente monografía sobre *El estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, excluye de su estudio sobre el estatuto a los de las dos ciudades.

Siendo esto así, es preciso reconocer que si verdaderamente la creación de las conferencias se configura como la traducción jurídica de una voluntad política previa de desarrollar la cooperación vertical y horizontal en el Estado Autonómico, la cuestión no resultaría, en modo alguno, problemática. A ningún presidente en su sano juicio se le ocurriría no asistir a las reuniones, salvo causas graves y justificadas. Los presidentes autonómicos no renunciarían a aprovechar la oportunidad que se les brinda de deliberar sobre los grandes temas de Estado. Ninguno incurriría en el error político que supondría quedar aislado y al margen de estos debates.

Ahora bien, a pesar de ello, la experiencia demuestra (Conferencias Sectoriales) que, en ocasiones, determinadas comunidades autónomas renuncian a participar en este tipo de foros multilaterales de cooperación. Y ante este dato, inevitablemente surge la pregunta de si resulta constitucionalmente aceptable establecer por ley ordinaria la obligatoriedad de la asistencia.

El tema es complejo pero, en principio, creo que la previsión legal de la asistencia obligatoria no plantea dudas de constitucionalidad. La obligación de asistir encuentra un fundamento constitucional indiscutible en el principio de lealtad federal. Es, por el contrario, la inasistencia, esto es, la ausencia injustificada de un presidente autonómico, la que carece, por completo, de apoyo constitucional. El principio de autonomía política no es absoluto. No cabe ampararse en él para negarse a participar en los instrumentos de cooperación interterritorial. Dicha conducta, cuyo único resultado es provocar un perjuicio al normal y eficaz funcionamiento del Estado, no puede ampararse nunca en el legítimo ejercicio de la autonomía sino en un claro uso abusivo de ésta. Abuso del derecho proscrito por nuestro ordenamiento.

En este sentido, compartimos plenamente las tesis de los profesores Bocanegra y Huergo: «La participación en la conferencia es una consecuencia del principio teorizado especialmente en el derecho alemán, pero inmanente a cualquier sistema federal, de la *Bundestreue* o confianza federal, que exige a los distintos integrantes del Estado compuesto una actitud de lealtad recíproca y, sobre todo, la convicción de que forman parte de una federación, un pacto al que ambas partes deben ser fieles, y actúen en consecuencia. Esa confianza está reñida con actitudes robinsonianas, que niegan la discusión de problemas comunes, más aún cuando se trata de foros de diálogo y de consenso, como lo es la Conferencia de Presidentes, y no de órganos de los que quienes se encuentran en posiciones minoritarias no pueden esperar otra cosa que imposiciones. La lealtad federal —la lealtad constitucional— impone, entre otras muchas cosas, que se negocie de buena

fe para llegar a acuerdos razonables, excluyendo posiciones de bloqueo cuya única finalidad sea impedir la actuación colectiva y coordinada».⁵⁵

Todo lo anterior nos permite concluir que el establecimiento por ley de la obligación de asistir a la conferencia no plantea dudas de constitucionalidad. La obligación emana directamente de la Constitución.⁵⁶ Por ello mismo, el incumplimiento de esa obligación, con independencia de que se llegue o no a establecer por ley, es una violación de la Constitución.

El problema es que al incumplimiento de esa obligación es difícil atribuirle una sanción jurídica efectiva. Sólo cabe prever que el Tribunal Constitucional u otro declaren que se ha producido una violación del principio de cooperación. Pero los efectos de esta declaración (del Tribunal Constitucional o de un órgano jurisdiccional superior del orden contencioso-administrativo) —probablemente, aunque esto es algo que exigiría un estudio más detenido y una reflexión más profunda— no podrían ir mucho más allá de una severa desautorización del Gobierno autonómico correspondiente.

Por otro lado, y desde un punto de vista eminentemente pragmático, ocurre que el principal perjudicado por ese incumplimiento es el que lo realiza: el presidente autonómico que, siendo convocado, decide no asistir. Esto es, su inasistencia determina que se vea privado de la posibilidad de ser oído y de participar en la deliberación de los grandes temas de Estado. Ahora bien, indiscutiblemente, con su inasistencia también está causando un perjuicio al resto de las comunidades autónomas (además de a la suya propia) y al Estado. Y ello porque elimina de raíz la posibilidad de alcanzar acuerdos y consensos globales sobre los temas tratados en la conferencia. La inasistencia no es sino la traducción de un rechazo, no a un acuerdo concreto sobre un tema determinado (lo cual resulta legítimo), sino un rechazo a la posibilidad misma de lograr el acuerdo. Fácilmente se comprende, por tanto, que califiquemos tal actitud como manifiestamente contraria al principio constitucional de cooperación y, por tanto, para decirlo con claridad y contundencia, como un comportamiento manifiestamente anticonstitucional.

Analicemos, a continuación, la problemática relativa a la regulación del funcionamiento de la conferencia.

⁵⁵ BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 96.

⁵⁶ Del principio de cooperación, que, como ha recordado el Tribunal Constitucional, «no es preciso justificar en preceptos concretos, porque es de esencia al modelo de organización territorial del Estado implantado por la Constitución». SSTC 80/85, 18/82, 90/86.

8 · La regulación del funcionamiento de la conferencia: la presidencia, las convocatorias y la forma de adopción de acuerdos

8.1 · La presidencia de las conferencias

La designación del presidente de la conferencia reviste una gran importancia en la medida en que de él van a depender las convocatorias y los temas a tratar. En todo caso, esta cuestión debe analizarse por separado en cada una de las dos configuraciones (horizontal y vertical) de la conferencia.

- a) La presidencia de la conferencia vertical (del presidente del Gobierno con los presidentes autonómicos) corresponde necesaria e inexcusablemente al presidente del Gobierno. La posición constitucional que ocupa (en cuanto representante del interés general) resultaría incompatible con su presencia en un órgano colegiado presidido por un presidente autonómico. Esta sola razón basta para rechazar cualquier posibilidad de que la conferencia vertical sea presidida por un representante autonómico.

Pero es que, además, en esta conferencia se abordan temas que son de la competencia del poder central y, en la medida en que es el presidente del Gobierno el que unilateralmente abre esta vía de participación de las comunidades en esos asuntos, resulta obligado que sea él quien «invite» a participar, quien presida estas reuniones y quien, en virtud de tal condición, dirija y modere los debates.

- b) La presidencia de la conferencia horizontal no implica, a diferencia del caso anterior, una posición de supremacía. Aquí el presidente es un simple «*primus inter partes*».⁵⁷ La designación de la persona que ocupe la presidencia de la conferencia horizontal dependerá, como ya anticipamos, del criterio que adopten los miembros de la misma mediante acuerdo.

En todo caso, en ese acuerdo deberá recogerse uno de estos dos criterios: el rotatorio o el electivo. Compartimos la preferencia manifestada por los profesores Bocanegra y Huergo por el sistema rotatorio. El reducido número de miembros, 17, permite que con este sistema las distintas comu-

⁵⁷ BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., págs. 97 y 98.

nidades autónomas vayan asumiendo la presidencia en intervalos no excesivamente largos de tiempo (ocho años).

Como razones que justifican el rechazo al sistema electivo cabe señalar las siguientes:

- a) Los mandatos electivos suelen tener una duración superior con objeto de evitar un estado de «elecciones permanentes», lo que implicaría que algunas comunidades no asumiesen la presidencia en muchísimo tiempo;
- b) La elección implica que una gran parte de los esfuerzos y las energías de la conferencia van a concentrarse en la designación presidencial, en detrimento del tiempo dedicado al debate de los asuntos;
- c) Pero, sobre todo, la elección del presidente de la conferencia por los miembros de la misma introduciría en su seno un germen de división (partidista) que podría distorsionar su ulterior funcionamiento.

Frente a esas desventajas, la rotación únicamente exige que los presidentes adopten un orden fijo. Entre los diversos criterios de ordenación (dejando a un lado la posibilidad de establecer el orden mediante sorteo), cabe mencionar dos: el alfabético y el cronológico de la aprobación de los estatutos.

Las principales funciones del presidente de la conferencia horizontal son, además de la ordenación de los debates, la formulación de propuestas de acercamiento de posiciones para el logro de acuerdos y la representación de la propia conferencia en sus relaciones con el Gobierno de la nación.

Finalmente, y por lo que se refiere al desempeño de la función de la secretaría de la conferencia horizontal, en la medida en que no parece ni deseable ni conveniente que ésta se dote de una estructura burocrática estable y tampoco parece razonable que sea asumida por uno de sus miembros, debería corresponder al departamento o a la consejería de presidencia de la comunidad autónoma que ejerza la presidencia de la conferencia.

8.2 · Las convocatorias

Como hemos visto, la Conferencia de Presidentes, en cuanto órgano político, no adopta actos jurídicos y, por ello, la institución del orden del

día reviste en ella de un significado distinto del tradicional.⁵⁸ El orden del día que debe acompañar las convocatorias de las conferencias es una relación de asuntos a tratar. Su importancia reside en el hecho de que resulte funcional para los debates y la posterior búsqueda de acuerdos. Y por ello resulta conveniente que venga acompañado de las propuestas que se van a formular y que requieren un estudio técnico. «La organización de la conferencia —han escrito acertadamente Bocanegra y Huergo— exige delimitar de antemano los asuntos que se debe abordar y sobre los que debe intentar conseguirse un acuerdo o una posición común. Sólo esa determinación previa del objeto de las reuniones permite prepararlas con rigor, elaborando e intercambiando propuestas que hagan madurar la reflexión y posibiliten el logro de consensos».⁵⁹

Dicho con otras palabras, es necesario que antes de la celebración de la conferencia los temas hayan sido ya objeto de debate mediante el intercambio de propuestas o en el seno de órganos preparatorios. La fijación de los temas a tratar corresponde, en la conferencia vertical, en principio al presidente del Gobierno; en la conferencia horizontal, el orden del día debería ser fijado atendiendo a las demandas de todos sus miembros. Ahora bien, en la conferencia vertical debe admitirse la posibilidad de que los presidentes autonómicos sugieran al presidente del Gobierno la conveniencia de abordar determinados problemas o temas. Si éstos afectan a competencias estatales, la petición autonómica no puede vincular al presidente del Gobierno, quien libremente decidirá incluir o no el tema en el orden del día; en caso contrario, ningún inconveniente existiría en que, a petición de un porcentaje determinado de presidentes, se pudiera incluir un asunto concreto en el orden del día.

En relación con la necesaria preparación de la conferencia, resulta obligado hacer una referencia crítica a la Segunda Conferencia de Presidentes, celebrada el 10 de octubre de 2005, y a la sensación de improvisación que

⁵⁸ Como es sabido, el «orden del día» delimita jurídicamente el ámbito de cuestiones sobre las que el órgano puede pronunciarse. La inclusión en él de un determinado tema opera como requisito de validez de los actos adoptados. «En un órgano (administrativo o legislativo) colegiado —escriben Bocanegra y Huergo— lo importante es la decisión, no la reflexión (...) En cambio, en la Conferencia de Presidentes, el planteamiento es exactamente el opuesto (...) Aquí es más importante la discusión que la decisión, que en todo caso será un acuerdo político y, por tanto, necesitado de ejecución o instrumentación jurídica.» BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 101.

⁵⁹ BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 99.

la misma transmitió.⁶⁰ La convocatoria fue realizada a finales de junio por el presidente del Gobierno en carta remitida a todos los presidentes autonómicos. En ella se especificaba como objeto de la conferencia «la revisión del sistema de financiación sanitaria y la adopción de las decisiones que procedan para enjugar el déficit que en distintas comunidades se haya podido producir como consecuencia de la aplicación efectiva del sistema de financiación acordado hace unos años». También se aludía como objetivo de esta segunda conferencia «dotar de estabilidad al conjunto del sistema (de financiación sanitaria) mediante la asunción de compromisos compartidos por el Gobierno de la nación y por los distintos Gobiernos de las comunidades autónomas». Los temores a una división entre comunidades por criterios partidistas se vieron confirmados tras el rechazo de todas las comunidades gobernadas por el Partido Popular de la propuesta del Gobierno. Ahora bien, algunas comunidades gobernadas por el Partido Socialista también rechazaron la oferta del Gobierno. Ello determinó que el Gobierno modificara sustancialmente sus propuestas iniciales.

En todo caso, lo criticable fue la forma en que el Gobierno presentó los diversos informes y documentos. Durante la conferencia se llegó a ofrecer a la prensa datos de la contrapropuesta antes de exponerlos en la conferencia misma.⁶¹ Contrapropuesta que difería sustancialmente de la posición gubernamental inicial y cuya justificación hubiera exigido un mayor debate. En definitiva, y para no extendernos más, lo que quiero subrayar es la necesidad de una mayor preparación y un debate previo más profundo de los temas a abordar en las conferencias por parte de órganos inferiores.

60 REVIRIEGO, F.: «El Senado y la Conferencia de Presidentes» en el Panel titulado *Nuevas dimensiones de las relaciones intergubernamentales*, en IV Congreso de la ACE, Baeza, 2005, ejemplar mecanografiado, pág. 9.

61 Aunque lo que nos interesa principalmente en esta ponencia es la forma y no el fondo de las propuestas, conviene recordar que el Gobierno se comprometía a entregar cuantiosos recursos financieros para la financiación de la sanidad y ello sin contraprestación alguna. La propuesta del Gobierno se incrementó en un 170 por ciento respecto a la formulada con anterioridad: implicaba una aportación directa de 1.700 millones de euros y anticipos a cuenta de unos 1.400 millones de euros. También se preveía la posibilidad de que las comunidades autónomas libremente incrementaran algunos tributos (electricidad, matriculación, carburantes). La propuesta fue ratificada tres días después en la reunión del Consejo de Política Fiscal y Financiera, con la abstención de las comunidades gobernadas por el Partido Popular, que criticaban (con escaso fundamento) la indefinición del reparto definitivo. El acuerdo se tradujo jurídicamente en el Decreto Ley 12/2005, de 16 de septiembre, por el que se aprobaron determinadas medidas urgentes en materia de financiación sanitaria y la subida de determinados impuestos especiales (bebidas alcohólicas y tabaco).

Hechas estas reflexiones, y retomando el análisis de la problemática referida a las convocatorias de las conferencias, conviene advertir que, en la medida en que la convocatoria es una facultad inherente a la presidencia, no puede ni debe configurarse como una facultad discrecional. Esto es, tanto en la configuración horizontal como en la vertical, resulta aconsejable que su instrumento regulador (acuerdo de la conferencia en el primer caso, ley estatal en el segundo) prevea la periodicidad de las reuniones. Naturalmente, será la experiencia la que determinará la frecuencia más conveniente para la celebración de aquéllas, pero, en principio, cabría defender como mínimo la convocatoria anual, y preferentemente la periodicidad semestral.⁶² Intervalos superiores a un año impedirían a la conferencia cumplir con éxito su función.⁶³ La acumulación de asuntos y problemas a tratar la desbordaría. Por ello, a mi juicio, resultaría aconsejable prever una convocatoria semestral para ambos tipos de conferencias.

Junto a las convocatorias ordinarias cabe prever la celebración de sesiones extraordinarias de la conferencia. Y en relación con ellas, conviene examinar a instancia de quién podrían ser convocadas. La respuesta a esta pregunta, una vez más, será diferente en función de si se trata de la configuración horizontal o vertical de la conferencia.

- a) La celebración de una conferencia horizontal extraordinaria podría ser instada por una o varias comunidades autónomas. Un acuerdo de la propia conferencia debería determinar el número de comunidades exigible para que dicha petición vincule a la presidencia para efectuar la convocatoria.
- b) Respecto a la posible celebración de una conferencia vertical extraordinaria, hay que afirmar que ello depende de la exclusiva voluntad del presidente del Gobierno. Aunque podría admitirse que ésta se celebre a petición de una o varias comunidades autónomas, lo que resultaría difícilmente aceptable es que esa petición pudiese vincular al presidente del Gobierno.

⁶² En la Primera Conferencia, celebrada en octubre de 2004, se acordó la celebración de una reunión anual, aunque dejando abierta la posibilidad de celebrar también dos al año.

⁶³ De forma especial, la efectiva coordinación de las Conferencias Sectoriales. Véase epígrafe 9.1 de esta ponencia.

En este sentido, en el último debate sobre el Estado de las Autonomías (7 de noviembre de 2005), el Partido Popular reclamó que la conferencia pudiera convocarse por «un porcentaje razonable de presidentes autonómicos». En concreto, piden que ese quórum mínimo sea un tercio de los presidentes. Quórum que en el contexto político actual está en manos del Partido Popular.⁶⁴ Los presidentes populares reclamaron en dos ocasiones, sin éxito, la celebración de la conferencia: una, para analizar el estatuto de Cataluña; otra, por las avalanchas de inmigrantes. Insisto en que esta posibilidad —perfectamente razonable para la conferencia horizontal— debe ser descartada para la conferencia vertical. Resulta incompatible con dos principios básicos de la misma:

- a) La preeminencia del presidente del Gobierno, que no puede encontrarse vinculado por una decisión de los presidentes autonómicos. Su obligación de convocar la conferencia sólo puede fundamentarse en una ley de las Cortes;
- b) El hecho de que en la conferencia se debatan principalmente problemas que afectan a competencias estatales impide que los presidentes autonómicos se puedan «autoinvitar» a participar en unas sesiones extraordinarias, al margen de su derecho legalmente establecido para las ordinarias. Otra cosa es que, en un contexto en el que la cooperación sea un principio real y efectivo del funcionamiento del sistema, una petición por parte de un porcentaje importante de presidentes, desde un punto de vista político, deba ser tenida en cuenta por el presidente del Gobierno.

Una última cuestión ligada a las anteriores es la relativa al lugar de celebración de las reuniones, esto es, a la determinación de la sede de la institución. Tras la Primera Conferencia, celebrada el 28 de octubre de 2004, el presidente del Gobierno barajó la idea de que ésta fuera itinerante, esto es, que careciera de una sede permanente y llegó a apuntar a Barcelona como posible lugar de celebración de la Segunda Conferencia. Ahora bien, como es sabido, esa idea fue descartada y se optó por fijar el Senado como sede definitiva y permanente. La decisión parece acertada en la medida en

⁶⁴ El Partido Popular gobierna en siete de las diecisiete comunidades autónomas, o en nueve de las diecinueve si incluimos a Ceuta y Melilla.

que se vincula la conferencia vertical con la Cámara de representación territorial, la que debiera ser el otro pilar de la cooperación interterritorial.

Por el contrario, la conferencia horizontal por su propia naturaleza debería ser itinerante, haciéndose depender el lugar de celebración de la misma de quien ocupara la presidencia. En la medida en que hemos defendido un turno semestral rotatorio para ocupar aquélla, este turno determinaría también en qué comunidad autónoma han de celebrarse las conferencias.

8.3 · La forma de adopción de acuerdos

Como ya vimos, la justificación de las conferencias radica en la necesidad objetiva del sistema de «intentar establecer una aproximación compartida por todos en aquellas cuestiones en las que no sea en absoluto conveniente el enfrentamiento entre unas comunidades y otras o entre todas o algunas de éstas y el Gobierno central».⁶⁵ Para lograr esos objetivos, la conferencia como órgano político no produce actos jurídicos sino que busca la consecución de acuerdos de naturaleza igualmente política.

El régimen de adopción de estos acuerdos es —junto con la cuestión relativa a la obligatoriedad de la asistencia ya examinada— una de las cuestiones más delicadas de la regulación de la conferencia.

Todo lo expuesto hasta ahora nos conduce a rechazar la posibilidad de introducir el principio de votación por mayoría. No sólo porque en el caso de las conferencias verticales la votación misma resulta imposible por la heterogeneidad política del presidente del Gobierno y los presidentes autonómicos, sino porque en ambas conferencias, la práctica de unas votaciones que se limitaran a dejar constancia de qué comunidades constituyen una mayoría y cuáles están en minoría no serviría absolutamente para nada.

Las conferencias no tienen por objeto que la mayoría imponga su criterio a la minoría. Para conseguir este resultado el sistema cuenta ya con otras instituciones. La razón de ser de la conferencia es lograr acuerdos, buscar al máximo el consenso y acercar posturas sobre los problemas de todos. Cuando el acuerdo no sea posible, el resultado de la conferencia será la exposición de las posturas discrepantes, pero nunca un acuerdo mayoritario. Y ello porque un acuerdo adoptado con la oposición expresa de una

⁶⁵ BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 103.

o varias comunidades no puede ser imputable a la totalidad de ellas y tampoco puede imponerse a los discrepantes.

En todo caso, y en relación con la posible actitud o el comportamiento obstruccionista de algún presidente autonómico, creo que es de aplicación el deber concreto de participación leal que el Tribunal Constitucional alemán ha deducido del principio de lealtad federal: «Si en un determinado asunto es necesario un acuerdo entre Federación y *länder*, se intensifica la natural obligación participativa de todas las partes, de tal forma que una objeción de uno de los participantes que obstaculice un acuerdo general y carezca de fundamentos objetivos es jurídicamente irrelevante».⁶⁶ La lealtad federal fundamenta la obligación de los presidentes autonómicos de acudir a la conferencia y de participar en ella con espíritu constructivo para llegar a acuerdos.

Los profesores Bocanegra y Huergo han escrito que «los acuerdos de la Conferencia de Presidentes sólo se imponen por la aceptación y la persuasión, y carecen, en principio, de fuerza vinculante en el plano jurídico, no teniendo sentido, también en vía de principio, la posibilidad de su impugnación».⁶⁷ Ahora bien, por aplicación del principio general del Derecho de la buena fe, los miembros de la conferencia quedan obligados al cumplimiento de los acuerdos, esto es, a hacer todo lo posible para que sean operativos o eficaces. Esto quiere decir que, en aquellos casos en que la eficacia de los acuerdos esté subordinada a su traducción jurídica, los presidentes autonómicos son responsables del desarrollo normativo de los acuerdos. Desarrollo que dependerá de ellos mismos si la materia sobre la que versa el acuerdo no está reservada a la ley, y al Parlamento Autonómico en caso contrario. En este último supuesto, el presidente tiene la obligación de recabar el respaldo de la mayoría parlamentaria para el desarrollo normativo del acuerdo. El hecho de que un posible incumplimiento de esa obligación derivada del principio de buena fe carezca de sanción jurídica no quiere decir que dicha obligación no exista. Se trataría también de una violación del principio de lealtad federal.

Finalmente, debemos señalar que como reglas generales de funcionamiento de las conferencias cabe propugnar las siguientes: la confidencialidad de las deliberaciones y la publicidad de los acuerdos. La búsqueda de acuerdos exige un cierto grado de discreción que permita a los miembros

⁶⁶ VOGEL, J. J.: *El régimen federal*, ob. cit., pág. 635.

⁶⁷ BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 100.

de las conferencias llevar a cabo un intercambio de opiniones sincero. Ahora bien, terminadas las negociaciones con éxito, resulta obligado dar publicidad a los acuerdos adoptados. Aunque no se trate de textos normativos, el principio general de publicidad y transparencia de las decisiones del poder inherente al Estado de Derecho lo exige. No caben los acuerdos secretos.

9 · Las relaciones de las Conferencias de Presidentes con otros instrumentos de cooperación: Conferencias Sectoriales y Senado

Al examinar el instrumento jurídico más adecuado para la regulación de la Conferencia de Presidentes en su configuración vertical, nos pronunciamos a favor de una Ley estatal. Y no de una ley cuyo objeto específico fuese la creación y regulación básica de la conferencia, sino una Ley General de Cooperación. Y ello porque el éxito de la conferencia dependerá de cómo se articulen sus relaciones con el resto de instrumentos cooperativos existentes en el Estado. La conferencia sólo tiene sentido si se ubica en el vértice de una auténtica red-piramidal de técnicas e instrumentos de cooperación territorial, entre las que destacan muy especialmente las Conferencias Sectoriales o Conferencias de un Ministro con los Consejeros Autonómicos del ramo.

9.1 · Las Conferencias de Presidentes y las Conferencias Sectoriales

Las relaciones entre las Conferencias Sectoriales actualmente existentes (cuyo régimen jurídico podría ser mejorado al abordar la elaboración de la Ley General de Cooperación que en este trabajo se defiende) y las Conferencias de Presidentes tanto en su dimensión horizontal como vertical son unas relaciones de doble dirección. Pero antes de examinar estas relaciones de ida y vuelta es preciso denunciar una grave carencia de nuestro sistema: la práctica ausencia de cooperación intergubernamental horizontal.⁶⁸ Las Conferencias Sectoriales han sido configuradas como órganos de cooperación vertical. Ello es lógico en la medida en que su creación

⁶⁸ Sobre las Conferencias Sectoriales, TAJADURA, J.: *El principio de cooperación*, ob. cit., págs. 120 y ss.

y regulación es obra del legislador estatal. Sin embargo, resulta sorprendente la falta de iniciativa de las comunidades autónomas para establecer cauces de cooperación horizontal mediante la creación por convenios entre ellas de Conferencias de Consejeros.

Y esta falta de iniciativa resulta todavía más sorprendente⁶⁹ si tenemos en cuenta que en el Estado Autonómico proliferan estas formas de cooperación institucional horizontal. Desde la FEMP hasta las reuniones de los distintos servicios de atención de emergencias, pasando por conferencias de Parlamentos Autonómicos, de Tribunales de Cuentas Autonómicos o de Defensores del Pueblo de ámbito igualmente autonómico. Es decir, la cooperación horizontal en cuanto responde a una necesidad objetiva del sistema ha surgido en todos los ámbitos imaginables excepto en el de los Gobiernos autonómicos. Las Conferencias Sectoriales no colman esta carencia puesto que su objeto es únicamente discutir conflictos entre el Estado y las comunidades o permitir la participación de éstas en asuntos estatales, pero no desarrollar proyectos de cooperación horizontal (que en determinados ámbitos podrían evitar la intervención estatal).

Por esta razón, cabe señalar que, si las comunidades autónomas deciden abordar la creación de una conferencia de presidentes autonómicos, previa o simultáneamente deberían plantearse la celebración de Conferencias de Consejeros. Y ello porque la Conferencia de Presidentes sólo tiene sentido como cúspide de un amplio sistema de cooperación, y si éste prácticamente no existe, la creación en el vacío de tal institución está condenada al fracaso.⁷⁰

En este sentido es obligado subrayar, en la medida en que inexplicablemente es un tema que no está en la agenda del debate actual sobre el

⁶⁹ El profesor Salazar ha denunciado con meridiana claridad y evidente acierto cómo, en el actual proceso de reformas estatutarias, el tema de la cooperación horizontal continúa relegado. SALAZAR, O.: *Las relaciones de cooperación entre las comunidades autónomas*, ob. cit.

⁷⁰ En el mismo sentido, los profesores Bocanegra y Huergo advierten: «La creación de la Conferencia de Presidentes debe ser paralela, por tanto, a la de Conferencias Sectoriales de Consejeros. A su vez, estas Conferencias serían el núcleo de una red de cooperación más amplia, pudiendo, por ejemplo, crear grupos de trabajo para tareas concretas, comisiones de estudio, etc., con distintas funciones y características orgánicas también diferentes, puesto que, por ejemplo, unos grupos serán permanentes y otros no». BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 113. Importa advertir que estos órganos de cooperación horizontal no tienen que estar necesariamente cerrados a la administración central, puesto que en algunos casos pudiera resultar conveniente atribuir a un representante del Gobierno central el estatuto de observador. El ejemplo de Alemania podría ser también en este caso tenido en cuenta.

desarrollo del Estado Autonómico, que la cooperación entre las comunidades autónomas «está llamada a ser uno de los grandes ejes de su desarrollo y, en cierto modo, la prueba que deben pasar para acreditar su madurez organizativa».⁷¹ Lamentablemente, transcurridos más de veinte años desde la puesta en marcha del sistema, dicha prueba de madurez dista mucho todavía de haber sido superada. Y es que, como han advertido los profesores Bocanegra y Huergo, «la cooperación, que a la vez que incrementa el nivel de autogobierno de las comunidades autónomas las somete a un sutil pero significativo control mutuo (al obligar a las comunidades a informar de sus prácticas y abrirse a la comparación, control del que se benefician los ciudadanos) dispone de múltiples técnicas, no sólo orgánicas, sino también funcionales, de las que hasta ahora se ha hecho un uso insignificante». En este contexto, evidente resulta que carece de sentido crear una conferencia de presidentes autonómicos. Ahora bien, si se colmasen esas lagunas, se estableciesen las Conferencias de Consejeros, los grupos de trabajo, etcétera, sí que resultaría conveniente prever la existencia de la conferencia horizontal como instrumento de cooperación política al más alto nivel.

Establecido lo anterior, veamos las relaciones de ida y vuelta entre la Conferencia de Presidentes en su configuración vertical y las Conferencias Sectoriales (que son las mismas que podrían darse entre la conferencia horizontal y las Conferencias de Consejeros).

- a) Por un lado, los acuerdos políticos adoptados por la Conferencia de Presidentes pueden establecer una serie de directrices sobre determinados temas que serán después desarrollados o ejecutados por las Conferencias Sectoriales correspondientes. Esto es, los acuerdos políticos de la Conferencia de Presidentes pueden —y en ocasiones, deben— traducirse en convenios jurídicos de las Conferencias Sectoriales. En este sentido, y como ha puesto de relieve en un sugerente estudio sobre el particular el profesor Gregorio Cámara, «las decisiones que se adoptaran en órganos y niveles inferiores de colaboración y cooperación serían mucho más eficaces sencillamente porque estarían genéricamente orientadas y dispondrían de

⁷¹ BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 114. En el mismo sentido, los numerosos y fecundos trabajos de los profesores Eliseo Aja, Enoch Alberti o de la profesora García Morales.

una fundamentación y legitimación política aún mayor». «El funcionamiento de todo el sistema —continúa el catedrático de la Universidad de Granada— de esta manera se vería revitalizado y las posibilidades de colaboración se multiplicarían.»⁷²

- b) Por otro lado, puede ocurrir que en las Conferencias Sectoriales haya sido imposible llegar a un acuerdo y que las negociaciones sobre determinados temas hayan quedado bloqueadas. En esos casos, la función de la Conferencia de Presidentes es desbloquear el conflicto y, en la medida de lo posible, a través de una negociación al máximo nivel, alcanzar acuerdos mínimos que puedan ser considerados como punto de partida para ulteriores debates en las Conferencias Sectoriales correspondientes.

En definitiva, esa relación de complementariedad entre ambas instituciones (Conferencias Sectoriales y Conferencias de Presidentes) y entre ellas y los distintos instrumentos cooperativos (acuerdos y convenios de cooperación) confirma, en mi opinión, la necesidad de proceder a una regulación global y conjunta del marco de la cooperación territorial en España. Tal debiera ser el objeto de la Ley General de Cooperación que propugno.

Finalmente, es preciso advertir que una hipotética reforma del Senado podría modificar este escenario en la medida en que la participación de las comunidades en el ejercicio de competencias estatales que les afectan pudiera residenciarse en una Cámara Alta renovada.⁷³ Dedicamos, por ello, un último epígrafe a las relaciones entre las dos instituciones básicas del federalismo cooperativo.

72 CAMARA, G.: «El principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas» en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004, págs. 219-220.

73 Dos sugerentes visiones de conjunto sobre la problemática reforma del Senado, a destacar entre la amplia bibliografía existente sobre la cuestión son: TORRES DEL MORAL, A.: «Veinticinco años de Senado» en *Revista de Derecho Político*, núm. 58-59, 2003; y ROURA, S.: «La reforma constitucional del Senado en la VIII Legislatura» en ROURA, S. y TAJADURA, J.: *La Reforma Constitucional*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005. Las propuestas que implican la conversión de la Cámara Alta en un eficaz «foro de cooperación interterritorial» optan por un Senado de composición gubernamental (modelo alemán). Destaca el magnífico trabajo de AJA, E.: «La reforma constitucional del Senado para convertirlo en Cámara Autonómica» en *La Reforma Constitucional del Senado*, CEPC, Madrid, 2005. También, véase el interesante estudio elaborado junto con Carles Viver, AJA, E. y VIVER, C.: «Valoración de 25 años de autonomía» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003.

9.2 · La Conferencia de Presidentes y el Senado

El profesor Eliseo Aja, lúcido estudioso del federalismo comparado, ha puesto de manifiesto cómo en la actualidad, en algunos Estados compuestos, las Conferencias de Presidentes han desplazado a las Cámaras Altas del lugar central que éstas ocuparon en orden al desarrollo del principio de cooperación: «En todos los federalismos existen instituciones importantes donde se discuten los problemas comunes a los diferentes Estados o *länder* y se buscan las soluciones. En el pasado (y aun hoy en Alemania) esa instancia fue el Senado, pero (...) en Estados Unidos o Suiza, el Senado ya no cumple esa función y ha sido sustituido por otros mecanismos de relación directa entre los Gobiernos, que se integran en las llamadas relaciones intergubernamentales».⁷⁴ Mecanismos entre los que ocupan un lugar destacado las Conferencias Sectoriales y las Conferencias de Presidentes.

En esos Estados, —como bien ha puesto de manifiesto la profesora García Morales, cualificada especialista en materia de relaciones intergubernamentales— la no consecución de auténticas Cámaras de representación territorial ha llevado a la creación de otros órganos que permiten a los integrantes de la Federación hacer valer sus intereses mejor y de forma más efectiva de lo que lo hacen en el ámbito parlamentario.⁷⁵ Las Cámaras Altas de esos Estados miran con recelo instituciones como la Conferencia de Presidentes.⁷⁶

En este contexto, cualquier análisis de la relación entre ambas instituciones debe partir de la consideración de que nos encontramos ante dos órganos claramente diferenciados pero complementarios.⁷⁷ Esto es, la exis-

⁷⁴ AJA, E.: *El Estado Autonomico. Federalismo y hechos diferenciales*. Alianza Editorial, Madrid, 1999, pág. 198-199.

⁷⁵ GARCÍA MORALES, M. J.: «Tendencias actuales de la colaboración en los federalismos europeos: una perspectiva comparada» en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2, 1997, pág. 244. De la misma autora, véase también: «La cooperación en los federalismos europeos: significado de la experiencia comparada para el Estado Autonomico» en *Revista de Estudios Autonomicos*, núm. 1, 2002, págs. 103-125.

⁷⁶ GARCÍA MORALES, M. J.: «La Conferencia de Gobiernos cantonales en Suiza» en *Seminario sobre la Conferencia de Presidentes Autonomicos*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2004, pág. 4.

⁷⁷ La vinculación entre un Senado territorial y una Conferencia de Presidentes configurada como un órgano deliberante, de diálogo político y de establecimiento e impulso de las líneas generales de la política autonómica, fue advertida tempranamente por el profesor Fernández Segado. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «Reflexiones en torno a la reforma constitucional del Senado», en *Revista de Derecho Político*, núm. 42, 1996, pág. 51.

tencia de una no excluye la otra. Cuestión distinta es la lección que cabe extraer de las experiencias comparadas y que podría resumirse en la idea de que las conferencias pueden servir mejor que el Senado para canalizar la cooperación interterritorial.

La Conferencia de Presidentes es un órgano político que no tiene competencias en sentido jurídico, esto es, no produce actos jurídicos. Se trata de una institución política cuyo fundamento reside en la voluntad de cooperación de sus miembros, es decir, en el principio constitucional de lealtad federal. El Senado es un órgano constitucional del Estado (órgano federal) dotado de competencias propias para la producción de actos jurídicos. De esta distinta naturaleza se deduce la principal diferencia en cuanto al funcionamiento de ambas instituciones: El Senado federal funciona con arreglo al principio mayoritario y la representación de cada territorio suele ser proporcional (con fuertes correcciones) a la población, por lo que un ente territorial puede verse obligado a aceptar una decisión con la que no está conforme; la Conferencia de Presidentes funciona por consenso y cada ente territorial tiene en ella el mismo peso (un voto).

La opción de abordar un determinado tema en una u otra institución depende, en principio, de la voluntad de las partes. Los presidentes pueden alcanzar una decisión mayoritaria en el Senado Federal. Ahora bien, también puede ocurrir (el caso alemán es paradigmático) que la existencia de mayorías contrapuestas impidan adoptar un acuerdo. Por ello, como han puesto de manifiesto Bocanegra y Huergo, «el funcionamiento de la Cámara territorial puede hacer aún más necesaria la intervención de la conferencia para desbloquear los posibles desacuerdos entre ambas Cámaras derivados de la existencia de mayorías contrapuestas».⁷⁸

Ahora bien, evidente resulta que el Senado diseñado por el constituyente español de 1978, a pesar de ser constitucionalmente definido (art. 69 CE) como «Cámara de representación territorial», no es equiparable en modo alguno, ni por su composición ni por sus funciones, a un Senado Federal. Y también resulta evidente que, como tempranamente pusieron de manifiesto los profesores Ruipérez y Calzada, su transformación en una verdadera Cámara territorial sólo puede ser lograda mediante una reforma constitucional.⁷⁹ El rechazo del principal partido de la oposición

⁷⁸ BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 119.

⁷⁹ CALZADA, R. y RUIPÉREZ, J.: «El Senado español: ¿auténtica Cámara de representación territorial?» en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 6, 1988.

a esta reforma (a pesar de que la misma llegó a figurar hace años en su programa electoral) hace pensar que, en el actual contexto político, una transformación del Senado en sentido federal resulta harto improbable. A no ser, como ya he señalado, que la propia Conferencia de Presidentes sirva para desbloquear el tema, en la medida en que los presidentes autonómicos del Partido Popular venzan la oposición de sus órganos directivos nacionales.

Sea de ello lo que fuere, lo que me interesa destacar en orden a nuestro tema es que la reforma del Senado no es indispensable para el éxito de la Conferencia de Presidentes. Ésta puede desempeñar correctamente sus funciones coexistiendo con el Senado actual. Otra cosa es que la transformación del Senado en una auténtica Cámara territorial todavía haga más necesario el correcto funcionamiento de la conferencia para el desbloqueo de los conflictos que en aquél pudieran producirse. Es más, en la medida en que la compleja reforma del Senado parece lejana, no creo que la regulación de la conferencia deba supeditarse a que aquélla se produzca.⁸⁰ Más aun si tomamos nota de las experiencias comparadas que nos muestran la mayor virtualidad y funcionalidad de las conferencias respecto a las Cámaras Altas como principales foros para el desarrollo del principio de cooperación.

10 · Reflexiones finales

El excesivo bilateralismo en la construcción del Estado Autonómico, la escasa participación de las comunidades autónomas en las decisiones del Estado que les afectan principalmente a ellas (como la política europea), la excesiva conflictividad territorial y la práctica ausencia de cooperación horizontal constituyen, a mi juicio, aspectos de nuestro modelo de Estado susceptibles de ser mejorados. La Conferencia de Presidentes puede contribuir notablemente a esa mejora.

Por ello, la valoración que merece la institución que nos ocupa es altamente positiva. Sus efectos sobre el funcionamiento del Estado Autonómico deberían ser claramente beneficiosos: corregir el bilateralismo, reducir la conflictividad, canalizar la cooperación interterritorial y abrir la vía para la

⁸⁰ En contra, véase el trabajo del profesor Reviriego ya citado. REVIRIEGO, F.: «El Senado y la Conferencia de Presidentes».

participación de las comunidades autónomas en la discusión de los grandes temas y problemas de Estado.

Para lograr esos objetivos, la Conferencia de Presidentes debe configurarse como un órgano político de cooperación al máximo nivel de representación, esto es, un foro de encuentro y diálogo entre todos los presidentes, el del Gobierno y los de las comunidades autónomas. Un foro que permita la discusión sobre los grandes problemas de Estado, incluidos especialmente, como hemos visto, los relativos al propio modelo de Estado Autonómico; un foro que permita la superación de situaciones de bloqueo y la resolución de los conflictos políticos que puedan surgir en las relaciones entre el poder central y los territoriales; un foro que sirva también para canalizar la cooperación entre las comunidades autónomas para la defensa de las propias competencias mediante un mejor ejercicio de las mismas y que permita, incluso, excluir la intervención estatal mediante un ejercicio conjunto de las competencias autonómicas.

La Conferencia de Presidentes así concebida opera como un importante «factor de fortalecimiento e integración del Estado» que permite a los presidentes autonómicos unir su voz a la del presidente del Gobierno en los grandes temas de Estado, temas que, aunque desborden sus competencias, inevitablemente les afectan: la prevención del terrorismo, la lucha contra el crimen organizado, la inmigración, la integración europea o las directrices de la política educativa o sanitaria.⁸¹

Las funciones que la conferencia está llamada a desempeñar son, por tanto, muchas y trascendentales para la vida del Estado. Como hemos visto, esa heterogeneidad de sus tareas exige distinguir dos configuraciones de la conferencia: la vertical, del presidente del Gobierno con los presidentes autonómicos; y la horizontal, formada exclusivamente por estos últimos. El régimen jurídico de una y otra diferirá en razón de su diferente composición y de sus funciones. La conferencia vertical debe ser regulada por los poderes centrales, que son los que unilateralmente abren esta importante vía de participación de las comunidades en las decisiones del Estado. La conferencia horizontal debería surgir de la iniciativa de los presidentes auto-

81 La virtualidad de la Conferencia como instrumento de fortalecimiento e integración del Estado ha sido unánimemente destacada por la doctrina. Por todos, ALBERTI, E.: «Estado Autonómico e integración política», ob. cit., pág. 246; y BOCANEGRA, R. y HUERGO, A.: *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., pág. 119. De esta idea se hizo eco también el presidente del Gobierno en su intervención en el último debate sobre el Estado de las Autonomías (7 de noviembre de 2005).

nómicos y su regulación debería ser acordada mediante un convenio de cooperación.

El éxito de este órgano dependerá fundamentalmente de la existencia de una auténtica voluntad de cooperación,⁸² pero también de su correcta institucionalización y de su adecuada articulación con el resto de instrumentos cooperativos (especialmente con las Conferencias Sectoriales). Por ello, en este trabajo se ha defendido la conveniencia de abordar la regulación de la conferencia vertical en una Ley General de Cooperación; marco legal flexible que no encorsete el funcionamiento de la conferencia pero que precise los elementos fundamentales de su régimen jurídico: composición, funcionamiento, presidencia, convocatorias, orden del día, sede, periodicidad de las reuniones, régimen de adopción de acuerdos, etcétera. Sobre todo, la ley dotaría a la conferencia de la estabilidad necesaria, garantizando la continuidad de la institución, esto es, la regularidad de su funcionamiento, que no dependería ya exclusivamente del coyuntural clima político o de las actitudes personales de sus miembros. En este sentido, el presidente del Gobierno ya anticipó como uno de los objetivos de la Tercera Conferencia de Presidentes, a celebrar en este año 2006, la consecución de un gran acuerdo sobre los distintos instrumentos de cooperación, incluida la regulación de la propia conferencia.

Ahora bien, siendo fundamental la consecución de ese acuerdo sobre el desarrollo y la concreción del principio constitucional de cooperación, no podemos olvidar que este año 2006 es el año de las reformas territoriales (constitucionales y estatutarias) y que la discusión sobre las mismas debe también ser abordada en la conferencia. Excluir de los debates de la con-

⁸² Y de esta forma, supondrá una prueba de la madurez de nuestro sistema autonómico, que es tanto como decir de la efectiva vigencia del principio de lealtad federal. Por ello nos obligará también a los constitucionalistas a profundizar en el estudio del significado y alcance del principio de lealtad federal en nuestro país. Porque lo cierto es que hasta ahora, y como con meridiana claridad y acierto pleno ha denunciado el profesor Pedro De Vega: «No deja de ser sorprendente (...) que los principios de igualdad y lealtad constitucional, sin cuyo escrupuloso respeto ningún Estado compuesto puede funcionar, se hayan convertido en nuestro sistema en fórmulas retóricas, utilizadas como meras construcciones ideológicas, y ante las que la especulación jurídica se detiene y, al parecer, nada tiene que decir». DE VEGA, P.: «Prólogo» a ROURA, S.: *Federalismo y Justicia Constitucional en la Constitución Española* de 1978, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, pág. 18. En este sentido, la reflexión sobre la institucionalización de la Conferencia de Presidentes nos ha puesto de manifiesto la necesidad de que el principio de lealtad federal descienda del limbo de las ideas, de los buenos propósitos y de la retórica, al plano de la realidad, de la praxis política y de la eficacia jurídica.

ferencia la discusión sobre el diseño final de nuestro modelo de Estado Autonómico supondría ignorar una de las principales funciones que aquélla está llamada a desempeñar.

Por todo ello, quizás no resulte exagerado concluir afirmando que el futuro de la Conferencia de Presidentes dependerá de cómo se afronten las decisivas reuniones de este año 2006.

DEBATES

Participantes

Xavier Arbós Marín, catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Girona.

Nathalie DesRosiers, profesora de Derecho Constitucional, Universidad de Ottawa.

Nicolas Schmitt, investigador del Instituto de Federalismo, Universidad de Fribourg.

Carles Viver Pi-Sunyer, director del Instituto de Estudios Autonómicos.

Salvador Parrado Díez, profesor titular de Ciencia Política y de la Administración, UNED.

Alejandra Betanzo de la Rosa, doctoranda de la Universidad Pompeu Fabra.

Matthias Hartwig, investigador del Instituto Max Planck y profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Heidelberg.

Concha Aguirre, abogada de la Generalitat de Cataluña.

Josep M. Castellano, Universidad Pompeu Fabra.

Carlos Closa Montero, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Mireia Grau Creus, responsable de Investigación del IEA.

Javier Tajadura Tejada, profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad del País Vasco.

Gemma Sala Capdevila, doctoranda del Departament de Ciencia Política, Universidad de Yale.

Miguel A. Cabellos, responsable del Área de Investigación del IEA.

PRIMER DEBATE

XAVIER ARBÓS

Mi pregunta se dirigiría a ambos ponentes y luego tendría una pregunta específica para la profesora DesRosiers.

A la vista de ambas experiencias ¿podemos intuir, quizá —es una pregunta—, que estamos ante una especie de huida del Derecho Constitucional?

Sí, preguntaba a ambos si estamos ante una especie de huida del Derecho Constitucional, al igual que en otras áreas se habla de huida del Derecho Administrativo; buscar fórmulas más convencionales de autorregulación, si estos consejos son síntomas de esta cuestión.

Y luego, en particular, a la profesora DesRosiers. Ella no estaba desgraciadamente cuando he intervenido. En relación con este problema, he aludido, y quizás estaba equivocado, al problema de la eficacia de las convenciones constitucionales. Entonces, usted acaba de aludir a la posibilidad de que nazca una especie de Derecho Consuetudinario Constitucional, pero mi pregunta sería si eso no puede venir condicionado por las dos sentencias en relación con la llamada patriación, en la que, según recuerdo, se reconocía que existían convenciones constitucionales. Si no estoy equivocado, lo que dijo el Tribunal Supremo era que sí, que existían, pero que lamentablemente no podía garantizar su eficacia, que sólo tenía detrás la sanción política en las elecciones.

NATHALIE DESROSIERS

Yes, it's true that the Supreme Court, in the Patriation Reference, said, "Constitutional conventions are not enforceable in court, but they exist." And it had an incredible impact, then, because it told the government... — you know, and at that point, the federal government wanted to change the Constitution without the approval of the provinces, and it recognised that there was a breach of a constitutional convention, and it said so in a decision, so basically rendering the process immoral or unconstitutional. The federal government had to go back to the drawing table and redo another

er agreement to have at least nine out of the ten provinces to agree with it. So although they wouldn't have a direct impact, to be told, "What you're doing is unconstitutional," had a real high cost for the government and it had to redo it.

So, and since then, it's also the way in which the actors behave. That is, it is highly inappropriate to, within the Canadian polity, to breach a constitutional convention. Some of them are so entrenched that I think it's almost unthinkable that there would be, like... Our constitution actually gives the power to the federal government to disallow provincial legislation. The minute that the federal government ever would raise this idea... it's not even possible that this would occur; it's not at all feasible. So, it's the power of the ideas, I think, that I'm talking about. The same way the distinct society has now infiltrated itself into the discourse of the Supreme Court, the same way in which aboriginal self-government is now almost being implemented, is what I'm talking about, I think.

NICOLAS SCHMITT

I could also only answer in the same direction. In Switzerland, the creation of this conference has followed the same legal stages on the other conferences because, you know, of tradition. And now, the most powerful anchorage of this conference would be its creation through concordat. It means a general treaty between all the cantons. But, according to the experts, even such very formal management of the conference wouldn't change anything in its functioning, because it deals with what it has to deal with, and its structure is not very important. And the idea to anchor, to enshrine this conference into the Constitution, would be absolutely impossible, because the Council of States, which has to accept all the federal rules would never accept it. But, who knows? Perhaps in one century. We have been waiting very long to give... We had to wait for very very long time to give the right of vote to the women and so we can also wait here...

If you just let me one minute to give an interesting point concerning this conference, Switzerland has also been the last country to join United Nations. Well, it was absolutely crazy. And we joined United Nations only two or three years ago. Now the only country which is not member is the Holy See, I think. We were the last one, and at the ceremony... Because we

had a vote in the eighty... 84, 86: it was rejected by the population. Now, after all the discussion on international opening of the country, it has been accepted — in 2002, I think. And at the ceremony of entering into the United Nations in New York, at the General Assembly, representative of Switzerland were the President of the Confederation, the Minister of Foreign Affairs, the President of the National Council, which is officially the first citizen of the country, and the President of the CCG, the Conference of the Cantonal Government — councillor Pedrazzini from canton of Ticino, he was invited at that very very official ceremony, but he was representing the cantons.

CARLES VIVER

Sí. Se puede hacer una pregunta o una reflexión. A mí me parece que, en gran parte, al final se plantea un problema de cultura política y, por ejemplo, a mí me parece que en España tenemos un déficit de cultura política en este sentido. Aquí, de momento, por lo que estamos viendo, es muy difícil que estos organismos funcionen si no tienen un respaldo jurídico y son capaces de adoptar medidas que vinculen jurídicamente. La experiencia que hemos tenido de los funcionamientos de estos organismos, que ya existen de modo muy rudimentario, es que no acaban de cuajar posiblemente porque no tienen este reflejo jurídico. Entonces, quizás la pregunta sería: ¿cómo se crea una costumbre constitucional? Porque esto, por definición, no se puede crear a través de un decreto; se crea a través de una práctica y posiblemente la Conferencia de Presidentes, que ha empezado a funcionar aquí, sea un primer momento para ir creando una práctica constitucional en este sentido.

Pero tampoco estoy muy convencido de que esto cuaje, porque otras experiencias de este tipo no han surgido debido a este planteamiento, que a mí me parece que no es específico sólo de España. Creo que en Europa también hay esa cultura, supongo que en Alemania también va un poco por esta vía. O esto tiene reflejo jurídico y capacidad de obligación o en nuestra cultura jurídico-política cuesta que arraiguen estos mecanismos.

Pero, por otra parte, en el caso, por ejemplo, de la Conferencia de Presidentes aquí en España, creo que no podía crearse más que así, como se ha creado: sin grandes regulaciones jurídicas y al revés, diciendo: «Vamos a empezar este camino para ver si esto va cuajando y va funcio-

nando.» Y ésta es la enorme dificultad de estos mecanismos: conjugar los aspectos jurídicos y de obligatoriedad con los aspectos puramente constitucionarios, que sin duda es la base para que funcionen, y si no, no acaban funcionando. Creo que el problema que tenemos en España, y quizás en algunas partes del continente europeo, es cómo encajamos esto, porque hasta cierto punto no está en nuestra cultura.

NATHALIE DESROSIERS

I think you're right. In fact, as you were speaking, I was thinking about how to create space within a legal system, in a civilian system, for things that are as *iffy* as movement of ideas and so on. So I think that's one struggle. But I don't want to say that one of the criticisms in Canada... because it has been about whether this was redundant or not. And some people have said, "Well, maybe we should give it some more legal authority and maybe we should have some form." I mean, it's within the realm of possibility that it's now a signed agreement and a signed agreement has some validity. One of the criteria was, "Let's evaluate it in five years." And one of the issues is: Okay, we want to evaluate on what? Okay? How are we going to create measures of success that will allow this to actually grow, as opposed to being closed down after five years? "Hmm. Didn't work," you know. So one of the issues is: how do you measure success of these? And I don't have the answer for this.

One of the criticisms as well in Canada — and this, I think, I just want to mention it — is that, because it's the Premiers only, that's highly critical. You know, that's not well-seen, because it gives credibility, but at the same time is the old-fashioned type of politics which [are] not sufficiently democratic, is the criticism.

NICOLAS SCHMITT

If I can just make a very quick answer, that is not such a drawback as it could seem: how to create constitutional customary. The Swiss Confederation has been founded in 1291, so cantons have had many, many centuries to learn how to deal together. So I can really assure you that in Spain, in 2694, it will be the case.

SALVADOR PARRADO

I mean, going back to the question of the success factor, I just wonder whether in Canada — well, the experience is too short, but in Switzerland it's a bit longer — and, I mean, three questions come to my mind in order to evaluate that, to assess that.

First of all: How do the different members of those conferences monitor their agreement?

Second: What kind of mechanism do they use to solve conflicts without recurring necessarily to the judiciary?

And third: How do they evaluate the achievements they have done through the agreements? Because trying to assess the success of a conference through an external review, I don't think it makes sense. So it's something they have to set up and they have to decide that they want to do it, and they will do it. And how do they solve...

And the fourth, final question would be how third parties are affected. In what sense agreements, agreed by different governments, will affect businesses, citizens, and they can claim back that something should be enforced and implemented. I don't know whether you have an experience that you could give us an example how they do it, and if they do it or not, or just something that is symbolic, because it's the only way I would see that would be operational.

NATHALIE DESROSIERS

One of the issues is accountability. And transparency and accountability is a big problem here if it's only... I think I agree with your criteria. Certainly I think achievements from the perspective of the different provinces, conflict resolution mechanism... But I think there is an issue of accountability to the public because it will cost money. And I think to make it work, you have to invest in it. You only get out what you invest in a process. So it will cost money, and eventually somebody will say, "Was that money well-spent?" And that's one of the issues that has to be thought through.

You know, there are different accountability measures that can be put in it, so you certainly can have the positions of the actors themselves, and you could have also some... You have to design a system where, in fact,

you can convince the citizen that this has done a good job. And that's where my hesitancy relies on.

I was going to just use one Canadian josh. In our constitution, we have the Peace, Order, and Good Government clause. And some people say, "Peace, order, and good government: that's really good. We got two out of three. Ain't bad."

NICOLAS SCHMITT

Unfortunately, I cannot answer your question because the work, the functioning of the conference has not been subject to any scientific research so far. So, it's impossible to tell you how it works, and how they are able to deal with the problems and the different opinions. Concerning the result, they publish every year a report, and the report is quite happy. So these reports always say that they are very satisfied with what they do, and it's not just a stupid self-satisfactory. They can prove that the goal that they have has been reached.

Just to say that, according to a good friend of mine, who was president of the canton of Fribourg and who was used to work within this inter-cantonal circles, he said to me that, in reality, because if we mean secrets, and all these were, but he told me that, in reality, inter-cantonal relations are not as smooth as it could be foreseen, and that, in reality, all these discussions in all these conferences are very hot. So one should not imagine that it's something extremely smooth. New discussions are certainly tough, but they have, certainly at the end, to find a solution.

ALEJANDRA BETANZO

I'm thinking that these politicians or these governments that come together to form either the Council or the Conferences, they all belong to a political party. And sometimes this membership, this party membership, maybe influences their decision to become part of these conferences or confederations. When parties are very centralised, the regional leaders or regional governments do not have the autonomy to decide to unite with other provincial or cantonal or state governments because politicians from

the centre or central leaders don't want to lose that power, and discipline works very hard in some parties.

So, as I don't know very well how parties have worked in these processes in both Switzerland and Canada, I would like for you to mention what role have political parties played in these processes. Have they made it easier to build these coalitions, or have they become more like an obstacle for these coalitions to form?

NICOLAS SCHMITT

Thank you for the question. In Switzerland we don't have a parliamentary system. So we have always, at all levels, collegial governments. Collegial governments, which means that political parties are also extremely decentralised and that we don't have that kind of party discipline. So from case to case, members of several political parties can vote not following the line of the party. We don't have this obligation to have a very strong party discipline.

Just to give you an example, we have the so-called Radical Party, and the Radical Party in the canton of Zurich was considered as the real right-wing party where you have all the liberals and the extreme economists — you know, the strong economy, market economy. The canton of Zurich has the real right-wing democracy party in the same Radical Party. In the canton of Valais, where the majority party is the Christian Democratic Party, that is very very well at the right wing, and the Radical Party in Valais is at the left wing of the canton. So the same party is very right in one canton and quite left in another canton. So it allows for a certain smoothness.

During the debates concerning the tax package, for instance, in certain cantons, finance responsables were members of parties which at the federal level advocated the "Yes" for the federal package. But, as representative of the canton and a responsible of the finance of the cantons, they said, "We cannot vote 'Yes' because for the canton it will be a bad thing, so we have to vote 'No.'" And some parties were quite unsatisfied with that, but that was the reality. So we have more smoothness because of the decentralisation of the party.

And, for instance, as I was a child, I learned that it was a great scandal in France, because one member of the majority party voted against a law supported by his party. And he was an old man and he put on the wrong button. And when I was a child, I found extremely strange that someone

could be bad considered because he had voted against his party. Because, for a Swiss, this question of party discipline really does not exist, because in the parties, according to the... For instance, the Christian Democrat Party has some members who are very strong moralists and other members who are more liberals. And it could not be accepted that *all* the members of the party have to vote according the line of the party.

NATHALIE DESROSIER

What's interesting is that it would be a real failure for the Council of the Federation if, eventually, one province says, "I'm not going," because suddenly a new party comes. The possibility that they exist is... this was an idea of the non-separatist party of Quebec, this Council of the Federation. They were the leaders, it was in their political platform. Now, they're probably going to lose the next election and it's going to be the separatists' party that's going to be in. So, the question there for the separatists' party will be — the *Partie Quebequois*, we call it — "Do I play in that forum, or not? Or do I exit because I don't think it's worth anything?" It's too early to tell.

The rest of the provinces, even if they would be a change of party from... It's hard in Canada to talk about the left and the right, you know? It's pretty much the middle and the middle, you know? To the extent that there are some more left-leaning parties replacing right-wing parties or the reverse. In this context, it's hard to imagine that one would simply pull out and the rest, and the other... So the only real threat will be, I think, from Quebec. It could be that the *Partie Quebequois*, the separatist party, before it has its referendum to win the independence, probably will be pushed to participate, just nominally. Otherwise it would be looking like maybe a bad player, but it really depends what strategy they develop.

But it would seem to me it's a risk, it would be quite dangerous if the next time there's an election, one party says, "Well, I'm not going to this Council of the Federation." That would be the end, the end of the idea.

MATTHIAS HARTWIG

If I might... Thank you. Something from the German viewpoint. I do not want to anticipate my contribution of this afternoon, so I will not touch upon

the party politics. Nevertheless, perhaps Germany will be the only country which lives up to your expectations. Yes, party politics play an enormous role. And, within the confluences of Ministers or Prime Ministers, there's a subdivision of the A Countries, which have a Social Democrat government, and the B Countries, which is Christian Democrat government. And this plays an enormous role, especially if there are coalitions between Christian Democrats and Social Democrats as, for example, in Brandenburg, actually. And in the coalition treaty, it's always written down how they will behave within, for example, the Federal Council. How they will vote at the Federal Council, on all the topics, it's regulated and decided already in this coalition treaty between the two parties which form the government. First point.

Second point: just to say what it will be the result. Last year, our federal government was dissolved in July. It was dissolved not because Schroeder, the Social Democrat chancellor, lost the majority within the parliament. Not at all. He claimed this was the case; it's not, it was a lie. He lost the majority in the Federal Council. In the Federal Council, because it was just after the elections in North Rhine-Westphalia, where the Christian (Democrats?) and the liberals won against the Social Democrats. And so, the Social Democrats lost the majority in the Federal Council. And there was a risk of a complete blockade of the legislative process on the federal level. Because the Christian Democrats said, "Now we will make the political (...)." As it was the case already in 1997, when the Social Democrats had the majority in the Federal Council and they blocked the tax reforms. It was in the end, you can say, the end of the government of Kohl. So party politics have a very great impact on this federal system.

CONCHA AGUIRRE

Dentro de este contexto de engranaje entre los poderes públicos y la participación de los ciudadanos y la huida, dicho así entre comillas, del Derecho Administrativo hacia el Derecho Constitucional, me gustaría plantear a los miembros de la mesa, a quien quiera responderme, si creen que la estructura judicial, como ha planteado la representante de Canadá, actúa de una forma muy lenta y siempre llega tarde. Y si, al tiempo que se plantean estos procesos de intercambio, uno se tendría que plantear también el proceso de intercambio de las reformas de estructura judicial y del poder judicial, al menos aquí en España. Desde que empezó a haber una reforma

del proceso contencioso administrativo, en 1998, comenzaron a darse unas sentencias muy rápidas, con lo cual el acercamiento de la justicia al ciudadano era, por primera vez, eficaz. Ésta es una ventaja que ahora se ha roto ya que el Tribunal Superior de Justicia ha inundado de trabajo a los tribunales contenciosos administrativos y, por tanto, esta rapidez en la decisión judicial y en la creación de doctrina se ha perdido.

En el mismo sentido habría otro tipo de planteamiento que sería la constitución del Tribunal Constitucional de tal forma que pudiera acceder con un cierto conocimiento venido desde abajo de cada una de las comunidades autónomas para poder tomar un tipo de decisiones a partir de una estructura mucho más ágil y que llegara a la doctrina constitucional sin suplir las deficiencias políticas como ha sucedido a veces en este país.

NATHALIE DESROSIER

When I said that the judges or the courts were always too late, I think there has been, as well, in Canada a movement to improve access to justice and make it faster than it was. I meant it in the context that, by the time it would go to court, a federal statute, a federal policy would already have been publicised and would have support on the substance of it.

I'll give you an example. The federal government instituted recently what it called *Les bourses du millénaire*, which were a scholarship for students. Now, education is a provincial responsibility. But there is an incredible demand, and an incredible need for investment in higher education, and certainly students who received the Millennium Scholarship are not rushing to court to say, "You know, it's against the constitution that I should receive that." So there was lots of complaints, and particularly in Quebec, from the province of Quebec.

But not many students supported the fact that there shouldn't be scholarships. So ideally, you would want the Council of Federation to have stopped the idea earlier, before it's announced, before there's a big budget; to have said, "You want to invest in higher education? It's a need that we all share. This is how you're going to do it: you're going to give money to the provinces and we will have the Millennium Scholarships." So I think that what I meant by too late... it was not a question of courts are slow, although they are, but it was also that it's in the process, it arises very much late in the day to stop an idea.

NICOLAS SCHMITT

Switzerland is not at all a good example for that because the Supreme Court in Switzerland doesn't play at all the same role than in other countries. We have no control of the constitutionality of laws, in very short, because, due to direct democracy, it is considered that the people have to have the last word. So, the Supreme Court in Switzerland doesn't play a role in these topics, and it is not a tradition in the country to wait, as, for instance, in United States, where the Supreme Court plays a very important role in the social issues, in the federation issues, or in the issues about federalism.

It is not the case in Switzerland. So judges are beside the debate and don't take place in the debate. It would be extraordinary to have one canton complaining of something; that would be impossible. So Switzerland is not to consider from that point of view.

JOSEP M. CASTELLANO

Mi pregunta va dirigida a Nathalie DesRosiers. El profesor Schmitt ha hablado de las relaciones intergubernamentales entre la confederación y los gobiernos cantonales, pero también ha habido un momento en que ha explicado la relación que hay entre los cantones y los municipios. Y entonces también ha dicho que ahí los cantones juegan un papel importante, o tienen mucho poder en relación con los municipios, en cambio la confederación no interviene.

Entonces me gustaría saber si puede explicar un poco la relación existente entre lo que son las provincias y los municipios en el caso de Canadá. Un poco para ver cómo funciona.

NATHALIE DESROSIERS

According to the Constitution Act of 1867, municipalities fall within provincial jurisdiction. So, the municipalities are creatures of provincial statute, but they have great needs: they have needs in terms of infrastructures — they need a subway, they need to build new roads... —; they more and more administer social programs... And in the context — and this has been going on forever — they have many partnerships. To go and build a

road, they seek financial help from the provinces, and also from the federal government. For example, 50 percent of the finance comes from the federal government, 25 percent from the province, and 25 percent from the municipality itself.

Recently, because of the enormous importance that municipalities play in being the place where all the social problems exist in Canada, there has been a demand for this surplus money that's sitting up at the federal level to trickle down to the municipalities so that they can do something. And, again, the federal government, instead of saying, "I'm going to give the money to the provinces and they can do what they want. They can divide, they can give it...," says, "No, I'm going to create a program of support for municipalities. You can come, and if you have a good project, we'll help you." So it's always this use of this power of the purse that is creating problems.

So it means that obviously the mayors are ecstatic about this new program. They say, "We've been wanting money forever, we have great needs, and the federal government says we're doing it for all sorts of good reasons, 'We're going to help you construct public transportation because it's good for the environment.'" Who's against the environment? So, on the substance of it, people are not against it. Who should have the leadership on the issue is the question.

CARLES VIVER

Yo creo que aquí, en España, también tenemos experiencia de esta forma de actuar en ámbitos en los que no hay competencias —lo mencionábamos al principio—, en ámbitos en los que el Estado no tiene competencias; tienen el *spending power*, pero lo ejercen no a base de destinar sus fondos de forma incondicionada, sino condicionando la actuación. Yo creo que tenemos experiencia también en este ámbito.

CARLOS CLOSA

Thank you. I am not an expert in this topic, so I have a question for clarification for both speakers.

From your intervention, it seems to me that there is a kind of very important question to be resolved: that is the relation between two elements

that for me are essential in this notion of intergovernmental cooperation; it's the relation between autonomy and accountability. It seems to me that the success of any form of cooperation lies very much on the autonomy of those who are intervening in the process, let's speak either of the Council of Federations or the Council of Cantonal Governments in Switzerland. But, in a way, this autonomy would collude with a necessity to secure some kind of accountability in front of legislative assemblies.

So I wondered whether you could draw some kind of insight [into] how this quagmire has been resolved in either case; how the relation between autonomy of the members of these bodies and their accountability to the regional bodies has been resolved in both cases.

NATHALIE DESROSIER

This was an issue mentioned... There was a conference on the new Council of Federation last May, and this theme of whether or not, by supporting and investing in the Council of the Federation, you are undermining, again, the power of the legislature. And one of the solutions that came out in the debate was that maybe the Premiers that go to the council should not go alone. [They] should bring a delegation, and should create within the legislatures some intergovernmental committee where the people in the legislature would debate whether or not the Council of the Federation or the position of the Premier in the Council of the Federation was the appropriate one.

And the second point that was being argued and debated among the... was whether or not some of these meetings should be public; that the Council of the Federation should have part of its meeting with cameras, or invite NGOs or invite other people to participate.

NICOLAS SCHMITT

We have exactly the same debate in Switzerland, where cantonal parliaments complain not to be enough involved in these discussions between the governments. And we speak of a "democratic deficit." But of course the "operants" argue that it would be much too complicated to involve all the parliament. Nevertheless some steps forward have been taken, and, for instance, the French-speaking cantons have concluded an inter-canton-

al treaty — what we call the Concordats — in Switzerland. And it is called the Concordat of the Concordats because it is a concordat explaining how to deal with concordats in order to make possible the participation of the cantonal parliaments, and that for some important issues some delegations from the cantonal parliaments would have to create an inter-cantonal parliamentary commission in order to deal with the topics.

But, of course, it begins to be extraordinarily complicated and therefore it's not so easy to function. But the question and the problem arises also.

CARLOS CLOSA

I just wanted to add something. I mentioned that I am not an expert in this specific topic, but in the European Union, that I know a little bit better, there are a lot of studies about these mechanisms of intergovernmental cooperation. And there are very few countries that use this system of parliamentary committees. And one of them is Denmark. And it works precisely because only one country has got this system, because if all the other countries implemented this system, the result would be multiple vetoes, so no agreement whatsoever.

So, I think we should think harder about how we organise these relations and this is very important.

MIREIA GRAU

Thank you. My question is for you, Professor DesRosiers. You talked about six perspectives about federalism which some of them can be complementary, some others can be in conflict.

And what I would like to know is: the council, in which of them it fits and why? Because, in fact, it would be that one of these perspectives has won one of the battles.

NATHALIE DESROSIER

I think, certainly that the leadership of the Council was exercised initially as the guardian of the pact. So it was very much a Quebec idea, and

in it it says, “The purpose of this Council is to ensure the integrity of the constitutional arrangements.” But, when you look at the new work plan, you have more ideas about that are more pragmatic. So, needless to say, on the Council, the different visions of federalism will have to be confronted, you know?

Presumably, I think, the most centralist vision, the one that says the reluctant federalist has probably been elected at the federal level as opposed to the provincial level. So, it’s probably unlikely that this vision would gather much support. It’s almost antagonistic to the very idea of the Council of the Federation. But I see, when I analyse, for example, the work plan, that many of the preoccupations of these different types, caricatures, of federalists are reflected, particularly so the one about the pragmatism, it has to work, it has to be efficient — that is, we should not make it too costly for the citizen — and, finally, the citizen should understand it — a desire that in fact it be made home for the citizens.

JAVIER TAJADURA

Sí. Yo quisiera responder a la pregunta interesante que ha planteado el profesor Closa, porque es un tema que por la tarde no pienso abordar, que conecta también con la introducción inicial que ha hecho el profesor Xavier Arbós en torno al déficit de legitimidad de estos órganos de cooperación intergubernamental que dejan en un segundo plano a los parlamentos. Y aquí se ha abogado en líneas generales por la transparencia, y a mí me parece que el problema no está aquí, o lo veo de otra manera.

Yo creo que las deliberaciones de estos órganos de cooperación intergubernamental, lejos de ser transparentes, tienen que ser secretas. Esto es, los resultados de las mismas tendrán que ser públicos, pero si se hace con luz y taquígrafos, al final no se va a llegar a ningún acuerdo. O sea, la forma de llegar a un acuerdo es: «No me oyen los demás, luego ya venderemos.» Entonces, el control parlamentario tendrá que ser a posteriori. Después, una vez se ha alcanzado el acuerdo, cada presidente —de la comunidad, del *länder* o lo que sea— acudirá a su asamblea legislativa autonómica y tendrá que defender la posición y el resultado al que ha llegado.

Pero digo que no me parece mal porque estas conferencias no son órganos legislativos. Hemos quedado en que no tienen competencias propias; lo único que hacen es llegar a acuerdos políticos. Entonces, en la medida

en que llegan a acuerdos políticos, no creo que sea necesaria la publicidad de la deliberación para llegar a esos acuerdos, si no sería contraproducente. Esto por una parte.

Y luego, por otra, en torno a hacer la crítica todavía más extensa de poner en duda la legitimidad de estas instituciones por una posible desparlamentarización de los sistemas, pues también tenemos que ubicar el problema en la realidad. Podemos fijarnos en esto, pero a mí me preocupa mucho más, por ejemplo, por citar un caso concreto de lo que ha ocurrido en España, no ya de conferencias intergubernamentales, sino de órgano legislativo —el órgano legislativo: el parlamento—: una ley fundamental, la ley de educación. En un principio se lleva al parlamento, pero luego, al final, la ley de educación sale como consecuencia de unas negociaciones entre el Gobierno y unas asociaciones representantes de intereses, de la educación privada, etcétera, y ahí sí que no hubo luz y taquígrafos.

O sea —digo esa ley como puedo decir otras tantas—, el problema de la desparlamentarización del sistema aparece porque, hoy en día, muchas veces el parlamento es, desgraciadamente, únicamente una cámara de resonancia donde se adoptan decisiones ya previamente pactadas en otros ámbitos. Entonces ahí sí que veo un problema, pero en el ámbito de la cooperación intergubernamental no, porque estos órganos no son legislativos.

CARLOS CLOSA

No debería ser una contrarréplica porque yo estoy bastante, en parte, de acuerdo con Javier Tajadura. Es que, efectivamente, yo no sería partidario de la transparencia de las deliberaciones. Pero éste no es un aspecto procedimental, lo que es sustancialmente importante es en qué medida los miembros de esas conferencias están vinculados por mandatos de sus parlamentos. Ése es el asunto clave. O en qué medida se respeta la autonomía negociadora de los miembros de estas conferencias.

Éste es el tema central, no tanto los procedimientos, que por supuesto son importantes, pero la cuestión central es: autonomía frente representatividad del órgano legislativo. Es un asunto político que tiene mucho que ver con lo que planteaba Carles, aunque yo no lo quería suscitar en esta conexión. Es decir, si vamos a firmar que es necesario un margen elevado de autonomía, lógicamente la posibilidad de juridificar o legalizar estos órganos se reduce.

XAVIER ARBÓS

Sólo en parte por alusiones, digamos. La crítica a la falta de transparencia en los procesos de decisión en las conferencias intergubernamentales me permito mantenerla y, en todo caso, la hago extensiva a la falta de transparencia en los procesos de toma de decisiones de los parlamentos. Con una diferencia, y es que en los parlamentos, de modo inevitable y obligado, hay algún momento de confrontación y de intento de justificación de las opiniones de cada uno, pero si en una conferencia intergubernamental, por ejemplo, se pactan los presupuestos y hay disciplina de partido, y a continuación, por ahorrar tiempo, se debate la discusión de los presupuestos, creo que el problema no es de las conferencias intergubernamentales, sino seguramente del sistema en su conjunto. Quizá no añadamos más que una pieza que incrementa los defectos.

SEGUNDO DEBATE

XAVIER ARBÓS

Me han parecido extraordinarias las dos aportaciones pero, por proximidad evidente, no puedo dejar de reaccionar ante la presentación que ha hecho Javier Tajadura —muy sugestiva—.

Sin embargo, intuyo que hay un aspecto que no voy a ser el único que evoque, y es la obligatoriedad de la asistencia. Más allá de la implicación que puede tener la consecuencia del principio de cooperación, yo quiero ponerme en una tesitura. De entrada, por intuición diría que quizás sería forzar demasiado la máquina, pero en cualquier caso, habida cuenta de nuestra tradición política, quizá también sería conveniente prever la posibilidad de la autoexclusión, es decir, dejar un margen a que ese principio imprescindible, y esa línea que acabas de dibujar con perfecta lógica, dejara también un espacio no sólo para el que no quiere ir, sino para el que, en un marco que habría que definir de lealtad constitucional, pudiera afirmar también el margen de autonomía incluso frente a esa dinámica.

No me estoy expresando con mucha claridad; siento una reticencia por llevar hasta las últimas consecuencias el principio de cooperación para convertirlo en obligación de cooperación; me parece que en nuestro país tiene que venir acompañado de un margen para la escenificación de la lealtad discrepante. Eso como reflexión general.

Y luego una reflexión que no sé si es, siendo práctica, muy trascendente. En estas dos conferencias, ¿dónde residiría el órgano de apoyo? Es decir, ¿habría una secretaría general o dos secretarías generales de ambas conferencias? Tengo la impresión de que en la medida en que esas secretarías, dos o una, tuvieran algún papel más allá de la mera gestión administrativa de buscar los billetes de avión, de concordar las agencias, si pudieran llegar —y no digo que sea bueno— a convertirse, cualquiera de ellas o las dos, en lo que conocemos con la expresión inglesa de *think tank*, de órgano de apoyo, podríamos tener un fleco político que conveniría ajustar.

En cualquier caso, seguramente la necesidad llevará a pensar en este organismo de apoyo y no creo que ésta sea una cuestión menor.

JAVIER TAJADURA

Sí, comenzaré por lo segundo. Totalmente de acuerdo. La importancia de estos órganos de apoyo para preparar esto es fundamental. Yo creo que tendrían que ser dos: en el caso de la vertical, pues correspondería al ministerio de presidencia, y en el caso de la horizontal, pues sería rotatoria en función de la comunidad autónoma que ejerciera la presidencia.

Y con respecto a lo primero —que lo he hecho con afán polémico también, obviamente para favorecer el debate, claro—, habría formas atenuadas de establecer la obligación de asistencia. Formas atenuadas, es decir, he dicho que es bastante inviable una sanción, pero sí que habría otra forma atenuada que sería un beneficio para los que van y que se den cuenta de las consecuencias negativas que acarrea para la propia comunidad que se autoexcluye. Ésa es la tesis del profesor Corcuera, que dice: «De lo que se trata es de regular estos instrumentos de forma que las comunidades vean que ellas son las primeras beneficiadas de estos órganos y de que puedan participar. Entonces, que si no van, ellos son los principales perjudicados.» Entonces ésa sería otra forma atenuada para lograr el mismo objetivo.

Muchas gracias. Mi intervención es sobre la ponencia de Javier, por proximidad también. Vaya por delante mi admiración por Javier, que sabe que en el organismo en el que estoy actualmente se le tiene aprecio y se ha contado con él en múltiples ocasiones. Y precisamente quiero subrayarlo porque esta vez no me ha convencido, y además no me ha convencido sin tener una postura contraria o antagónica a lo que él plantea. Básicamente quiero concentrar mi intervención en dos objeciones. Quizás una de ellas es un poco anecdótica, la otra a lo mejor no lo es tanto.

La primera se refiere a la primera parte de tu intervención, lo que tienes en tu ponencia en las páginas 2 y 3, cuando haces referencia a la Conferencia de Presidentes como uno de los componentes básicos de la reforma constitucional, y por algún truco argumentativo que a mí se me escapa, de repente, lo que es objeto de la reforma constitucional se convierte en sujeto de la misma. Una cosa que a mí me ha sorprendido. En algún momento llegas a proponer que la conferencia «debería configurarse como el órgano político de máximo nivel en el que se debatiesen los proyectos de reforma constitucional y estatutaria», por supuesto, constitucional. Y después has añadido en tu intervención, quizás por un exceso de pasión: «acuerdos básicos susceptibles de traducirse en normas jurídicas». Yo no soy jurista pero, ¿quizás esto introduce de soslayo alguna nueva forma de procedimiento de reforma constitucional, o me equivoco mucho al hacer esta interpretación? En fin.

La segunda objeción tiene que ver con este énfasis desmedido o este entusiasmo desmedido por la capacidad que tienen las normas jurídicas de generar comportamientos políticos. Esto a un politólogo le resulta ciertamente dudoso. Lo voy a ejemplificar, primero, con un caso y después voy a reconstruir el argumento. Has puesto muchísimo énfasis, en tu intervención, en la obligación de asistir. ¿Por qué la mera asistencia significa una mejora de la cooperación intergubernamental? Por qué no, pienso yo, puede ser tremendamente disfuncional que uno o dos presidentes de comunidades autónomas manifiesten públicamente que asisten obligados por un principio de lealtad constitucional, o de lealtad federal —como quieran formarse—, y que perfectamente se sienten en esa sala sin decir ni una sola palabra. Claro que tú después lo refuerzas con la necesidad de una actuación constructiva; entonces, la situación constructiva tenemos que construirla como la necesidad de intervenir durante quince minutos míni-

mos haciendo algún tipo de aporte sensato. Bien, si eso es un modelo de mejora de la cooperación a través de una norma, yo tengo mis dudas.

Y en realidad, eso tiene que ver con algo que creo que has identificado muy bien, pero que no has desarrollado: los problemas seguramente sean de conflictividad, de bilateralidad y de ausencia de relaciones horizontales, así como de participaciones en asuntos europeos. Creo que el punto de partida tendría que ser una reflexión: ¿cómo se reduce la conflictividad mediante esta institución? Porque no es autoevidente que, por crear una institución y por regularla jurídicamente, se resuelva el problema político que se ha anunciado, a no ser que haya un análisis preciso del problema político. Si la conflictividad es inherente al sistema, cualquier institución que se cree probablemente puede ser utilizada como un instrumento añadido para acentuar ese rasgo —probablemente—. Y de hecho, hemos visto que la no asistencia en realidad no es un resultado de la institución en sí, o de las normas que gobiernan una institución, sino que la pugna, la conflictividad caracteriza las relaciones entre determinadas partes del territorio. Y supongo que el mismo tipo de razonamiento se puede hacer con respecto a los cuatro problemas que has enunciado.

Por lo tanto, desde mi punto de vista, lo que sería importante es analizar cuáles son los problemas y encontrar, consecuentemente, las respuestas jurídicas adecuadas, más que plantear una respuesta jurídica, que a lo mejor no responde a ningún problema político real.

JAVIER TAJADURA

Muchas gracias, porque se han dicho cosas de gran interés. Me explico, probablemente me había explicado mal en cuanto a lo primero. Desde luego, nada más lejos de mi intención que dar nuevos procedimientos a la reforma constitucional. Yo lo que he dicho es que, por ejemplo, en el tema del Senado, su reforma está bloqueada a nivel político. He dicho que en el seno de la Conferencia de Presidentes, los presidentes autonómicos podrían ponerse de acuerdo sobre la adopción de un convenio básico sobre unas directrices para reformar el Senado en cuanto a la composición funcional. ¿Unas directrices susceptibles luego de ser traducidas? Mediante el procedimiento de la reforma constitucional establecido en el ciento sesenta y siete... o mediante los estatutos a través del procedimiento de la reforma estatua-

ria establecido. Sólo que, ¿qué traducción? Se llega a un acuerdo político, a un consenso, a unas directrices, y luego eso se traduce jurídicamente mediante la reforma constitucional pero por el procedimiento de la reforma constitucional, nada de otro sistema alternativo. Pero es para desbloquear el problema.

CARLOS CLOSA

Pero el problema se desbloquea si está planteado en esa sede, pero si la dificultad de reformar el Senado no depende o no está vinculado estrictamente con la estructura autonómica del Estado ni con la voluntad de los presidentes de las comunidades autónomas, que a lo mejor sí, pero quizás se desprende de la dinámica partidista del Estado, resulta que la Conferencia de Presidentes no podrá alcanzar un acuerdo porque el ámbito de resolución de ese problema es otro.

JAVIER TAJADURA

Sí, te explicas sobradamente. Tú quieres decir que por influencia partidista en la Conferencia de Presidentes, los presidentes no van a actuar como presidentes de una comunidad autónoma que son conscientes de que hace falta un Senado... Bien, ése es un problema real, claro. Eso es un problema real.

Y lo segundo, yo lo comparto contigo plenamente: soy muy consciente de la limitación que tiene la norma jurídica. Por eso, aunque he escrito esto, en otra página concreta, que ahora no me acuerdo de cuál es, digo que probablemente toda la construcción sea un exceso de voluntarismo. Yo mismo me he hecho la crítica, no sé en qué página, pero textualmente digo: «exceso de voluntarismo y un exceso de dosis de confianza en el sistema que probablemente no se corresponda con la realidad». O sea, totalmente de acuerdo contigo. La norma no va a crear la voluntad política de cooperación. La norma, para que sea efectiva, sólo puede ser traducción de una voluntad política previa. Eso lo tengo claro. Con lo cual en eso estoy totalmente de acuerdo contigo.

En cuanto a lo de la participación consultiva, pues no es que quiera quitarme del asunto, pero sería interesante que nuestro colega alemán pudie-

ra, brevemente, explicármolo también, porque creo que sería de interés el significado básico del principio de lealtad federal en relación con la participación en órganos multilaterales: ¿qué exigencias o qué efectos jurídicos tiene? No lo sé.

Yo, por participación constructiva me refiero simplemente no tanto a hablar quince minutos, porque también entiendo que el que calla otorga, el que está allí, tantos diputados que no han hablado nunca, sino a no torpedear el debate poniendo pegadas u objeciones totalmente infundadas.

Y luego claro, ¿cómo se reduce la conflictividad? Estás de acuerdo conmigo en el planteamiento de los problemas, claro, eso exige un mayor desarrollo del tema. ¿Cómo se reduce la conflictividad? ¿Por crear simplemente la conferencia se va a reducir la conflictividad? No. No. Pero puede contribuir, puede contribuir. Pero en lo que se refiere al tema de la división partidista en el seno de la Conferencia, pues quizás no. Yo recuerdo, por ejemplo, la excelente ponencia que presentó el profesor Eliseo Aja en el foro en relación con la reforma del Senado. Ya vino allá a decir, y sumándose a esa interpretación, que en la medida en que los presidentes autonómicos, y en general en esos órganos de participación de gobiernos, enfocan los problemas desde un punto de vista más técnico, es más fácil llegar a acuerdos. Por ejemplo, el Plan Hidrológico Nacional o tantos temas que se han desbordado, o que se han sacado de contexto, y se han aprovechado para enfrentar unas comunidades con otras, yo creo que se podrían abordar con más racionalidad, desde una perspectiva más técnica. Y podría ser en ese foro más fácil reducir la conflictividad que en el debate político general interpartidista, pero ése es el problema, y estoy de acuerdo contigo. Pero ése será el problema, por ejemplo, también para cualquier reforma del Senado, claro. Ése es el problema para cualquier reforma del Senado.

Muchas gracias por todos los comentarios.

SALVADOR PARRADO

Yo no tenía muy claro si realmente la Conferencia de Presidentes había que regularla o no. Después de tu intervención estoy más proclive a que no se regule. Voy a empezar incidiendo en la parte de la obligatoriedad de asistencia. Eso podría tener sentido en un sistema como el griego donde se obliga a votar. En nuestro sistema, si llegamos según tu planteamiento a regular la obligatoriedad de la asistencia, ¿qué es lo que tenemos que hacer con

la obligatoriedad de la presidencia rotatoria? Porque claro, si uno no asiste, ¿cómo va a asumir la presidencia? Pero bueno, ésa es una parte.

Yo creo que incluso los argumentos que tú dabas para la regulación son argumentos que lo que aconsejan es que no se regule. Si la Conferencia de Presidentes tiene como misión fundamental el debatir problemas de interés para todos los actores que tengan efecto en el tipo de regulación o legislación que hagan en el Estado, en los temas que son de las conferencias verticales —que es a lo que me estoy refiriendo—, pues cualquier acuerdo que se tome que no sea vinculante para las partes, no tienes ninguna necesidad de regularlo porque es un instrumento que para lo único que sirve es para debatir.

Pero sigo adelante. Desde el punto de vista de la ciencia política, lo que es la institucionalización, no significa exactamente que haya que regularse. La institucionalización significa que una serie de pautas, de interacciones, de normas, escritas y no escritas, entre los actores se repiten en el tiempo. ¿Cuándo se repite una institución en el tiempo? Los actores ven que, conforme van interactuando, tienen retornos positivos crecientes, es decir, que encuentran positivo el que haya esa regulación, hasta llegar a un punto de no retorno donde es imposible revertir esa tendencia.

Por ejemplo: en el caso español tenemos un tipo de institución que se podría instalar si este presidente del Gobierno decide que, al finalizar los ocho años, quiere dejar la presidencia; un tercer presidente del Gobierno decide lo mismo y, aunque no esté escrito en ninguna parte, será muy difícil que un cuarto no quiera hacerlo. Pero no es un debate que sea interesante; es un debate unilateral o una propuesta unilateral que no ha tenido consecuencias en el espectro político. Esto sí está en el debate y es de interés para las partes y las partes están decidiendo la retroalimentación positiva, tendrán interés en interactuar y no habrá una necesidad de regulación.

Entonces, yo creo que si te estás refiriendo a problemas concretos, que sí que es cierto que hay problemas concretos, y si el presidente en funciones se plantea: «Qué hacemos con esta cuestión», pues a lo mejor hay que introducir en otra parte de la normativa la idea del presidente electo, como funciona en otros países, y olvidar lo de presidente en funciones, que tiene mucha más lógica. Pero no es necesaria una regulación sobre la Conferencia de Presidentes. Por esa razón, incluso aunque el guante ya lo había lanzado esta mañana Xavier, que la regulación de la Conferencia de Presidentes como algo conveniente es como lo estáis planteando, a mí me da la impresión que es mejor echar a andar, que los actores vayan encontrando retor-

nos positivos, que haya temas interesantes, y creo que no necesariamente porque se excluyan algunos temas importantes, eso va a dejar de funcionar, siempre que los temas que se traten no sean irrelevantes. Ésta es la cuestión. O sea, que no se traten los temas más importantes, no excluye que los temas que se traten sean por lo menos de interés para ellos. Si no lo son, y es para hablar de las marionetas, evidentemente no habrá... Eso es lo que me ha provocado la reacción de tu conferencia.

JAVIER TAJADURA

Muchas gracias, también, por las objeciones planteadas. Yo ya sabía, e insisto, que esto iba a provocar polémica. Pero claro, a mí lo que me preocupa es si eso tendría sentido en un sistema como el griego, bueno, lo de la obligatoriedad aquí es obligatoria y ya hoy en día hasta ser presidente de una comunidad de vecinos es obligatorio. Entonces, lo que me preocupa es que si por negar eso, negar el efecto, estés negando la causa o el fundamento; esto es: lo que me gustaría saber es si tú piensas que está vigente en España o no el principio de lealtad federal, sin el cual ningún Estado compuesto puede funcionar, y si estás de acuerdo con que ese principio está vigente, no como un mero principio retórico, sino qué efectos le atribuyes a ese principio. Ésa es, por otro lado, la otra cuestión que yo lanzaría.

Y en cuanto a los efectos jurídicos, eso no me ha dado tiempo a desarrollarlo. He insistido en que la función de la conferencia no supone caracteres jurídicos, sino acuerdos políticos, pero eso no quiere decir que esos acuerdos políticos no tengan ningún efecto posterior. Me explico. Si un presidente autonómico en el seno de la conferencia llega a un acuerdo, vota a favor de un acuerdo, y ese acuerdo se aprueba por la conferencia, luego, por el principio de buena fe, tiene la obligación de, cuando llegue a la comunidad autónoma, hacer todo lo posible para que ese acuerdo se traduzca jurídicamente. Es decir, si esto exige que luego el parlamento de su comunidad autónoma apruebe una determinada norma, lo que no podría hacer un presidente autonómico que ha votado que sí en la Conferencia de Presidentes es acudir a su parlamento y decir: «Votad que no a esta norma.» Esto sería algo así como los efectos en derecho internacional público de la firma.

Es decir, la firma del proyecto de tratado internacional no tiene efectos jurídicos, pero sí que obliga al presidente o al Gobierno que lo ha firmado a, cuando llegue a su país, hacer todo lo posible, y en su caso, si

hace falta, con autorización parlamentaria, lograrlo. Lo que no podría ser es que un presidente firmara el proyecto de tratado internacional y luego le dijera al parlamento: «Votad que no. No me autoricen.» Pues aquí sí que, por el principio de actuación conforme a los propios actos y el principio de buena fe, tendría algunas... Y si el desarrollo o la traducción jurídica del acuerdo político de la conferencia exige simplemente una norma de rango reglamentario, una norma que puede hacer el gobierno de una comunidad autónoma, es evidente que luego, en el ámbito de la comunidad autónoma, ese gobierno está obligado a traducirlo. Luego sí que tiene algunos efectos.

Pero vamos, el quid ya lo he dicho, y es el principio de lealtad federal. ¿Existe? ¿Qué consecuencias tiene? Porque si resulta que no hay obligación de asistir, que no hay obligación de participación constructiva, pues no hay. Y entonces, y si no existe, pues yo mal futuro le auguro al Estado.

GEMMA SALA

Soy politóloga. Así que de entrada me disculpo por mi inhabilidad de hablar en su léxico. Tengo dos preguntas y una es para cada uno de los ponentes.

En primer lugar, al profesor Hartwig. Ha mencionado que en un primer periodo, cuando se restablecen las conferencias de primeros ministros, se utilizan fundamentalmente para definir las competencias de cada nivel de gobierno, ¿qué es lo que realmente les corresponde a los *länder*? Y me pregunto por qué no se utiliza el Tribunal Constitucional Federal para esto. ¿Realmente hubo una decisión de dejarlo en la arena política y de evitar constitucionalizar o judicializar aquel tema?

Y en segundo lugar: ha dicho que hubo un lapso de tiempo entre que se aprueba la ley fundamental y se restablecen esas conferencias, y me pregunto entonces si realmente esas conferencias redujeron la conflictividad. Es decir, si hubo durante aquellos años, a falta de la existencia de estas conferencias, un volumen de conflictividad constitucional más alto que fue reducido dado el nuevo canal político para su resolución.

Para el profesor Tajadura, la pregunta es un poco más politológica, y ante todo, si tenemos que ver por qué no van o si tenemos que preocuparnos sobre si se va o no se va a estas conferencias, quizás tendremos que preguntarnos primero por qué no van. Y ahí mi hipótesis sería: no van porque

tienen el Tribunal Constitucional. Es decir, si tú sabes que vas a ganar, o que vas a conseguir una sentencia favorable por vía judicial, para qué utilizar un lugar donde tienes que comprometerte o tienes que dar un porcentaje de tu éxito negociador en lugar de acudir a una instancia donde quizá, por precedente, ya sepas que aquello lo ganes o tengas una sentencia favorable.

MATTHIAS HARTWIG

Muchas gracias por la pregunta. En Alemania tenemos, como es bien conocido, un Tribunal Constitucional. Ese tribunal tiene dos senados, dos salas. La idea original era que la primera sala estuviera dedicada a la defensa de los derechos humanos; la segunda, al federalismo. Como en Canadá, hoy se muestra rápidamente que hay un gran interés por los derechos humanos mientras que en el federalismo no hay muchos conflictos ante los tribunales. Es decir, hay un tribunal competente para decidir sobre esos conflictos pero cada año solamente hay dos o tres casos federales. Es decir, después del comienzo de la República Federal no hay un gran conflicto permanente ante los tribunales.

¿Cuál es el papel de las conferencias? Ciertamente hay esa tendencia en Alemania de resolver esos conflictos posibles, que naturalmente hay, a nivel político, es decir, en un cierto modo preventivo. Uno de los instrumentos para resolver esos conflictos naturalmente son las conferencias. No se puede decir que el reestablecimiento de la Conferencia de los Presidentes estuviera basado o fundado sobre la razón de reducir los conflictos para facilitar la cooperación. Y naturalmente, a través de esas ideas, la Conferencia de los Presidentes podía contribuir a la reducción de los conflictos. Es decir, se puede decir que esas conferencias, especialmente la Conferencia de los Presidentes, contribuyen a la reducción de los conflictos. De nuevo, el Tribunal Constitucional Federal juega un papel a nivel (...), pero solamente un papel reducido gracias a la práctica, porque los *länder*, las comunidades autónomas, prefieren resolver esos conflictos a nivel político.

JAVIER TAJADURA

Por la pregunta de por qué no van. Dada la circunstancia de que algunos de los que no van tampoco van al Tribunal Constitucional. Si vemos

cuáles son los casos de algunas comunidades autónomas que no han participado en esos órganos sectoriales, son comunidades que también durante mucho tiempo no plantearon ningún tipo de recursos ante el Tribunal Constitucional porque lo consideraban privado de legitimidad, como un órgano centralista, etcétera. O sea, curiosamente los que no van, no van a ningún sitio. Pero bueno, y los que no van a ningún sitio es, evidentemente, porque no tienen ninguna voluntad de cooperación, y me abstengo de calificar la voluntad de lo que tienen. Son básicamente porque aspiran simplemente a un sistema de relación bilateral y, por lo tanto, rechazan expresamente estos órganos multilaterales porque en ellos dicen que todos son iguales y algunos se consideran diferentes. Ésa es la razón política por la que no van. Y lo dicen —y lo dicen—.

Y en cualquier caso, aunque pudiera ocurrir, como hipótesis, que algunos no fueran a esos órganos multilaterales pero sí acudieran ante el Tribunal Constitucional, pues yo creo que eso sería un error, porque eso es cómo concebimos el Estado autonómico, si como un Estado autonómico conflictual o cooperativo. Esto es centrado en la idea del conflicto de cooperación, y yo creo que las reformas legislativas de los últimos años van por superar el lado conflictual. Sin ir más lejos, la reforma que hubo de la ley orgánica del Tribunal Constitucional de ampliar el plazo para la presentación de los recursos, no sé, me parece que de tres a nueve meses, ¿para qué? Para ver si en ese tiempo se conseguía un acuerdo político que evitara tener que llevar el asunto ante el Tribunal Constitucional.

NATHALIE DESROSIERS

Yes, I have one question for each speaker as well. I was intrigued by your last comment about the reduction of the number of federalism cases in the Constitutional Tribunal. Throughout the day, we've been trying to think about indicators of success, or markers of success for Councils of Federations or Conferences of Presidents. Is that perceived as being a measure of success? Is the fact that there are less court proceedings an indicator of success? You have a long history, and actually there was... if I understood well, that the idea is not to create binding agreements and so on, but is another measure of success that, despite the fact that it's not binding agreements, it actually happens anyway? Or, what are the indicators of success,

and do people feel that it has been a successful institution? So that's my question to you.

I assume I should ask the one for you at the same time. My question is, I am actually intrigued by the idea of creating two secretariats: one for the vertical type of issues and one for the horizontal. My initial reaction to that would be that part of the issue of federalism is how you qualify the problem. That is, people debate often how the problem is being described, and the way in which you understand a problem determines whether you will put it in the vertical or in the horizontal pile. And the very issue is that people see this problem... This the problem: the problem is that people see this issue differently and that some problems are multi-layered. And in a context where they are multi-layered, isn't it, in fact, creating more issues to have to have this qualification where people have to agree? "Is it at the right space?" "No, it's not at the right space." "You should have put it in that pile, not in that pile." So, my question is: isn't it, in fact, adding a level of complexity that will undermine the success or undermine the ability of resolving conflicts?

MATTHIAS HARTWIG

Thank you for the really interesting question. I must answer there have been very few writings on the question of what is success in the field of federalism in Germany. With respect to the Federal Constitutional Court, a tribunal, I must say they even were disappointed that there were so few cases because the justification of being of a court is always a decision of cases. And therefore, at the very beginning, the second chamber of the tribunal, of the federal constitutional court, had quite a lot of difficulties to justify their existence. In the end they redistributed the competences and the second chamber is also competent for human rights cases. And the majority, the burden of work, are the human rights cases, again.

So the question: what does it mean success in federalism? Is the institution, on the one hand, of the Council of Federation and, on the other hand, of the conferences a success story? I just can say in the end, yes. In the end, yes, if the measure is the reduction of conflicts. Yet we can say so. Because all problems, all problematic questions, politically problematic questions, are discussed in these organs — on the one hand, the fed-

eral council, and especially in the conferences. They are discussed there and so, before the whole legislative procedure is launched, the projects of the laws and statutes are elaborated by the ministers, by the administration, by the authorities. They have a certain feedback, what will be the reaction of the *länder*. And so everything is clear and they can make the compromises within these organs and so it is not necessary to go before the courts.

JAVIER TAJADURA

Sí, yo podría decir lo mismo respecto a España. Creo también que un indicador de éxito es la reducción de la conflictividad, indudablemente.

Y luego, en cuanto a la segunda pregunta, ya que me la formulaba a mí directamente, que compartía la conveniencia de que hubiera dos secretariados porque hay, por lo tanto, dos configuraciones distintas: la conferencia vertical por un lado y la conferencia horizontal por otro. Y si he entendido bien, lo que usted planteaba era el problema de calificar un asunto, calificar una materia, calificar un tema para saber si es susceptible de ir a la vertical o a la horizontal. Claro, ése es un tema que yo también recuerdo en el debate que tuvimos sobre la reforma del Senado. Al fin y al cabo, si el Senado se convierte en una cámara que ocupa una posición central en el procedimiento legislativo de aquellas leyes que afectan a las comunidades autonómicas, el problema básico es decir: cuáles son las leyes que afectan a la comunidad autonómica, si necesitan, por lo tanto, ese procedimiento, y cuál es la que no era de calificación.

Aquí yo lo veo más sencillo, porque no estamos hablando de un procedimiento legislativo y, en caso de duda, pues a la conferencia vertical — y en caso de duda a la conferencia vertical—. Es decir, la conferencia horizontal sí que lo tendría muy claro. Es decir, la conferencia horizontal son asuntos que son competencia exclusiva de las comunidades autónomas sólo que tienen un interés supracomunitario, entonces ella se autocoordina para ejercer mancomunadamente la competencia y evitar la coordinación del Estado, para evitar la intervención del Estado. Pero luego, en todos aquellos casos en que son materias que son competencia del poder estatal, del poder central, pero que van a tener una proyección sobre la comunidad autónoma —inmigración, crimen organizado, etcétera—, pero en caso de duda, a la vertical.

Yo tengo una apreciación errónea de lo que sucede últimamente en Alemania, pero yo tenía entendido que la idea ésta del federalismo cooperativo que se ha llevado muy lejos ha entrado un poco en crisis porque ha dificultado también la toma de decisiones, ha dificultado también la transparencia ante la opinión pública, de quién toma las decisiones y quién no, y que se está produciendo un fenómeno que va en una línea un poco distinta de asegurar más la exclusividad de competencias, y por tanto lo debilita un poco, sin por supuesto desaparecer. Pero yo creo que —lo decíamos esta mañana— ningún Estado descentralizado puede funcionar sin mecanismos de cooperación, pero que se va un poco en la línea de reducir el ámbito de cooperación, asegurar más ámbitos de exclusividad, con lo cual es posible que también esto genere más conflictos de competencias ante el Tribunal Constitucional.

¿Es cierto que hay esta tendencia, o quizás es una apreciación mía errónea?

MATTHIAS HARTWIG

Ciertamente, es justo esa idea, pero eso es en cierto sentido otro problema, porque esta mañana hablé del bloqueo por parte del Consejo Federal de la legislación. Eso no era anticonstitucional; era el derecho. Eso es el resultado del *checks and balances* del federalismo alemán; no era una cuestión anticonstitucional o inconstitucional, estaba previsto por la ley básica.

Y la cuestión es si esa forma de federalismo es la adecuada para resolver los problemas que se plantean actualmente en Alemania, y como se sabe, tenemos que reestructurar muchos campos políticos —el campo, por ejemplo, de los impuestos, el campo del derecho social, etcétera—. Aquí hay muchas competencias compartidas por los *länder* y el *bundestag*, el parlamento federal. Ahora está la discusión de separar esas competencias para facilitar la legislación federal. Sin embargo, se puede plantear la cuestión, eso no es una reducción del federalismo, porque la importancia, la influencia de los *länder* se verá reducida.

MIGUEL A. CABELLOS

Ahora, si les parece, sí que podríamos finalizar no sin antes agradecer a los ponentes el esfuerzo que han hecho por estar hoy aquí entre nosotros, especialmente en el caso de la profesora DesRosiers y, en segundo lugar, al doctor Xavier Arbós, cuya labor de coordinación desde el principio de la acumulación de este seminario ha resultado decisiva para que hoy podamos estar todos aquí, y naturalmente a todos ustedes por su asistencia a este seminario, que el Instituto tiene, por otra parte, intención de convertir en libro en muy pocos meses, de modo que podrán tener sus resultados por escrito en breve.

Muchas gracias.

Las relaciones intergubernamentales son consustanciales a los Estados compuestos, y en España su ejercicio se ha desarrollado entre no pocas dificultades y carencias. En este libro, surgido del seminario que se organizó en el Institut el 20 de enero de 2006, se analiza un aspecto concreto de las relaciones intergubernamentales en varios Estados compuestos que comparten ciertas características comunes. El aspecto a analizar fue el referido a los órganos que reúnen a los jefes de gobierno, ya sea sólo a los de los entes federados o también al de la Federación. En el libro, sin embargo, no sólo se hallará el análisis de los diversos órganos examinados (el Consejo de la Federación en Canadá; la Conferencia de Ministros-Presidentes en Alemania; la Conferencia de Gobiernos cantonales en Suiza; o la Conferencia de Presidentes en España), sino que en las diversas contribuciones que conforman la obra se va más allá para abordar una reflexión sobre el federalismo en la actualidad, sus problemas, y sobre el papel que desempeñan las relaciones intergubernamentales en los Estados compuestos.

ISBN 84-389-7321-X

