



Cooperación y reparto competencial en los estados descentralizados



**COOPERACIÓN Y REPARTO
COMPETENCIAL EN LOS ESTADOS
DESCENTRALIZADOS**

Col·lecció
Institut
d'Estudis
Autonòmics

83

COOPERACIÓN Y REPARTO COMPETENCIAL EN LOS ESTADOS DESCENTRALIZADOS

SEMINARIO

Barcelona, 8 de octubre de 2010
Zaragoza, 3 de diciembre de 2012

Antonio Arroyo Gil
Isabel M. Giménez Sánchez
Tomás de la Quadra-Salcedo Janini
Eva Sáenz Royo
Mayte Salvador Crespo
Susana Sánchez Ferro



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

BARCELONA
2013

Biblioteca de Catalunya. Dades CIP:

Cooperación y reparto competencial en los estados descentralizados :
seminario, Barcelona, 8 de octubre de 2010 [y] Zaragoza, 3 de diciembre
de 2012. – (Col·lecció Institut d'Estudis Autònomic ; 83)

Bibliografia

ISBN 9788439390220

I. Arroyo Gil, Antonio II. Institut d'Estudis Autònomic (Catalunya)

III. Col·lecció: Institut d'Estudis Autònomic (Col·lecció) ; 83

1. Competència (Dret) – Congressos 2. Cooperació intergovernamental –
Congressos 3. Governos d'estats federats – Congressos
342.3(061.3)

La publicación por parte del IEA de este libro no implica responsabilidad alguna sobre su contenido.

No se permite la reproducción total o parcial de esta publicación, incluido su diseño, ni su almacenamiento, ni tampoco su transmisión por cualquier forma o medio sin la autorización previa del titular del *copyright*.

Fotografía de la cubierta: Palau Centelles, Barcelona (siglo XVI).
Detalle de capiteles en las columnas de entrada al patio.

© **2013 Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònomic**

Primera edición: abril de 2013

ISBN: 978-84-393-9022-0

Depósito legal: B. 12131-2013

Producció: Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions

SUMARIO

PRESENTACIÓN.....	9
LA COOPERACIÓN HORIZONTAL Y VERTICAL COMO COMPLEMENTO O ALTERNATIVA AL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA EN EL SISTEMA FEDERAL NORTEAMERICANO	
TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI.....	11
<i>DEVOLUTION: EL DESARROLLO DE UN NUEVO SISTEMA DE RELACIONES INTERTERRITORIALES EN EL REINO UNIDO</i>	
SUSANA SÁNCHEZ FERRO.....	33
FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL REPARTO DE COMPETENCIAS EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA	
ANTONIO ARROYO GIL.....	85
LOS MECANISMOS DE COOPERACIÓN INTERGUBERNAMENTAL EN ITALIA: EL SISTEMA DE CONFERENCIAS	
ISABEL M. GIMÉNEZ SÁNCHEZ.....	155
LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA TOMA DE DECISIONES ESTATALES: MITOS Y REALIDADES	
EVA SÁENZ ROYO	189
EL NUEVO SISTEMA DE ALERTA TEMPRANA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: SU APLICACIÓN EN ESPAÑA	
MAYTE SALVADOR CRESPO.....	211

PRESENTACIÓN

Los estados territorial o políticamente descentralizados, los conocidos como estados compuestos (o las organizaciones que, aun sin ser estatales, presentan características propias de éstas, como es el caso de la Unión Europea), son, por regla general, también sistemas jurídico-políticos complejos, en la medida en que su naturaleza implica la necesidad de encontrar y mantener equilibrios de carácter competencial, financiero e institucional entre todas las partes integrantes de los mismos.

Esa complejidad se manifiesta también en las reformas que les afectan. Y eso es algo que se pone en relieve en esta obra colectiva que presentamos, en la que se examinan algunas de las evoluciones y reformas de las relaciones interterritoriales en una serie de sistemas políticos compuestos de nuestro entorno como son los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Italia, la propia España y la Unión Europea. Las distintas investigaciones han sido realizadas al amparo de un proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2009-14235), que lleva precisamente por título «Las reformas de los sistemas descentralizados».

La complejidad, sin embargo, no tiene por qué ser considerada como algo necesariamente negativo, de igual forma que la sencillez tampoco es incuestionablemente positiva, sobre todo cuando se manifiesta en su peor versión: la simpleza.

Antes bien, si un estado compuesto es también un estado complejo, ello, en realidad, responde (o debería responder) a un hecho que en sí mismo merece consideración: la necesidad y/o voluntad política, expresada normativamente, de dar adecuada respuesta a múltiples intereses en juego, los que corresponden a cada una de las partes de la relación federativa.

En esa búsqueda de los equilibrios, evidentemente, hay una serie de principios que deben de ser respetados o, al menos, tenidos en cuenta. En primer lugar, el principio democrático, lo que conlleva ciertas exigencias en el terreno parlamentario (juego de mayorías y minorías) y en el campo de las relaciones parlamento-gobierno, tanto a nivel del estado central como de los estados miembros. En segundo término, el principio de eficiencia para que el acometimiento de las tareas públicas satisfaga las necesidades

propias de un buen gobierno y, fundamentalmente, para que los ciudadanos, destinatarios últimos de las políticas públicas, perciban los beneficios de un correcto diseño y ejecución de éstas. En tercer lugar, el principio que sirve de puente entre los dos anteriores, el principio de subsidiariedad, en virtud del cual, la competencia debería recaer en aquel nivel de gobierno más cercano a los ciudadanos que sea, al mismo tiempo, más eficaz. Y por último, el principio de lealtad, que no es sino la expresión de la necesidad de actuar con voluntad de entendimiento y teniendo presentes los intereses ajenos.

Junto a la diversidad de los trabajos que presentamos en esta obra colectiva, buen reflejo de la complejidad de cada uno de los ordenamientos jurídicos que han sido objeto de estudio, creemos que la edición de la misma, en la que participan tres prestigiosas instituciones ubicadas en territorios diferentes de nuestra geografía común y dependientes, cada una de ellas, de distintos órganos o instituciones, es también una buena muestra de que la complejidad, si está bien organizada y viene de la mano de la cooperación leal, resulta no sólo posible, sino, además, muy fructífera.

De hecho, este proyecto de investigación nos ha llevado, entre otros lugares, a las tres instituciones que ahora coeditan esta obra. Allí tuvimos ocasión de exponer parte de nuestro trabajo y, sobre todo, recibir sugerencias, ideas y reflexiones muy sustanciosas en el curso de los debates que a continuación se desarrollaron.

Al Institut d'Estudis Autònoms, con sede en Barcelona y dependiente de la Generalitat de Catalunya, al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, con sede en Madrid y dependiente del Ministerio de la Presidencia, y a la Fundación Manuel Giménez Abad, con sede en Zaragoza y dependiente de las Cortes de Aragón, queremos mostrarles nuestro más sincero agradecimiento por su apoyo, por la labor magnífica que vienen desempeñando como centros de estudio e investigación de referencia en el terreno del derecho constitucional y la ciencia política, tanto a nivel nacional como internacional, y también por haber encarnado, a través de esta edición conjunta, la colaboración leal, haciéndola además pieza clave para que lo complejo pueda dar frutos –confiamos en que dichos frutos sean valiosos.

LOS AUTORES

LA COOPERACIÓN HORIZONTAL Y VERTICAL COMO COMPLEMENTO O ALTERNATIVA AL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA EN EL SISTEMA FEDERAL NORTEAMERICANO

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI

*Profesor titular de Derecho Constitucional,
Universidad Autónoma de Madrid*

SUMARIO: I. Introducción. II. Los mecanismos de colaboración horizontal. 1. Los mecanismos de colaboración horizontal constitucionalmente previstos: la *Compact Clause*. 2. Otros mecanismos de colaboración horizontal. III. Los mecanismos de colaboración vertical. IV. A modo de conclusión. Bibliografía.

I · Introducción

La caracterización doctrinal y jurisprudencial del federalismo norteamericano ha sufrido significativas variaciones a lo largo de los años, a pesar de haberse mantenido el texto de la Constitución de 1787 prácticamente inalterado. De la estricta separación de funciones entre los diversos niveles de gobierno, propia del denominado federalismo dual, se ha pasado a describir las relaciones entre la Federación y los estados bajo conceptos como el de federalismo cooperativo o incluso el de federalismo coercitivo.¹ Ello no es sino la consecuencia de la expansión de la capacidad de acción de la Federación durante el siglo pasado.

La ampliación de la capacidad de acción de la Federación tiene como dos de sus hitos principales la adopción, por un lado, de la decimosexta enmien-

1 Elazar, D. J. *The American Partnership: Intergovernmental Cooperation in the Nineteenth-Century United States*, University of Chicago Press, 1962; Kincaid, J. «From cooperative to coercive federalism», *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1990 y Sáenz Royo, E. «La reforma sanitaria de Obama en el marco del federalismo americano», *Revista General de Derecho Constitucional*, 11, 2011.

da en 1913, que atribuye a la Federación la capacidad de establecer impuestos sobre los ingresos derivados de cualquier fuente sin tener que prorratarlos entre los diferentes estados –fundamento desde entonces de una importante fuente de ingresos para la Federación–, y la expansión, por otro, de la acción reguladora federal durante el *New Deal*. Expansión amparada por una interpretación más flexible de la distribución constitucional de competencias realizada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos que, si bien habría ido en detrimento de la precisión y estabilidad del sistema de distribución de competencias, al mismo tiempo habría permitido la adaptación de la nación a nuevas circunstancias y retos.² Adaptación que una rígida y petrificada interpretación de la distribución del poder habría hecho imposible.

Ambos hitos, han supuesto el crecimiento de la influencia federal en los ámbitos tradicionalmente reservados a los estados, bien a través del poder de gasto federal y su consecuencia más evidente, las subvenciones condicionadas, bien a través de la capacidad de las normas federales de desplazar las normas estatales a través de la *preemption*, consecuencia de la aplicación de la Cláusula de supremacía.³

2 Ello fue posible, fundamentalmente, a través de una interpretación expansiva de la Cláusula de comercio. La denominada Cláusula de comercio recogida en el art. I sección 8ª de la Constitución norteamericana atribuye al Congreso de los Estados Unidos la competencia para regular el comercio entre los estados. La necesidad de contar con una instancia política centralizada fuerte que pudiese regular de forma uniforme las condiciones económicas en toda la nación llevará a que el Tribunal Supremo abandone, en la década de los años 30 del siglo pasado, la estricta interpretación que venía realizando de la competencia atribuida al Congreso federal para regular el comercio interestatal. Será por primera vez en la sentencia *National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin Steel Corporation* 301 U.S. 1 (1937), donde el Tribunal Supremo de los Estados Unidos establezca su nueva interpretación del alcance de la competencia atribuida al poder federal en la Cláusula de comercio al considerar que es el efecto sobre el comercio interestatal lo relevante para determinar la extensión de aquella competencia atribuida, abandonando así la estricta interpretación que venía realizando hasta entonces. Sobre todo ello, véase Quadra-Salcedo Janini, T. *Unidad económica y descentralización política. Libre circulación de mercancías y control judicial en EEUU y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

3 De acuerdo con el art. VI.2 de la Constitución de 1787, «la Constitución de los Estados Unidos y las leyes y tratados de los Estados Unidos que están hechos de acuerdo con la Constitución son la ley suprema del país; vinculan a los jueces de los diferentes estados y en ninguna forma podrá resultar afectado por las constituciones o las leyes de los estados». Sobre la *preemption*, véase Velasco Caballero, F. «Un ejemplo de funcionamiento de la *preemption* norteamericana: la regulación de la inmigración», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 13, abril 2011.

En las páginas que siguen no nos proponemos analizar tales variaciones en la caracterización del federalismo norteamericano, sino el margen que queda a los mecanismos de colaboración en aquel sistema. Mecanismos de colaboración que, a los efectos de nuestro examen, se caracterizarían por la naturaleza voluntaria de la participación en los mismos por parte de las distintas entidades territoriales.

Los mecanismos de colaboración se constituirían, así, en un complemento o en una alternativa a tener en cuenta frente a la imposición directa de políticas públicas por la Federación a través del principio de supremacía. Una alternativa más respetuosa con la soberanía de los estados federados y que, no obstante, permitiría dar respuesta a cuestiones que trascienden el interés meramente estatal.

Dentro de los mecanismos de colaboración en el sistema federal norteamericano es posible diferenciar entre los mecanismos de colaboración horizontal y los mecanismos de colaboración vertical. La cooperación horizontal se refiere a las relaciones de colaboración voluntaria que mantienen entre sí las entidades descentralizadas, los estados; mientras que la cooperación vertical se refiere a las relaciones de colaboración voluntaria que se establecen entre los estados y la Federación.

II · Los mecanismos de colaboración horizontal

En el sistema federal norteamericano se han desarrollado diferentes mecanismos de cooperación entre los estados federados, mecanismos que en nuestro país se han denominado de cooperación horizontal. Dentro de estos mecanismos de cooperación horizontal, en los que en ocasiones participan los poderes federales, habría que diferenciar aquéllos explícitamente previstos en la Constitución de los Estados Unidos de 1787 de aquéllos no explícitamente previstos en la norma fundamental y que se han desarrollado, no obstante, en la práctica política.

1 · Los mecanismos de colaboración horizontal constitucionalmente previstos: la *Compact Clause*

Según el artículo I, sección 10ª, párrafo 3 de la Constitución «ningún estado podrá, sin el consentimiento del Congreso, celebrar convenios o pactos con otro estado».

Esta cláusula, denominada *Compact Clause*, abre la posibilidad de que los estados celebren convenios o pactos entre sí, cuando cuenten, en principio, con el consentimiento del Congreso.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, el consentimiento del Congreso «transforma un convenio entre estados... en ley de los Estados Unidos»⁴ pasando, el mismo, a tener la fuerza y la supremacía de la ley federal y permitiendo que los términos del acuerdo se hagan valer ante los tribunales federales.

La exigencia constitucional de consentimiento⁵ por parte del Congreso federal a los estados para la firma de convenios o pactos se ha vinculado con la necesidad de salvaguardar dos objetivos:

– que sea el Congreso el que diferencie entre «convenios y pactos» entre estados, que serían constitucionales en el caso de ser autorizados, y «tratados, alianzas o confederaciones» que no lo serían bajo ninguna circunstancia, pues de acuerdo con el artículo I, sección 10^a, párrafo 1 de la Constitución «ningún estado celebrará tratado, alianza o confederación alguna»,

– que sea el Congreso el que autorice aquellos convenios y pactos entre estados que puedan tener implicaciones sobre las competencias federales.

En lo que se refiere al primer objetivo, la diferencia entre ambos grupos de conceptos, «convenios o pactos» y «tratados, alianzas o confederaciones», no es sencilla y, si bien se han tratado de realizar clasificaciones,⁶ la doctrina viene reconociendo amplio margen al juicio político del Congreso.

En lo que se refiere al segundo objetivo, se debe señalar que, a pesar de la aparente taxatividad constitucional exigiendo el consentimiento del Congreso para que los estados puedan celebrar convenios o pactos entre sí, en la práctica los estados vienen celebrando acuerdos sin someterlos a la autorización del Congreso. La razón hay que buscarla en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que ha considerado que no todo acuerdo entre estados requeriría del consentimiento del Congreso.

4 *Culyer v. Adams*, 449 U.S. 433, 438 (1981).

5 La exigencia de consentimiento por el poder central también se encuentra presente en nuestra norma fundamental. Recordemos los intentos de diferenciación en el ordenamiento español entre los convenios entre comunidades autónomas para la gestión y prestación de servicios, que sólo deben ser comunicados a las Cortes Generales, y los acuerdos entre comunidades autónomas, «demás supuestos», que necesitarán de la autorización de las Cortes.

6 Story, J. *Constitution*, 5th ed., 1891, sec. 1402-1405.

Una de las cuestiones más debatidas doctrinalmente ha sido precisamente la determinación de cuáles son los convenios o pactos entre estados que deben ser sometidos al trámite del consentimiento del Congreso. De acuerdo con una asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el propósito de la *Compact Clause* sería «asegurar que el Congreso mantendrá un poder de supervisión sobre aquella acción cooperativa estatal que pueda interferir sobre el completo y libre ejercicio de la actividad federal».⁷ Para el Tribunal Supremo el consentimiento del Congreso debe obtenerse sólo para aquellos pactos o convenios «dirigidos a la formación de agrupaciones que tiendan a incrementar el poder político de los estados a costa de invadir o interferir la supremacía de los Estados Unidos».⁸

El Congreso supervisaría, por tanto, sólo aquellos acuerdos entre estados que puedan tener implicaciones sobre las competencias federales pudiendo denegar el consentimiento o incluso otorgarlo bajo determinadas condiciones.⁹ Ello supone que quedan fuera de supervisión federal todos aquellos acuerdos que no tengan tales implicaciones. Además de aquellos acuerdos vinculantes entre estados pero que no interfieran en la acción federal, tampoco deben someterse al consentimiento del Congreso aquellos acuerdos o pactos entre estados no vinculantes. Acuerdos o pactos de intenciones, de buena fe o entre caballeros, que por no generar obligaciones legales no caerían bajo la *Compact Clause* y, por tanto, bajo la obligación de contar con el consentimiento del Congreso.

La interpretación jurisprudencial de la *Compact Clause* ha supuesto que muchos acuerdos entre estados no se sometan, en la práctica, al explícito consentimiento del Congreso, pues no ponen aparentemente en cuestión el completo y libre ejercicio de la actividad federal. Los tribunales federales, desde hace más de un siglo, cuando se les ha planteado la disconformidad con la Constitución de determinados acuerdos o convenios entre estados que no cuentan con el consentimiento del Congreso, vienen considerando que en los supuestos concretos tal consentimiento no era necesario.

7 *Cuyler v. Adams*, 449 U.S. 433, 440 (1981).

8 *U.S. Steel Corp. vs. Multistate Tax Comm'n*, 434 U.S. 452, 468 (1978).

9 Algunas de las materias objeto de convenios entre estados que han obtenido el consentimiento del Congreso serían las relativas a: fronteras y cesión de territorios, control y mejora de la navegación, jurisdicción penal, uniformización de normativas, conservación de recursos naturales, regulación de la prestación de bienes y servicios, o fiscalidad.

Un sector doctrinal ha criticado la estricta interpretación dada por el Tribunal Supremo a la *Compact Clause* en lo que se refiere a cuándo es necesaria la intervención del Congreso federal, pues tal interpretación no tendría en cuenta los posibles perjuicios que se pueden derivar de un convenio o pacto entre estados para los demás estados no participantes en el mismo.¹⁰ El hecho de que para determinar si es necesario o no el consentimiento del Congreso se tenga que comprobar, mediante autorización, como afecta el pacto a las competencias federales no tiene en cuenta los efectos que puede tener un convenio sobre los demás estados, efectos que según este sector doctrinal podría hacer igualmente necesaria la intervención del poder que representa el interés general de la nación, el Congreso de los Estados Unidos. Por tanto, bajo un punto de vista crítico con la doctrina jurisprudencial consolidada, la finalidad fundamental de la *Compact Clause* sería proteger a los estados y a sus ciudadanos frente a la «agresión» de los demás estados, actuando conjuntamente y no tanto proteger a la Federación, cuyo mecanismo de defensa es fundamentalmente la Cláusula de supremacía.¹¹ Por ello, consideran gravemente errada la doctrina del Tribunal Supremo.

Una cuestión adicional que ha suscitado la doctrina científica es la capacidad que tendría el Congreso de supervisar *a posteriori* la aplicación de aquellos convenios o pactos a los que ya haya prestado su consentimiento.

En este punto se hace necesario señalar que, si bien durante el siglo XIX los convenios estatales solían tener en la práctica una escasa influencia sobre los intereses nacionales, pues se referían a aspectos locales intrascendentes para el interés nacional, lo que provocó una jurisprudencia del Tribunal Supremo que negaba la capacidad del Congreso de enmendar o invalidar aquellos convenios o pactos a los que hubiese dado ya su consentimiento, en el siglo XX se comienzan a realizar convenios con evidentes implicaciones en el interés nacional, como aquéllos que permiten la creación de autoridades independientes a las que se atribuyen importantes poderes sin estar directamente sometidas al poder político.¹² Convenios

10 Así lo señalaba el juez White en su voto disidente en *U.S. Steel Corp. vs. Multistate Tax Comm'n*, 434 U.S. 452, 468 (1978), cuando afirmaba que un convenio interestatal puede colocar a los estados no participantes en desventaja competitiva.

11 Greve, M. S. «Compacts, cartels, and congressional consent», *Missouri Law Review*, 2003.

12 Se ha destacado como fundamental en este cambio de tendencia en la utilización de los convenios entre estados la creación en 1921 por Nueva York y Nueva Jersey de una agencia, la Port of New York Authority, responsable de organizar los medios de trans-

que parecerían requerir un mayor control por parte del Congreso, no sólo en el momento inicial de prestar el consentimiento, sino también en su desarrollo posterior, máxime teniendo en cuenta que muchas veces no es posible anticipar el impacto que el establecimiento de una nueva agencia independiente creada mediante un convenio entre estados tendrá sobre los intereses federales. En este punto es necesario señalar que algunas de tales autoridades independientes tienen amplísimos poderes, pudiendo destacar la capacidad de imponer sanciones, adoptar regulaciones, realizar expropiaciones o prestar servicios.

Hasta el momento, el Tribunal Supremo ha reconocido, que la función política que cumple el Congreso al autorizar un convenio o pacto entre estados permitiría que el órgano federal rehusara consentir un convenio entre estados durante años con la finalidad de comprobar sus efectos sobre los intereses federales, pero no se habría pronunciado claramente en la línea de considerar posible la revocación explícita de un consentimiento ya realizado. Doctrinalmente, se ha señalado que siempre cabría, en todo caso, que un convenio entre estados que una vez consentido tuviese efectos nocivos para el interés nacional pueda verse desplazado por una regulación federal directa, dictada en ejercicio de las amplias competencias que la Constitución ha atribuido al Congreso.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha recordado que un convenio entre estados no podría operar como una restricción sobre los amplios poderes sobre el comercio interestatal atribuidos por la Constitución al Congreso en la Cláusula de comercio.¹³ «Si no fuera así, el Congreso y dos estados

porte relacionados con el puerto compartido y de gestionar el desarrollo del puerto y sus industrias.

- 13** La Cláusula de comercio recogida en la Constitución de los Estados Unidos en su art. I, sección 8ª atribuye al Congreso la competencia «para regular el comercio entre los estados».

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano hubo un tiempo en el que se diferenciaba lo que constituía una «regulación del comercio entre estados» de lo que constituían regulaciones de toda una serie de materias económicas que afectaban al comercio entre estados pero no eran propiamente regulaciones del comercio entre estados. Tal diferencia llevó a reconocer la competencia del Congreso para regular sólo el comercio entre estados, pero no todas aquellas materias que aún afectando al comercio entre estados no se considerasen propiamente regulaciones del comercio entre estados con lo que quedaban vedadas a la actuación federal.

Tales restricciones en la capacidad regulatoria del Congreso en el ámbito económico han desaparecido en buena medida con la amplia interpretación jurisprudencial que se ha

tendrían el poder de reformar la propia Constitución». ¹⁴ El eventual consentimiento por parte del Congreso a un acuerdo entre estados no impide, por tanto, que en el futuro el órgano federal pueda regular en la materia en ejercicio de sus competencias y que en virtud de la Cláusula de supremacía el contenido de tal acuerdo quede desplazado.

Una vez examinada la interpretación del alcance jurídico que se ha realizado jurisprudencial y doctrinalmente de la *Compact Clause*, se hace necesario referirnos brevemente al uso que, en la práctica, han hecho los estados de la misma.

La inclusión de la *Compact Clause* en la Constitución tendría sus orígenes en la necesidad de establecer mecanismos de resolución de las frecuentes controversias fronterizas producidas durante la historia colonial norteamericana. Sin embargo, en el siglo XX la *Compact Clause* se ha transformado en un instrumento de cierta relevancia para abordar importantes cuestiones políticas, sociales y medioambientales. ¹⁵

Así, dentro de los convenios entre estados sometidos al consentimiento del Congreso es posible encontrar diferentes tipos o modelos. En efecto, señala Hall que, si bien históricamente los convenios entre estados, por ejemplo en materia de recursos hídricos, venían siendo reconducibles a dos modelos tradicionales, en los últimos tiempos han surgido modelos alternativos. Así, por ejemplo, era habitual utilizar un convenio entre estados para dividir y asignar los acuíferos entre los estados sin establecer, sin embargo, ninguna orientación en cuanto a cómo los estados indivi-

dado desde 1937 a la competencia que atribuye la Constitución al Congreso que no quedaría reducida a lo que es propiamente regulación del comercio entre estados, sino que en la práctica se extendería a toda materia susceptible de afectar al comercio entre estados. Ello ha supuesto el reconocimiento de una competencia casi universal al Congreso, pues prácticamente cualquier materia puede considerarse que, de una forma u otra, tiene un efecto sobre el comercio interestatal en una economía cada vez más interrelacionada.

¹⁴ *Pennsylvania v. The Wheeling & Belmont Bridge Co* 59 U.S. (18 How.) 421 (1855).

¹⁵ En 2009 se encontraban en vigor aproximadamente unos 200 convenios entre estados, muchos de los cuales tienen que ver con la distribución y conservación del agua (37 convenios), con la energía y la gestión de residuos de baja radioactividad (15 convenios), con el control de la delincuencia (18 convenios), con la educación (13 convenios) o con el bienestar infantil (5 convenios). Pincus, M. «When should interstate compacts require congressional consent?», *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Summer 2009. A mero título de ejemplo los convenios van desde el *Appalachian and Rocky Mountain Low-Level Radioactive Waste Agreements of 1985 and 1983* hasta el *Interstate Pest Control Compact of 1968*; o el *Interstate Compact on Adoption and Medical Assistance of 1980* o el *Interstate Compact for the Placement of Children of 1974*.

dualmente deberían gestionar el uso del agua.¹⁶ Igualmente normal era el uso de un segundo modelo que utilizaba el convenio entre estados para crear una autoridad o agencia centralizada, en la que eventualmente había representantes de los estados parte en el convenio y del poder federal, con capacidad de reglamentación y gestión sobre toda la cuenca.¹⁷ Desde los años 70 la *Compact Clause* ha sido un instrumento fundamental para la fusión de agencias administrativas estatales para abordar determinadas cuestiones de manera unitaria.

No obstante, en los últimos años habrían surgido modelos distintos. Tal sería, por ejemplo, el caso del *Great Lakes-St. Lawrence River Basin Water Resources Compact* de 2005 que supondría, de acuerdo con un sector doctrinal, el establecimiento de un nuevo modelo dentro de la cooperación entre estados en materia de protección medioambiental, modelo que se ha denominado federalismo cooperativo horizontal.

El Convenio sobre los grandes lagos de 2005 establece en el propio acuerdo estatal unos estándares comunes (sustantivos y procedimentales) para administrar un recurso compartido, pero deja a los estados individuales la flexibilidad y autonomía para implementar esas normas bajo la ley estatal. Se establecen así estándares comunes en el propio convenio, lo que lo diferencia del primer modelo al que nos referíamos, pero no se entrega la gestión y la reglamentación a una autoridad centralizada, sino que son las autoridades de cada estado las encargadas de implementar tales estándares obligatorios, lo que lo diferencia del segundo modelo referido.

Bajo este tercer modelo de cooperación horizontal, los estados fijan parcialmente los estándares obligatorios en el convenio y no en una norma federal, que sería otra de las alternativas posibles a la cooperación horizontal entre estados. En efecto, un modelo alternativo a la cooperación horizontal en materia medioambiental sería que el poder federal estableciese las normas ambientales nacionales que los estados deben administrar y hacer cumplir.¹⁸ Sin embargo, los acuerdos y convenios entre estados son más

16 Tal sería el caso de los convenios sobre el agua del oeste de los Estados Unidos como el *Colorado River Compact* y el *Rio Grande Compact*.

17 Tal sería el caso de dos de los grandes convenios sobre el agua del este del país, el *Delaware River Basin Compact* y el *Susquehanna River Basin Compact*.

18 Esto es lo que ocurre, señala Hall, en el ámbito de determinadas políticas como son las relativas a la contaminación, los residuos peligrosos o las especies en peligro de extinción, quedando precisamente la gestión de los recursos hídricos como una notable excepción al utilizarse tradicionalmente mecanismos propios del federalismo horizontal y no del

respetuosos con la autonomía política de los Estados, pues permiten a éstos mantener la capacidad de decisión, aunque sea de manera colectiva, y, así, evitar la acción regulatoria directa del Gobierno federal. Es precisamente por ello por lo que la Constitución exige la explícita aprobación del Congreso de aquellas acciones cooperativas estatales que puedan interferir sobre el completo y libre ejercicio de la actividad federal, sin que el convenio pueda operar, no obstante, y como ya señalamos, como una restricción futura sobre los amplios poderes atribuidos por la Constitución al Congreso.

2 · Otros mecanismos de colaboración horizontal

La doctrina ha destacado igualmente otros mecanismos de acción colectiva por parte de los estados federados no previstos explícitamente en la Constitución y que demostrarían la flexibilidad de las vías de cooperación.

Así, por ejemplo, la Asamblea Nacional de Legislativos Estatales (*National Conference of State Legislatures*) es una organización al servicio de los legislativos y administraciones de los estados federados. La Asamblea trata de incrementar la calidad y eficacia de los parlamentos estatales, promover la innovación y comunicación de políticas entre los parlamentos estatales, y garantizar a éstos una voz coherente y fuerte dentro del sistema federal. Para ello proporciona investigación y asistencia técnica, así como facilita la posibilidad de que aquéllos que desarrollan políticas intercambien ideas en asuntos de interés estatal. La Asamblea representa igualmente los intereses de los gobiernos estatales ante el Congreso y ante las agencias federales. La dirección de la Asamblea está formada por parlamentarios y funcionarios de todo el país.

Asimismo, desde 1892 la denominada *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* ha venido tratando de evitar la pluralidad de regulaciones estatales a través de la promoción de la uniformidad de normas estatales en determinadas materias que, en principio, se encontrarían fuera de la competencia regulatoria federal. Cada estado determina quiénes son sus comisionados, que deben ser juristas, la mayoría de los cuales son abogados, jueces o profesores de derecho, si bien también encontramos algunos parlamentarios estatales. Su misión funda-

federalismo vertical. Hall, N. D. «Toward a new horizontal federalism: interstate water management in the Great Lakes Region», *University of Colorado Law Review*, 2006.

mental es estudiar y revisar los ordenamientos estatales para determinar aquellas áreas en las que debería haber una uniformización normativa. La Asamblea presenta propuestas normativas a los parlamentos estatales. Su labor ha sido destacable en el ámbito de la uniformización de las normas comerciales, el derecho de familia, el derecho de sociedades, el derecho sanitario o los conflictos normativos.

Otro instrumento de cooperación horizontal serían las denominadas conferencias de gobernadores, puestas en marcha por primera vez bajo el mandato del presidente T. Roosevelt (1908).¹⁹ Entre conferencias se ha creado la Asociación Nacional de Gobernadores con el objetivo fundamental de ser una organización en la que se promueva la compartición de las distintas políticas estatales y se trate de articular una voz única de los gobernadores en la política nacional.

También cabe destacar las reuniones de funcionarios estatales a través de las cuales se han tratado de promover las regulaciones estatales armonizadas. En tales reuniones han participado, en ocasiones, representantes federales. Igualmente destacable ha sido el funcionamiento de diversas asociaciones de funcionarios estatales.²⁰

19 El objeto principal de aquella primera conferencia fueron los recursos naturales y su utilización adecuada.

20 Ya Frankfurter y Landis en un artículo de 1925 enumeraban algunas de ellas, catalogadas desde 1910 por la Biblioteca del Congreso: Association of Governmental Labor Officials of the United States and Canada, American Institute of Park Executives, American Association of Port Authorities, American Association of State Highway Officials, American Prison Association, American Uniform Boiler Law Society, Assembly of Civil Service Commissions, Association of American Dairy, Food, and Drug Officials, Association of Official Agricultural Chemists, Conference of Art Commissions, Conference of Governors of the States of the Union, Conference of New England Governors, Conference of State and Territorial Health Officers, Conference of State Sanitary Engineers, Conference on Weights and Measures in the United States, Federation of State Medical Boards, International Association of Dairy and Milk Inspectors, International Association of Factory Inspectors, International Association of Game, Fish, and Conservation Commissioners, International Association of Industrial Accident Boards and Commissions, International Association of Public Employment Services, Joint New England Railroad Committee, National Association of Attorneys General, National Association of Boards of Medical Examiners, National Association of Commissioners, Secretaries and Departments of Agriculture, National Association of Comptrollers and Accounting Officers, National Association of Dental Examiners, National Association of State Universities, National Association of Railway and Utilities Commissioners, National Association of State Libraries, National Association of Supervisors of State Banks, National Convention of Insurance Commissions, National Probation Association, National Tax Association, New

Importante mecanismo de concertación sería, asimismo, la privatización de determinadas funciones estatales y la utilización conjunta de las empresas privatizadas en un ámbito pluriestatal, de manera que se apliquen estrategias comunes. De esta manera, se genera un mecanismo centralizado de acción colectiva que además se saca del control del proceso político.

Destacarían, además, como mecanismos de acción colectiva aquellos acuerdos informales, que no se plasman propiamente en un convenio o pacto formal, mediante los cuales los estados se comprometen a adoptar determinadas políticas de manera coordinada. Este mecanismo flexible tiene la ventaja de no tener que someterse en ningún caso a la aprobación del Congreso.

Igualmente destacable es la capacidad estatal de actuar conjuntamente a través de acciones legales ante los tribunales, mediante demandas dirigidas contra un mismo sujeto, tal sería el caso de la multimillonaria demanda que dirigieron 46 estados contra las compañías tabaqueras, previa firma de un convenio o pacto no sometido a consentimiento del Congreso,²¹ y que desembocó en un importante acuerdo económico.

III · Los mecanismos de colaboración vertical

Las relaciones de colaboración vertical suponen igualmente un complemento o una alternativa a la relación «jerárquica» que se establece entre la Federación y los estados cuando se aplica la Cláusula de supremacía.

Entre los mecanismos de colaboración vertical destacan las denominadas subvenciones condicionadas (*grants-in-aids*) fundamentadas en el poder de gasto federal recogido en la *Spending Clause*. Es la exigencia jurisprudencial de que exista voluntariedad en la aceptación de los fondos federales por parte de los estados receptores lo que determina que podamos caracterizar a las subvenciones condicionadas como mecanismo de cooperación vertical entre la Federación y los estados. La caracterización de las subvenciones condicionadas como mecanismo de colaboración y no

England State Tax Officials Association, Pacific Coast Association of Port Authorities en Frankfurter, F. y Landis, J. M. «The compact clause of the Constitution—a study in interstate adjustments», *Yale Law Journal*, May 1925.

21 Ausencia de consentimiento que sirvió de argumento a una compañía tabaquera que no participó en el convenio entre estados para impugnarlo.

de imposición se habría visto reforzada, como se examinará, por la reciente sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *National Federation of Independent Business v. Sebelius* en la que se juzgaba la conformidad con la constitución de la reforma sanitaria del presidente Obama.

De acuerdo con la denominada *Spending Clause* contenida en el artículo I, sección 8ª de la Constitución de los Estados Unidos de 1887 «el Congreso tendrá facultad ... para pagar las deudas y proveer a[ll] bienestar general de los Estados Unidos».

El Tribunal Supremo ha interpretado que la *Spending Clause* permitiría al Congreso de los Estados Unidos otorgar fondos federales a los estados, pudiendo condicionar tal concesión a que los estados adopten ciertas medidas. Así, a través del poder de gasto para proveer el bienestar general, el Congreso puede fomentar, que no imponer, que los estados adopten determinadas políticas públicas.

Una subvención condicionada será una transferencia de fondos de un nivel territorial a otro (en el caso a analizar: del Gobierno federal a los estados o a los gobiernos locales) con un propósito u objetivo determinados. El que recibe el dinero debe cumplir con los términos y condiciones que fije el donante que normalmente serán que los fondos se usen para una finalidad determinada, que se realice una contribución financiera adicional por parte del receptor, que se cumplan determinadas condiciones sobre la manera de gestionar los fondos o que se adopten determinadas reglamentaciones adicionales vinculadas con el objetivo de la subvención.

Ya en los *Federalist Papers*, encontramos dos posiciones diferenciadas en torno a la interpretación que debía darse al alcance de la facultad el Congreso para mediante fondos proveer al bienestar general de los Estados Unidos.

Para Madison tal bienestar se puede promover únicamente a través del ejercicio de las facultades o competencias específicas enumeradas por la Constitución a continuación de la propia Cláusula de gasto, sin que ésta suponga en sí misma la atribución a la Federación de una nueva competencia general de promoción del bienestar general a través del gasto público. En su opinión, no tendría ningún sentido enumerar competencias específicas, si las mismas pudieran encontrarse, en todo caso incluidas, en una competencia general igualmente atribuida al Congreso. Para Madison, nada hay más natural que utilizar primero una frase general, cuyo significado quede concretado y explicado en una enumeración inmediatamente posterior de facultades específicas. Como el Gobierno federal es un gobierno de

poderes limitados y enumerados, la concesión de la facultad de imponer impuestos y realizar gastos para proveer al bienestar general nacional debe limitarse a los ámbitos específicos enumerados a continuación en la propia Constitución.²²

Madison, ya como presidente en 1817, tuvo la oportunidad aplicar su concepción de la *Spending Clause* al vetar una ley del Congreso que autorizaba la construcción de carreteras y canales. En el documento de veto sostendrá que no es posible fundar la norma en la cláusula de «proveer a la defensa común y el bienestar general» pues ello tendría el efecto de dar al Congreso un poder general. Destaca Madison que todas las grandes medidas requieren dinero para ser ejecutadas y considerar que la Federación tiene la capacidad de dedicar dinero a lo que considere necesario para el bienestar general pondría en cuestión la distribución de competencias realizada por la Constitución.

Sin embargo, para Hamilton, en *The Federalist Papers*, la *Spending Clause* conferiría al Congreso un poder separado y distinto de los específicamente enumerados, poder limitado solamente por el requisito de que se debe ejercer para proveer al bienestar «general» de los Estados Unidos y no intereses locales o particulares.²³

Muchos años después, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, se inclinará por la interpretación de Hamilton. En efecto, en el asunto *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, (1936) el Tribunal Supremo, tras recordar las interpretaciones dadas por Hamilton y Madison, afirmará que la potestad de recaudación y gasto del Congreso no es ilimitada, pero sus límites se establecen en la cláusula que confiere al Congreso la facultad para pagar las deudas y proveer al bienestar general de los Estados Unidos, y no en las competencias enumeradas en el resto del artículo I, sección 8ª que otorgan y definen las competencias específicas del Congreso. El resultado es que el poder del Congreso para autorizar el gasto de fondos públicos para fines públicos no está limitado por la atribución de competencias específicas al Congreso en la Constitución; aunque sí se encuentra limitado por la necesidad de que tales fondos promuevan el bienestar general, entendiendo por bienestar general el de la nación y no el puramente local.²⁴

22 Madison, J. *The Federalist*, 41, Clinton Rossiter ed., 1961.

23 Hamilton, A. *The Federalist*, 30 i 34, Clinton Rossiter ed., 1961.

24 Para el Tribunal Supremo la carga de probar que no se promueve el bienestar general correspondería al recurrente, reconociendo, no obstante al tiempo, una amplia discre-

Así lo ratificará pocos meses después cuando afirme en *Helvering v. Davis*, 301 U.S. 619 (1937) que «el Congreso puede gastar dinero en promover el «bienestar general»» rechazando la concepción defendida en su día por Madison y acogiendo la «concepción del poder de gasto defendida por Hamilton» y estableciendo el límite al poder de gasto de la Federación en la necesidad de que el bienestar promovido sea general y no particular. Reconociendo, no obstante, al tiempo, la importante discrecionalidad del Congreso a la hora de valorar si nos encontramos ante uno u otro, pudiendo únicamente los tribunales de justicia considerar incumplida la Constitución si aquel incurre en patente arbitrariedad.²⁵ Así, desde entonces, el Tribunal Supremo habría venido mostrándose muy deferente con la apreciación del Congreso acerca de lo que es bienestar general.

En la muy citada, por los tribunales inferiores, *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203, (1987), donde se juzgaba la conformidad con la *Spending Clause* de una subvención federal para construir autopistas, condicionada al establecimiento por el estado receptor de la edad legal para beber alcohol en los 21 años,²⁶ el Tribunal Supremo reafirmó que «al considerar si un determinado gasto está destinado a servir fines públicos generales, los tribunales deben deferir sustancialmente el juicio al Congreso», llegando a sugerir, en una de las notas de la sentencia, la necesidad de plantearse si el grado de deferencia a la decisión del Congreso no debería ser tal que

cionalidad al Congreso para valorar que concurre tal condición. El Tribunal afirmará en *United States vs. Butler* que, a pesar de la amplitud de la discreción legislativa, tiene el deber de controlar que no se viola claramente los límites constitucionales. Sobre la cuestión: Eastman, J. C. «Restoring the «General» to the General Welfare Clause», 4 Chap. L. Rev. 63, 2001; Natelson, R. G. «The General Welfare Clause and the Public Trust: An Essay in Original Understanding», 52 U. Kan. L. Rev. 1, 2003; Engdahl, D. E. «The Spending Power», 44 Duke L.J. 1, 1994.

- 25 Ciertamente, la concepción del Tribunal en esta sentencia se encuentra fuertemente marcada por las condiciones históricas del momento que acaban desembocando en un marcado giro centralizador del propio Tribunal Supremo que tiene como uno de sus hitos la sentencia *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation* 301 U.S. 1 (1937). En el caso de *Helvering vs. Davis*, la propia sentencia se refiere a las lecciones que ha enseñado la calamidad nacional que comenzó en el año 1929 y como el desempleo que se extiende por los estados no es un mal particular, sino general, que se puede combatir, si el Congreso así lo determina, con los recursos de la nación.
- 26 El Tribunal consideró que la condición exigida se encontraba directamente relacionada con uno de los principales propósitos para los cuales se dedican fondos federales para la construcción de carreteras, el hacer más seguros los viajes interestatales.

hiciese que la noción de «bienestar general» fuese una restricción que no pudiese ser jurídicamente revisable.

No obstante lo anterior, la doctrina del Tribunal Supremo ha reconocido límites adicionales al poder de gasto del Congreso bajo la *Spending Clause* pues, de acuerdo con la misma, la necesidad de ver garantizados los objetivos federales, no puede llegar al punto de hacer imperativa la aceptación de tales fondos y el cumplimiento de las consiguientes condiciones por parte de los estados.²⁷ En efecto, la legitimidad del ejercicio por el Congreso del poder de gasto dependerá, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, de si el estado acepta voluntariamente y con conocimiento los términos del «contrato» propuesto.

Así lo estableció el Tribunal Supremo en el asunto *Com. of Massachusetts v. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923), en el que se juzgaba la conformidad a la Constitución de la conocida como *Maternity Act* del Congreso que atribuía subvenciones condicionadas a los estados dirigidas a la reducción de la mortalidad infantil. En *Mellon*, el Tribunal Supremo afirmará que «los poderes del estado no son invadidos, ya que la ley no impone ninguna obligación, sino simplemente extiende una opción que el estado es libre de aceptar o rechazar» (480). Para el Tribunal, la ley no obliga a los estados a hacer o dar algo. Si el Congreso promulgó la ley con el propósito de tentar a aquéllos a aceptar una determinada política, tal propósito podrá ser efectivamente evitado por los estados no aceptándola. Ante el argumento de que el Congreso trata de usurpar a través de su poder de gasto las facultades reservadas a los Estados, el Tribunal responderá que nada se hace sin su consentimiento, lo que le lleva a afirmar que la controversia así planteada es política y no de carácter jurisdiccional.

Es la exigencia de que exista voluntariedad en la aceptación de los fondos la que supone que las ayudas condicionadas sea un típico mecanismo de cooperación vertical entre la Federación y los estados.²⁸

²⁷ En *South Dakota vs. Dole*, 483 U.S. 203 (1987), el Tribunal Supremo identificó cuatro límites. Las condiciones impuestas a las subvenciones federales a los Estados deben: (a) promover el «bienestar general», (b) informar «inequívocamente» a los estados acerca de lo que se exige de ellos, (c) encontrarse relacionadas «con el interés federal en concretos proyectos o programas nacionales» y (d) «no inducir a los estados a participar en actividades que sean ellas mismas inconstitucionales».

²⁸ La exigencia del consentimiento estatal para que el Gobierno federal pueda ejercer su poder de gasto condicionado en ámbitos que según el reparto constitucional de poder corresponderían a los estados permite a Saenz Royo deducir dos tipos de consecuen-

Tal limitación, la voluntariedad, es fundamental para garantizar que el poder de gasto del Congreso no quebrante el estatus de los estados como entidades soberanas dentro del sistema federal. Sistema que se basa en la garantía de la existencia de dos niveles de gobierno en lugar de uno solo. Para el Tribunal Supremo permitir que el Gobierno federal pudiera, en todo caso, obligar a los estados a poner en práctica un programa federal a través de la Cláusula del poder de gasto pondría en cuestión la posibilidad de exigencia de responsabilidad política y de rendición de cuentas de los diferentes niveles de gobierno,²⁹ claves del sistema federal.

Para el Tribunal Supremo, por tanto, el Congreso puede utilizar su poder de gasto para crear incentivos para que los estados actúen de conformidad con las políticas federales; pero esos incentivos tienen como límite el no convertirse *de facto* en incentivos coercitivos.

En efecto, de acuerdo con la doctrina del Tribunal cuando la presión se convierte en coacción, la norma federal deviene contraria al sistema federal.³⁰ Las subvenciones condicionadas legitimadas en la *Spending Clause* no plantearían el peligro de convertirse en coactivas cuando los estados tienen verdaderamente la opción de no aceptar las condiciones federales a cambio de fondos. A los tribunales de justicia les correspondería determinar cuando el estímulo se convierte en una influencia indebida, que sería disconforme con la Constitución. Determinación que será en muchas ocasiones una cuestión de grado.

Precisamente, tal supuesto es el que se ha planteado recientemente el Tribunal Supremo en el asunto *National Federation of Independent Business v. Sebelius* 567 U.S. — (2012), donde analiza la conformidad con la Constitución de la reforma sanitaria del presidente Obama recogida en la *Patient Protection and Affordable Care Act*. El caso fue presentado como una oportunidad para el Tribunal Supremo de reafirmar, entre otras co-

cias. Por una parte, las subvenciones federales que se otorguen en estos ámbitos se configurarían como contratos entre el gobierno federal y los estados. Por otra parte, la necesidad de consentimiento estatal impide la consideración del poder de gasto como título competencial sustantivo. Sáenz Royo, E. *Estado social y descentralización política*, Thomson-civitas, 2003, p. 65 y s.

29 Pues de acuerdo con el Tribunal Supremo cuando el Gobierno federal obliga a los estados a adoptar determinadas políticas públicas, la rendición de cuentas tanto de los funcionarios estatales como de los federales disminuye, *New York vs. United States*, 505 U. S. 144 (1992).

30 *Steward Machine Co. v. Davis*, 301 U. S. 548, 590 (1937).

sas, que tanto la *Spending Clause*, como la Cláusula de comercio, tienen límites. Y ha desembocado en que el Tribunal Supremo por primera vez en su historia ha encontrado un ejercicio del poder de gasto del Congreso inconstitucional por coercitivo.

La *Patient Protection and Affordable Care Act* aumenta sustancialmente los sujetos beneficiarios del programa *Medicaid*. El *Medicaid* es el paradigma de programa articulado en torno al poder de gasto del Congreso mediante subvenciones condicionadas, pues se construye a través del establecimiento por el Gobierno federal de los parámetros generales y del otorgamiento a los estados de fondos federales como incentivo para su ejecución. Los estados, a su vez, financian una parte de los gastos del programa, fijan los criterios de elegibilidad o establecen los servicios cubiertos bajo cada programa.³¹

El programa *Medicaid* previo a la reforma de Obama requería que los estados incluyesen dentro del mismo a determinados beneficiarios necesitados –las mujeres embarazadas, los niños, las familias necesitadas,³² los ciegos, los ancianos y los discapacitados–. La nueva ley supone un importante aumento del número de beneficiarios al exigir a los estados que cubran el 2014 a todas las personas menores de 65 años con ingresos por debajo del 133% del nivel de pobreza federal. La reforma sanitaria de Obama incluye asimismo nuevas prestaciones que se deberán reconocer a todos los beneficiarios del *Medicaid*.³³

La nueva ley establece la posibilidad de que en el caso de aquellos estados que no aceptan las nuevas condiciones, la Federación decida retener todos los fondos del programa *Medicaid* y no sólo aquellos que sirvan para

31 Sáenz Royo, E. «La reforma sanitaria de Obama en el marco del federalismo americano», *Revista General de Derecho Constitucional*, 11, 2011.

32 El *Medicaid* anterior a la reforma dejaba fuera a aquellos adultos sin hijos que no se incluyesen en los últimos tres supuestos. Según la sentencia en lo que se refiere a las familias necesitadas como media entre todos los estados sólo se protege a través del *Medicaid* a los padres desempleados que ganan menos del 37% del nivel federal de pobreza, y sólo los padres trabajadores que ganan menos del 63 % de la línea de pobreza.

33 La Ley establece que el Gobierno federal pagará el 100% del coste de la cobertura de estos nuevos beneficiarios hasta el 2016. En los años siguientes, el coste para la Federación irá disminuyendo progresivamente, pero sólo hasta un mínimo del 90% del coste que continuará siendo, en todo caso, de financiación central. El Gobierno federal estima que su gasto en *Medicaid* se incrementará en aproximadamente cien mil millones de dólares al año. Es decir, exactamente el coste del rescate europeo del sistema financiero español, pero cada año.

financiar las nuevas obligaciones propuestas por la norma.³⁴ Un estado que no acepte el nuevo sistema de subvenciones condicionadas puede llegar a perder toda su actual financiación del *Medicaid*.

Algunos estados sostuvieron que la expansión de *Medicaid* vulneraría la *Spendig Clause*, pues el Congreso estaría coaccionando a los estados a adoptar los cambios que desea –la ampliación de la nueva financiación y el cumplimiento de las condiciones que se establecen en la norma– al amenazar con retirar el total de subvenciones federales al *Medicaid*. Esto, según ellos, viola el principio básico de que «el Gobierno federal no puede obligar a los estados a que promulguen o administren un programa regulador federal».

El Tribunal Supremo considerará que la amenaza de terminar con otras ayudas independientes significativas es una forma inadmisibles de presionar a los estados para aceptar los cambios de política. La razón fundamental que justifica la inadmisibilidad de la presión en el caso concreto es el volumen de las ayudas que se dejarían de percibir si un estado decidiese no aceptar las condiciones federales. El grado de coacción dependería, por tanto, de si las cantidades suponen un porcentaje importante del total de fondos que el Estado recibe del Gobierno federal, pues los estados deben tener una posibilidad real de elegir si aceptan o no la oferta económica.

En un asunto previo, el asunto *Dole*, el Tribunal Supremo concluyó que el riesgo de perder medio punto porcentual del presupuesto de Dakota del Sur permitía al estado rechazar la política propuesta por el Congreso, «no sólo en teoría sino en la práctica». Se trataba en palabras del Tribunal de un estímulo leve por lo que el estímulo no fue considerado inadmisiblemente coercitivo.³⁵ Por el contrario, en *Sebelius*, el riesgo de perder más del 10% del presupuesto total de un estado³⁶ si no acepta la expansión de *Medicaid*, es una coerción económica que el Tribunal Supremo considera que deja a los estados sin una opción real de rechazarlo. Se trataba, en palabras del Tribunal, de una pistola en la cabeza.

34 Así se desprendería de la sección 1396c de la norma, cuando establece que si un estado no cumple con los nuevos requisitos de la ley, el secretario de Salud podrá determinar que no se hagan nuevos pagos al estado.

35 Dakota del Sur únicamente «perdía» si rechazaba del programa federal el 5% del total de fondos dedicados a carreteras.

36 *Medicaid* supone más del 20% del presupuesto total del promedio de estados. Los fondos federales cubren entre el 50% y el 83 % del coste.

La argumentación del Tribunal pone sobre la mesa la paradoja del sorités: ¿Qué porcentaje del presupuesto estatal se requiere para que un estímulo se convierta en una coacción? El Tribunal Supremo niega tener que responder a la cuestión afirmando que no tiene porqué «determinar la línea», donde la persuasión da paso a la coerción, pues es suficiente con confirmar que independientemente de donde se encuentre tal línea la *Patient Protection and Affordable Care Act* «se encuentra sin duda más allá de ella».³⁷ Se produce, por tanto, una remisión a cada caso concreto para la determinación de la superación de los límites constitucionales sin realizar una determinación de criterios cuantitativos.

El Tribunal Supremo concluirá en *Sibelius* que nada tiene que objetar a que el Congreso ofrezca subvenciones condicionadas para ampliar la protección sanitaria; lo que el Congreso no es libre de hacer es sancionar a los estados que decidan no participar en este nuevo programa mediante la eliminación de sus actuales fondos de *Medicaid*.³⁸

Una vez examinada la interpretación jurídica que se ha realizado sobre el alcance de la *Spending Clause*, se hace necesario destacar escuetamente la importancia económica que tienen las subvenciones condicionadas en el sistema federal norteamericano.

La tabla siguiente muestra la evolución de las subvenciones federales a los estados, en billones americanos de dólares:

1950	2,3 billones americanos de dólares
1980	135,5
1994	217
2001	305,6 ³⁹
2010	420

³⁷ En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo en el asunto *Steward Machine Co. vs. Davis*, 301 U. S. 548, (1937).

³⁸ El Tribunal considera entonces que el secretario de estado de Salud no puede aplicar la disposición que le permite retirar fondos destinados al existente programa de *Medicaid* por no cumplir con los requisitos establecidos en la nueva norma. Para el Tribunal los redactores de la Constitución crearon un Gobierno federal de poderes limitados, y asignaron al Tribunal Supremo el deber de hacer cumplir esos límites, que es lo que afirma estar haciendo en la sentencia.

³⁹ Del total del presupuesto de subvenciones de aquel año, aproximadamente el 23% estaba dedicado a sanidad; el 22%, a pensiones y subsidios de desempleo; el 15%, a educación, y el 11%, a transportes.

Aproximadamente, el 23% de los presupuestos estatales y locales son fondos federales transferidos vía subvenciones condicionadas.

IV · A modo de conclusión

Si bien el principio de atribución sigue siendo considerado por el Tribunal Supremo como el principio esencial que define el federalismo norteamericano, la amplia interpretación dada de los poderes atribuidos al Congreso de los Estados Unidos origina que éste pueda regularlo prácticamente todo. De tal manera, que en la práctica apenas existirían supuestos en los que el poder judicial federal, al aplicar el principio de atribución para delimitar las competencias, pudiese declarar la extralimitación competencial del Congreso.

Sin embargo, los costes políticos y económicos de implementar una determinada política no son los mismos para el Gobierno federal cuando impone directamente una regulación en ejercicio de sus poderes atribuidos que cuando trata de persuadir a los estados actuando bajo la *Spending Clause* o cuando da su consentimiento a un pacto previo acordado por los estados bajo la *Compact Clause*.

En los últimos tiempos en determinados sectores como los transportes o el medio ambiente, las subvenciones condicionadas se han visto sustituidas por legislación directa de la Federación. Para el Congreso y para el propio sistema federal, el paso de la persuasión (a través de las subvenciones condicionadas) y de la colaboración (a través del consentimiento de pactos) a la imposición de sus mandatos (a través de la Cláusula de supremacía y la *preemption* federal) tiene costes, costes que permiten sostener la necesidad de explorar los mecanismos de colaboración como alternativa a la imposición directa de políticas públicas por parte del centro político.

Bibliografía

- EASTMAN, J. C. «Restoring the “General” to the General Welfare Clause», 4 chap. L. Rev. 63, 2001.
- ELAZAR, D. J. *The American Partnership: Intergovernmental Cooperation in the Nineteenth-Century United States*, University of Chicago Press, 1962.

- ENGBAHL, D. E. «The Spending Power», 44 *Duke L.J.* 1, 1994.
- FRANKFURTER, F., LANDIS, J. M. «The compact clause of the Constitution –a study in interstate adjustments», *Yale Law Journal*, May 1925.
- GREVE, M. S. «Compacts, cartels, and congressional consent», *Missouri Law Review*, 2003.
- HALL, N. D. «Toward a new horizontal federalism: interstate water management in the Great Lakes Region», *University of Colorado Law Review*, 2006.
- KINCAID, J. «From cooperative to coercive federalism», *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1990.
- NATELSON, R. G. «The General Welfare Clause and the Public Trust: An Essay in Original Understanding», 52 *U. Kan. L. Rev.* 1, 2003.
- QUADRA-SALCEDO JANINI, T. *Unidad económica y descentralización política. Libre circulación de mercancías y control judicial en EEUU y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SÁENZ ROYO, E. *Estado social y descentralización política*, Thomson-civitas, 2003.
- . «La reforma sanitaria de Obama en el marco del federalismo americano», *Revista General de Derecho Constitucional*, 11, 2011.
- STORY, J. *Constitution*, 5th ed., 1891.
- VELASCO CABALLERO, F. «Un ejemplo de funcionamiento de la «preemption» norteamericana: la regulación de la inmigración», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 13, Institut d'Estudis Autònoms, abril 2011.
- MADISON, J. *The Federalist*, 41, Clinton Rossiter ed., 1961.
- HAMILTON, A. *The Federalist*, 30 y 34, Clinton Rossiter ed., 1961.

DEVOLUTION: EL DESARROLLO DE UN NUEVO SISTEMA DE RELACIONES INTERTERRITORIALES EN EL REINO UNIDO

SUSANA SÁNCHEZ FERRO

Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Una descentralización asimétrica y evolutiva. 3. La *devolution* en Gales. 4. La *devolution* en Irlanda del Norte. 5. La *devolution* en Escocia (y los problemas de financiación del sistema de descentralización territorial en Escocia y el resto de territorios con autonomía). 5.1 Introducción y estructura institucional escocesa. 5.2 La Comisión Calman y los problemas con el sistema de financiación de la autonomía en Escocia y en el resto de entidades con autonomía territorial del Reino Unido. 5.3 La actual discusión sobre el futuro de la *devolution* en Escocia. 6. El control judicial de la distribución competencial. 7. Westminster y la cuestión inglesa (o *West Lothian Question*). 8. Las relaciones intergubernamentales. 9. Conclusión. Bibliografía.

1 • Introducción

La descentralización territorial del poder en el Reino Unido es, como casi todo lo que sucede en este país, singular. Se podría decir que el Reino Unido ha dejado de ser un Estado unitario en el sentido clásico del término, pero es difícil catalogar el nuevo sistema de distribución territorial del poder conforme a categorías clásicas como las de Estado federal, aunque Bogdanor, en su libro *The New British Constitution* encuentra elementos que podrían ser cercanos a los de un sistema de este tipo y habla de que ahora el Reino Unido es un país *quasi-federal*.¹ La mayoría lo define en realidad

¹ Bogdanor, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, pp. 89 y 111 y s.

como una unión (*a Union*) más que como un Estado unitario² porque, si bien es cierto que hay cuatro naciones y descentralización del poder, como lo hay en un Estado federal, también lo es que el instrumento que da lugar a la descentralización territorial del poder, como veremos, es la ley, o mejor dicho las leyes aprobadas por el Parlamento británico (Westminster), es decir, por el poder central, que sigue siendo soberano y que puede en cualquier momento abrogar dichas leyes y volver al *status quo* inicial previo a la aprobación de las mismas (algo que en un Estado federal o en un Estado de las autonomías como el nuestro sería impensable).³

Sin embargo, también es cierto que los británicos dan una importancia especial a la política y a las convenciones adoptadas desde la política, y que desde la política el Parlamento británico se comprometió, por ejemplo, a no aprobar por norma ninguna ley que incidiera en las materias objeto de devolución a Escocia, esto es, a no legislar en materias que sean competencia del Parlamento o del Gobierno escocés, sin el consentimiento previo del Parlamento escocés (es lo que se conocía anteriormente como *Sewel Motions* y que ahora se conoce como *Legislative Consent Motions*)^{4,5}.

2 Rawlings, R. Review of «Devolution in the UK», by James Mitchell (recensión de libro), *Public Law*, 2009, p. 860.

3 Véase en este punto también, Hadfield, B. «The nature of devolution in Scotland and Northern Ireland: key issues of responsibility and control», *Edinburgh Law Review*, 1999, p. 24 y 25.

4 Véase www.scotland.gov.uk/About/Government/Sewel. Durante la tramitación parlamentaria de la Ley que devolvería ciertas competencias al Parlamento escocés se escucharon voces que se preguntaban hasta qué punto Westminster ejercería la posibilidad de seguir legislando para Escocia, incluso en competencias transferidas a Escocia, pues la sección 28 (7) de la Ley lo permitía. El ministro para Escocia, Lord Sewel, en dichos debates trató de calmar las inquietudes mostradas por cierto sector asegurando que se establecería un acuerdo por el cual Westminster normalmente no legislaría en materias competencia de Escocia (HL Debs., 21 July 1998, col. 791). De ahí el nombre de las Sewel Motions [Munro, J. «Thoughts on the “Sewel Convention”», *Scots Law Times*, 2003, p. 194].

5 El acuerdo *Sewel* (*Sewel Convention*) fue apoyado por el *House of Commons Select Committee on Procedure* en su informe sobre las consecuencias en materia de procedimientos de la *Devolution* [*Report on the Procedural Consequences of Devolution*] y se reflejó luego en el llamado Memorándum de entendimiento (*Memorandum of Understanding*) entre el Gobierno del Reino Unido y el Gobierno escocés (de nuevo un instrumento que no vincula jurídicamente, sino políticamente) además de contenerse también en la nota 10 de las *Devolution Guiding Notes*. Véase www.scotland.gov.uk/About/Government/Sewel/KeyFacts. Las *Devolution Guiding Notes* explican a la Administración de Whitehall –esto es, a la Administración central– como conducirse en distintos aspectos relacionados con la *Devolution* (las *Devolution Guiding Notes* se redactan desde el *Ca-*

Westminster busca este consentimiento cuando quiere aprobar normas en las que parecen existir argumentos sólidos de que es mejor abordar cierta cuestión desde un punto de vista global para todo el Reino Unido y en las que no necesariamente se abordan cuestiones que sean de competencia exclusiva escocesa sino que tienen un mayor alcance.⁶

Señalan Bradley y Ewing en su *Constitutional and Administrative Law* que entre 1999 y 2003 se aprobaron no menos de 42 *Sewel Motions* (en realidad fueron 41), algo chocante si nos mirásemos en el espejo del Estado de las autonomías español, un parlamento central aprobando normas que abordan competencias de un parlamento territorial con competencias propias.⁷ También es verdad que bien se podría explicar este hecho, y así parecen sugerirlo Bradley y Ewing,⁸ de nuevo, desde la política, tal como se practica en el Reino Unido (no en otros países; léase el nuestro propio). En los años mencionados por Bradley y Ewing la fuerza mayoritaria tanto en el Parlamento escocés como en el Parlamento británico era el Partido Laborista, por lo que se podría hablar de cierta sintonía entre los gobiernos británico y escocés que se traduciría en ese número elevado de normas

binet Office, que forma parte del Ejecutivo británico). Véase Munro, J. «Thoughts on the “Sewel Convention”», *Scots Law Times*, 2003, p. 194 y www.scotland.gov.uk/About/Government/Sewel/KeyFacts.

- 6 En palabras de Hadfield, Westminster continúa representando el interés nacional y se pueden dar situaciones en las que exista una dimensión nacional de una materia transferida, sobre todo cuando existe diverso alcance de descentralización en el país, dado que la descentralización de poderes en el Reino Unido es, como veremos, asimétrica (Hadfield, B. «The nature of devolution in Scotland and Northern Ireland: key issues of responsibility and control», *Edinburgh Law Review*, 1999, p. 24 y 25). Véase también Munro, J. «Thoughts on the “Sewel Convention”», *Scots Law Times*, 2003, p. 195. Para que el lector se haga una idea del tipo de leyes que han requerido un acuerdo de *Legislative Consent* últimamente, el Parlamento escocés, en la última legislatura (que comenzó en mayo de 2011), ha dado a Westminster su acuerdo para que la legislación se hiciese desde el Parlamento británico a la *Finance (No.3) Bill* (Ley de finanzas), *London Olympic Games and Paralympic Games (Amendment) Bill* (Ley sobre los Juegos Olímpicos y Paralímpicos de Londres), *Terrorism Prevention and Investigation Bill* (Ley sobre la prevención e investigación del terrorismo), *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Bill* (Ley sobre ayuda legal, proceso y sanción a criminales), *Welfare Reform Bill* (Ley de reforma del Estado de bienestar), *Financial Services Bill (2)* (Ley de servicios financieros (2)), *Finance Bill (No.4)* (Ley de Finanzas (4)) y *Scotland Bill (2)* (Ley escocesa (2)). <http://www.scotland.gov.uk/About/Government/Sewel/Session4>.
- 7 Bradley, A.W. & Ewing, K.D. *Constitutional and Administrative Law*, 14th Edition, Pearson, 2007, p. 46.
- 8 *Idem*.

aprobadas desde Westminster sobre competencias transferidas a Escocia con el consentimiento del Parlamento escocés. El problema, se decía, se plantearía cuando no se diera esa sintonía entre el Parlamento de Westminster y el Parlamento escocés ¿Seguiría existiendo entonces ese acuerdo de entendimiento (*Memorandum of Understanding*) entre los dos gobiernos? ¿Qué ocurriría si un Parlamento de mayoría nacionalista –que en definitiva es el que existe en estos momentos en Escocia– rechazara todas las peticiones que le hiciera Westminster para legislar sobre competencias propias de Escocia aunque se tratara de legislación que fuera mejor abordarla desde una visión conjunta para el Reino Unido? ¿Dejaría entonces Westminster de legislar para Escocia en esos casos prescindiendo de la capacidad de hacerlo que le otorga el principio de supremacía del Parlamento británico? Pues bien, no sabemos qué ocurrirá en un futuro, pues todo depende en estos casos del factor político, pero si miramos la evolución seguida por dichas «mociones» (*Legislative Consent Motions*) en las diferentes legislaturas, hasta el momento no se aprecia una caída radical en el número de «mociones aprobadas». En la legislatura 2003-2007, todavía dominada por el Partido Laborista en Escocia, se aprobaron cuarenta mociones, en la legislatura 2007-2011, en la que el SNP (Scottish National Party) gobernaba en minoría, se aprobaron 35 y en esta legislatura que empezó en mayo de 2011 y en la que, esta vez sí, el SNP tiene ya la mayoría absoluta, se habían aprobado ya siete *Legislative Consent Motions*.⁹

Además, Jane Munro señala que sería jurídicamente posible que una vez que Westminster legislara en materia competencial escocesa, Escocia volviera a continuación a legislar sobre la materia porque la misma seguiría siendo de su competencia. Por ello sería conveniente llegar al acuerdo político a través de las mociones antes conocidas como Sewel. Para la autora, el esquema competencial de la *Scotland Act* no cambiaría porque se aprobara una ley desde Westminster con un contenido competencial perteneciente a Escocia, sino que habrían de introducirse cambios expresos en la lista de materias reservadas a Westminster (contenidas en el *Schedule 5* de la *Scotland Act*). Sólo si Westminster legislara para recortar competencias, ampliando el número de competencias reservadas al Parlamento central,

9 Véase www.scotland.gov.uk/About/Government/Sewel para conocer las leyes de Westminster que han recibido la aprobación del Parlamento escocés a través de *Sewel Motions* o *Legislative Consent Motions*.

cambiaría el esquema competencial, dice Munro,¹⁰ pero entonces la tensión política sería aún mayor.

Finalmente, y muy relacionado con este tema de la importancia de la política para contextualizar el Derecho, y retomando el tema de la naturaleza del sistema de descentralización del poder aprobado en el Reino Unido, para Bogdanor, lo que convertiría al sistema británico de descentralización territorial en un sistema *quasi-federal* es que, a pesar de que tras la aprobación de las leyes de transferencia de competencias a los entes territoriales el Parlamento británico pueda, en teoría, seguir legislando para Escocia, Gales e Irlanda del Norte, incluso en materias de competencia de estos entes territoriales, y pueda además abolir las nuevas instituciones si quiere,¹¹ sin embargo, en la práctica, el sistema de *devolution* habría impuesto severas limitaciones a la soberanía del Parlamento británico.

La primera limitación se vería reflejada, sin ir más lejos, en la *Sewel Convention* para Escocia. Además, según este autor, en la práctica, es el Parlamento escocés quien legisla en las materias de su competencia (y sin embargo sobre esto existe cierta polémica). La segunda limitación, una limitación muy fuerte, se encontraría en el Acuerdo de Belfast, un tratado entre dos Estados –el Reino Unido y la República de Irlanda–, que obliga al Reino Unido a no ejercer su poder en Irlanda del Norte de forma incompatible con el Tratado. Por otro lado, los ministros para Escocia y Gales (que forman parte del Gobierno británico y que siguen teniendo un papel en cuestiones que afectan a las entidades territoriales, pues no se han devuelto todas las competencias, y hay además que manejar las relaciones entre el centro y las entidades territoriales descentralizadas) no aceptan ya cuestiones que tengan que ver con los asuntos domésticos galeses o escoceses. Incluso en el Parlamento, en la *House of Commons*, en 1999 se resolvió no incluir en el orden del día cuestiones sobre asuntos cuya responsabilidad hubiera sido transferida a Escocia y Gales.

Bogdanor acaba su argumentación manifestando que sería difícil abolir el régimen de devolución de poderes a Escocia y Gales, dada la

¹⁰ Munro, J. «Thoughts on the “Sewel Convention”», *Scots Law Times*, 2003, p. 196.

¹¹ En este sentido, la sección 28 (7) de la Scotland Act de 1998 tras conceder al Parlamento escocés competencias legislativas (con ciertos límites que luego veremos) establece que ello no afecta a la competencia del Parlamento del Reino Unido de hacer leyes para Escocia.

legitimidad que hay detrás de la transferencia de poderes, pues ésta fue llevada a cabo tras la aprobación en sendos referéndums (con una mayoría mucho mayor en Escocia que en Gales, por cierto¹²).¹³

2 • Una descentralización asimétrica y evolutiva

El primer ministro británico, Tony Blair, del Partido Laborista, en los documentos que precedieron a la *devolution* a Escocia y a Gales (en los conocidos como *White Papers: Scotland's Parliament*¹⁴ y *A voice for Wales*¹⁵) manifestaba que la intención del Gobierno británico era dar a Escocia y a Gales un mayor control sobre sus propios asuntos dentro del Reino Unido.¹⁶ Lo cierto es que esta declaración era el punto de llegada de la historia constitucional del Reino Unido hasta ese momento. Esta historia es determinante para que el control que se da a Escocia o a Gales sobre sus propios asuntos no sea el mismo, y, por descontado, para que el modelo de descentralización que se adopta para Irlanda del Norte sea también muy diferente. La descentralización del poder en el Reino Unido sigue un modelo asimétrico. Las cuatro entidades que componen el Reino Unido: Escocia, Gales, Irlanda del Norte e Inglaterra, se gobiernan de cuatro formas diferentes.¹⁷ Para Douglas Hurd, ex ministro conservador, esto habría introducido un increíble desorden en el gobierno del país.¹⁸ En cualquier caso, para contextualizar la *devolution* es preciso dar unas pequeñas pinceladas de esa historia del Reino Unido.

Antes de que se aprobara la *devolution*, el Reino Unido estaba compuesto por tres unidades diferentes desde un punto de vista legal: Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte. Si bien Gales tenía alguna singularidad propia desde un punto de vista lingüístico, cultural y administrativo,

12 En el referéndum celebrado el 11 de septiembre de 1997, el 74% de los votantes en Escocia votó a favor de un Parlamento escocés, mientras que en Gales sólo lo hicieron un 50,3%.

13 Bogdanor, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, p. 111-113.

14 Cm. 3658:1997.

15 Cm. 3718:1997.

16 Citado por Hadfield, B. «The nature of devolution in Scotland and Northern Ireland: key issues of responsibility and control», *Edinburgh Law Review*, 1999, p. 4.

17 Bogdanor, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, p. 94.

18 Citado por Bogdanor, V. *ibidem*.

Inglaterra y Gales compartían en realidad el mismo sistema legal, aunque algunas leyes contuvieran disposiciones específicas para Gales (el tema del uso de la lengua galesa por ejemplo).¹⁹

A diferencia de Gales (la conquista militar de Gales por Inglaterra culminó en el año 1282), Escocia mantuvo su independencia frente a las presiones militares inglesas durante toda la Edad Media. En el siglo XVI las dos dinastías reales se acercaron con el matrimonio de la hija de Enrique VII, Margarita, con Jacobo IV de Escocia. A pesar de la unión de las dos monarquías, las «constituciones» de los dos países no se unieron y los dos parlamentos, el inglés y el escocés, mantuvieron su existencia separada. Tras el derrocamiento de Jacobo II de Inglaterra/VII de Escocia en 1688 surgieron disputas entre ambos parlamentos por cuestiones religiosas, de comercio y de otras índoles. Finalmente, se iniciaron negociaciones entre comisionados de ambos parlamentos y en 1707 se aprobó el Tratado de la Unión en los dos Parlamentos, así como la Ley para conservar la iglesia presbiteriana en Escocia. También se conservó el sistema universitario escocés. Desde 1707 el Parlamento británico legisló con frecuencia de forma diferente para Escocia y para Inglaterra. Escocia conservó su propio sistema legal, difiriendo también su sistema judicial del sistema inglés, su sistema educativo y su sistema de gobierno local.

Irlanda del Norte, por su parte, data de la partición de Irlanda en el año 1920. Los problemas que se plantean en el sistema de distribución territorial del poder en Irlanda del Norte son diferentes a los que se planteaban en el resto de territorios del Reino Unido, principalmente debido a la división de Irlanda del Norte en dos comunidades distintas en constante conflicto, los unionistas, predominantemente protestantes y favorables a la unión con el Reino Unido, y los nacionalistas, predominantemente católicos, y favorables a la integración con la República de Irlanda. En 1800, tras la aprobación por el Parlamento irlandés y por el Parlamento de la Gran Bretaña, se produjo la unión del Reino de la Gran Bretaña con el Reino de Irlanda y se creó el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda (artículo 1 del *Acts of Union* de 1800). Los artículos tres y cuatro de esta ley daban representación a los irlandeses en el nuevo Parlamento del Reino Unido y el artículo cinco establecía la Unión de la Iglesia (protestante) de Inglaterra e Irlanda. Las leyes en vigor

¹⁹ Tomkins, A. Review of «Delineating Wales: Constitutional, Legal and Administrative Aspects of National Devolution» by Richard Rawlings, *Public Law*, 2005, p. 420.

en Irlanda continuaron estando en vigor sujetas a alteraciones por el Parlamento del Reino Unido de vez en cuando. La Unión entre ambas entidades fue mucho menos estable que la Unión entre Escocia e Inglaterra. Los siglos XIX y XX fueron siglos conflictivos.²⁰ El Partido Liberal Demócrata (y su predecesor, el Partido Liberal) se mostró favorable desde finales del siglo XIX a transferir cierta autonomía a Irlanda. El famoso jurista Gladstone ya propuso la aprobación de dos leyes en este sentido (*Irish Home Rule bills*) en 1886 y en 1893, pero la primera fue rechazada en los comunes, mientras que la segunda fue rechazada por los lores. Hubo un tercer intento de ceder cierta autonomía a Irlanda en 1914, pero se suspendió hasta la conclusión de la Primera Guerra Mundial. Una vez terminada ésta se constató que había una mayoría en Irlanda que buscaba la independencia.

En 1920 el Parlamento británico aprobó la Ley de gobierno de Irlanda (*The Government of Ireland Act*) por la cual se constituían dos parlamentos en Irlanda, uno para los seis condados del norte y otro para el resto de Irlanda. La ley fue ignorada por el Sinn Fein y después de una guerra civil se aprobó el Tratado Anglo-irlandés (firmado en diciembre de 1922) que reconocía un Estado Libre Irlandés (Irish Free State) descrito como un auto-gobierno dentro del Imperio Británico. Los seis condados del norte quedaron excluidos de este reconocimiento, pero se les dio autonomía para hacer leyes para la paz, el orden y el buen gobierno de Irlanda del Norte, con su propio Gobierno y Parlamento según lo dispuesto en la Ley de 1920, si bien la mayor parte de la población de estos seis condados prefería una integración completa con el Reino Unido. Así, entre 1921 y 1972 hubo un parlamento «autónomo» conocido como Stormont, ubicado en Belfast, responsable de los asuntos domésticos de Irlanda del Norte. En este parlamento, los unionistas, predominantemente protestantes, gozaron siempre de la mayoría, mientras que los nacionalistas, predominantemente católicos, se sentían ciudadanos de segunda. A finales de los sesenta estalló la violencia entre las dos comunidades y en 1972 se suspendió y luego se abolió el régimen de autonomía irlandés (de Irlanda del Norte). Eire o la República de Irlanda por su parte había aprobado su Constitución en 1937 y en 1949 fue reconocido como Estado independiente por el Parlamento del Reino Unido. Sucesivos gobiernos británicos pretendieron que Irlanda del Norte accediera de nuevo a un sistema de autonomía, con alguna fórmula que asegurase la

20 En la síntesis histórica seguimos a Bradley, A.W. & Ewing, K.D. *Constitutional and Administrative Law*, 14th Edition, Pearson, 2007, p. 36-40.

participación de la minoría nacionalista en el desenvolvimiento de dicho régimen, pero los diversos intentos fallaron.²¹ En 1985 se firmó el Acuerdo Anglo-Irlandés entre los ministros británico y de la República de Irlanda en Hillsborough. El acuerdo declaraba que no habría ningún cambio en el estatus de Irlanda del Norte sin el acuerdo de la mayoría de su población, lo cual constituyó un hito histórico importante. En diciembre de 1993, en la Declaración de Downing Street, los dos primeros ministros del Reino Unido y de la República de Irlanda confirmaron de nuevo el Acuerdo de Hillsborough y añadieron que el Reino Unido no se opondría a una Irlanda unida si hubiera consenso entre la población.²²

En relación con Escocia y Gales, los laboristas, que eran también un partido pro-descentralización del poder, abandonaron cualquier intento en esta línea en 1920 con el proceso de independencia de Irlanda y ante las dificultades económicas que azotaron al país en las décadas siguientes. Sin embargo, en los años setenta, ante la amenaza del aumento del nacionalismo escocés, retomaron el interés por el tema y pretendieron introducir un régimen de autonomía territorial o *devolution* en Escocia y Gales. Sin embargo, dicha propuesta fue rechazada masivamente en Gales (venciendo el no por una mayoría de cuatro a uno). En Escocia se consiguió una pequeña mayoría a favor de la autonomía, pero por debajo del 40% del electorado que el Parlamento británico requería para que se pusiera en marcha la autonomía. Poco después de los referendos sobre la *devolution* en Gales y Escocia, que se celebraron en el año 1979, hubo elecciones generales y los conservadores volvieron al poder bajo el mando de Margaret Thatcher, quien no era partidaria de dicha descentralización y derogó todas las normas sobre *devolution* existentes. Durante los dieciocho años que duró el Gobierno conservador británico el interés por la *devolution* en Escocia y Gales creció, dado que los conservadores en el poder estaban en minoría en Gales y Escocia, donde se fue acrecentando la antipatía contra las políticas del Gobierno Thatcher, algunas tan impopulares como el *poll-tax*, un impuesto comunitario que el Gobierno conservador implantó en Escocia antes de extenderlo a Inglaterra, aunque la mayoría de los representantes de Escocia en Westminster habían votado en contra.²³

21 Bogdanor, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, p. 89.

22 Bradley, A.W. & Ewing, K.D. *Constitutional and Administrative Law*, 14th Edition, Pearson, 2007, p. 36-40.

23 Bogdanor, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, p. 90-91.

¿Qué late detrás de la descentralización del poder producida en el Reino Unido en 1998? ¿Cuál es el porqué de la diferente estructura institucional y alcance de la descentralización en cada territorio? Gran parte de la respuesta tiene que ver con este devenir histórico que hemos dibujado a grandes rasgos. En efecto, se ha dicho que Escocia demandaba y requería un mayor grado de autonomía que Gales, dado que poseía un sistema legal diferente y que su demanda de autonomía era mayor que la de Gales.²⁴ Para Adam Tomkins, de la Universidad de Glasgow, la «devolución» de poder a Gales se produjo porque se produjo la «devolución» de competencias a Escocia. Dentro del partido laborista ciertos sectores no hubieran tolerado ofrecer la autonomía a unos y no a otros, las presiones internas eran enormes. Eso sí, a los galeses se les ofreció una autonomía con un alcance muchísimo más limitado que el que se le ofreció a Escocia, precisamente por motivos históricos.

Para Adam Tomkins, el régimen legal instaurado en Gales se podría calificar como un monstruo, resultado extraño del compromiso, difícil de catalogar y difícil de comprender, lo que ha llevado a su evolución y a la introducción de cambios importantes en su configuración inicial, como veremos más adelante.²⁵ Richard Rawlings, un auténtico experto en la descentralización de poder en Gales, es más suave y califica el acuerdo de «devolución» para Gales simplemente de «peculiar».²⁶

Para Vernon Bogdanor, la finalidad esencial de la introducción de la *devolution* en el Reino Unido era contener las fuerzas centrífugas del nacionalismo en Escocia y Gales, y también en Irlanda del Norte, en este caso otorgando un papel en el Gobierno de Irlanda del Norte a la minoría nacionalista. En Escocia, los nacionalistas dieron la bienvenida a la *devolution* porque entendían que podría impulsar el separatismo, en vez de frenarlo, y en Irlanda del Norte, el Sinn Fein acogió el sistema como un paso hacia la separación de Irlanda del Norte del Reino Unido.²⁷

Ron Davis, el secretario de Estado (ministro del Gobierno del Reino Unido) para Gales en los años 1997 y 1998, cuando se aprobó la *Govern-*

24 *Idem*, p. 93.

25 Tomkins, A. Review of «Delineating Wales: Constitutional, Legal and Administrative Aspects of National Devolution» by Richard Rawlings, *Public Law*, 2005, p. 420.

26 Rawlings, R. «Hastening slowly: the next phase of Welsh devolution», *Public Law*, 2005, p. 825.

27 Bogdanor, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, p. 94.

ment of Wales Act de 1998, manifestó que la *devolution* galesa era un proceso, más que un acontecimiento («a process, not an event»).²⁸ Así ha sido y creemos que esta frase se podría extender a lo sucedido en el resto del Reino Unido. Un proceso de descentralización territorial, y en eso tenemos experiencia en España, no se cierra en el momento de su establecimiento, más bien se abren, desde cuestiones técnicas que hay que mejorar y que requieren de cambios, hasta nuevas relaciones que evolucionan o conflictos que hay que resolver y que hacen que el proceso de descentralización no quede estancado, sino que permanezca vivo, como ha pasado en España, y como está pasando en el Reino Unido.

Bogdanor es de la opinión de que la futura experiencia de la *devolution* en Escocia y Gales tendrá mucho que ver con la evolución de la política de partidos no sólo en Edimburgo y Cardiff, sino también en Westminster.²⁹ Y de esto también sabemos algo en España.

Para Bogdanor dos de las grandes cuestiones que planteaba la *devolution* es si supondría una solución estable para los problemas planteados por el nacionalismo escocés, reforzando el Reino Unido a través del respeto a la diferencia o si conduciría a nuevas demandas que finalmente condujeran a la ruptura del Reino Unido (es una cuestión que nos es familiar y trasladable a España y a nuestro modelo de las autonomías). El Partido Nacionalista Escocés venía presionando ya desde hace unos años para la celebración de un referéndum de independencia. La segunda pregunta que se planteaba Bogdanor es si la descentralización asimétrica sería o no viable. Para esta pregunta no tenemos aún una respuesta, aunque parece que por ahora lo es, si bien por ejemplo Gales parece estar mirándose en el espejo escocés para alcanzar mayores cotas de autonomía.³⁰

3 · La *devolution* en Gales

En Gales, la descentralización del poder a la que dio lugar la *Government of Wales Act* de 1998 se ha calificado de descentralización ejecutiva o *exe-*

28 <http://www.assemblywales.org/abthome/role-of-assembly-how-it-works/history-welsh-devolution.htm>.

29 Bogdanor, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, p. 96.

30 *Idem*, p. 94.

cutive devolution.³¹ Antes de que se aprobara la Ley de 1998, el Gobierno laborista de Tony Blair aprobó un documento («a White Paper: «A Voice for Wales») donde se delineaban sus propuestas para Gales. El 18 de septiembre de 1997 se celebró un referéndum para decidir a favor o en contra de la *devolution*, y el resultado fue favorable al sí por sólo un 50,3% de los votos (el resultado se decidió por una diferencia de sólo 6.721 votos).³² Además, la participación en el referéndum fue sólo del 50,1% de los electores.³³ A pesar de esta aparente falta de entusiasmo inicial, Gales ha ido evolucionado hacia un modelo de mayor autonomía que el que le fue concedido en un primer momento, empujado también porque el sistema aprobado, como señalaba Tomkins, era un sistema que presentaba numerosos problemas y complejidades y al que le hacía falta una clara mejora.

La *Government of Wales Act* de 1998 dotó a Gales de una Asamblea, la Asamblea galesa, que, sin embargo, y a pesar de su nombre, tendría sólo poderes normativos secundarios. A la Asamblea galesa no se le otorgó, a diferencia de lo que se hizo con la escocesa, un poder general para hacer leyes para Gales. La sección segunda de la Ley de 1998 transfirió ciertos poderes para hacer normas de carácter secundario (o delegado), poderes que tenía el secretario de Estado para Gales (ministro del Gobierno británico) y que se transfirieron a la Asamblea galesa, de ahí el apelativo de «executive devolution». ³⁴ Como la Asamblea no tenía poder de hacer leyes, y dependía de las leyes que hiciera Westminster, cada año los galeses presentaban sus

31 Tomkins, A. Review of «Delineating Wales: Constitutional, Legal and Administrative Aspects of National Devolution» by Richard Rawlings, *Public Law*, 2005, p. 420.

32 <http://www.assemblywales.org/abthome/role-of-assembly-how-it-works/history-welsh-devolution.htm>.

33 Hazell, R. «Reinventing the constitution: can the state survive?», *Public Law*, 1999, p. 88. Explica Hazell que se criticó mucho que el referéndum de Gales se hizo con prisas y que la gente no estaba preparada. A diferencia de Escocia, donde ya en el año 1989 se creó una Convención constitucional para preparar el terreno para la *devolution* que estuvo trabajando durante años, en Gales no existió nunca nada parecido. Sobre la Scottish Constitutional Convention, véase Lynch, P. «The Scottish Constitutional Convention 1992-1995», *Scottish Affairs*, núm. 15, 1996, en http://www.scottishaffairs.org/backiss/pdfs/sa15/sa15_Lynch.pdf.

34 Bradley, A.W. & Ewing, K.D. *Constitutional and Administrative Law*, 14th Edition, Pearson, 2007, p. 46. La Asamblea galesa sólo tenía según la ley de 1998 «subordinate-order-making powers» (Rawlings, R. «Hastening slowly: the next phase of Welsh devolution», *Public Law*, 2005, p. 825).

propuestas de legislación para Gales al Gobierno británico antes de que éste hiciera su programa legislativo para llevarlo a Westminster, de forma que algunas leyes pudieran recoger los intereses galeses.³⁵

La Asamblea galesa no se instauró como parlamento al uso. Los británicos la califican de asamblea corporativa porque en el sistema galés de *devolution* de 1998 no se separó al poder legislativo del poder ejecutivo, si bien la norma permitía el desarrollo de un gobierno al estilo de un gobierno de gabinete.³⁶ El poder ejecutivo se le otorgó también a la Asamblea, para ser ejercido a través de comisiones parlamentarias.

La Asamblea tiene sólo sesenta miembros, cuarenta elegidos en las *constituencies* a través de un sistema mayoritario y veinte elegidos por regiones a través de un sistema proporcional. Las elecciones son cada cuatro años. Las materias sobre las que se le traspasaron poderes subordinados a la Asamblea fueron dieciocho, entre otras, agricultura, desarrollo económico, industria, medio ambiente, salud y servicios de salud, servicios sociales y transporte (de acuerdo con el *Schedule 2* de la *Government of Wales Act* de 1998).

La Asamblea carece de poder de financiación propio. Este es un problema que vamos a tratar en mayor profundidad cuando tratemos la *devolution* para Escocia. Westminster le da una subvención anual en bloque que se calcula según la fórmula Barnett. Gales no puede variar los tipos del impuesto sobre la renta (Escocia sí tiene cierto margen). Lo que sí puede hacer es fijar sus propias prioridades de gasto una vez que obtiene el dinero.³⁷

En la práctica, la Asamblea comenzó a desarrollar dentro de sí una división entre una especie de Ejecutivo (la peculiar *Welsh Assembly Government*) y la institución representativa como un todo.³⁸ La Asamblea lo que hizo fue crear una especie de Gobierno dentro de la Asamblea delegando poderes en los llamados secretarios de la Asamblea o en los funcionarios de la misma. Los secretarios de la Asamblea recibieron pronto el apelativo

35 Bradley, A.W. & Ewing, K.D. *Constitutional and Administrative Law*, 14th Edition, Pearson, 2007, p. 46.

36 Rawlings, R. «Hastening slowly: the next phase of Welsh devolution», *Public Law*, 2005, p. 825.

37 Bradley, A.W. & Ewing, K.D. *Constitutional and Administrative Law*, 14th Edition, Pearson, 2007, p. 46.

38 Rawlings, R. «Hastening slowly: the next phase of Welsh devolution», *Public Law*, 2005, p. 825.

de ministros y se reunían como un gabinete. Quien presidía las reuniones era llamado primer ministro.³⁹

Se criticó pronto la falta de visión constitucional de todo el sistema, las dificultades prácticas para implementarlo, el que la Asamblea careciese en realidad de poderes para desarrollar una política autónoma, la falta de separación entre «miembros ministeriales de la asamblea» y asamblearios de la oposición, en fin, la falta de escrutinio democrático e incluso las dificultades de la Asamblea para influir suficientemente en la legislación de Westminster que afectaba a Gales.⁴⁰

En el año 2001 el Partido Laborista y el Partido Liberal Demócrata en la Asamblea galesa se pusieron de acuerdo para nombrar una Comisión, conocida como la Comisión Richard (porque fue presidida por Lord Richard QC) cuyo informe se publicó en el año 2004.⁴¹ Para la Comisión Richard el modelo de *devolution* galés presentaba demasiados elementos de inestabilidad, entre otros, la excesiva dependencia de la buena voluntad política y administrativa de Londres. Por otro lado, la Asamblea estaba evolucionando de una manera que desbordaba ya las estructuras establecidas por la *Government of Wales Act* de 1998, con lo que hacía falta enmendar el sistema. El punto de llegada del informe era que Gales terminara teniendo competencia legislativa plena, una propuesta que se podía ver como radical si se juzgaba desde la historia de Gales y su unión de siglos con Inglaterra o como una propuesta acorde con el camino que se había emprendido en los otros territorios del Reino Unido y que venía a mirarse sobre todo en el modelo escocés. La Comisión descartó la simetría total con Escocia como una quimera, pero sí se pronunció a favor de un acercamiento a ese modelo con las peculiaridades galesas.⁴²

La Comisión Richard proponía la llegada a la competencia legislativa plena en Gales en dos etapas. Una primera etapa en la que simplemente

39 Bradley, A.W. & Ewing, K.D. *Constitutional and Administrative Law*, 14th Edition, Pearson, 2007, p. 46.

40 Mullen, T. Review of «The state and the nations: the first year of devolution in the United Kingdom», edited by Robert Hazell, *Public Law*, 2001, p. 818; Rawlings, R. «Hastening slowly: the next phase of Welsh devolution», *Public Law*, 2005, p. 826.

41 Rawlings, R. «Hastening slowly: the next phase of Welsh devolution», *Public Law*, 2005, p. 826 y Trench, A. «The Government of Wales Act 2006: the next steps on devolution for Wales», *Public Law*, 2006, p. 687.

42 Rawlings, R. «Hastening slowly: the next phase of Welsh devolution», *Public Law*, 2005, p. 827.

se expandirían las responsabilidades de las instituciones galesas a través de leyes (*statutes*) del Parlamento británico que delinearían un marco de poderes más amplio (*framework powers*: poderes marco, sin detallar al milímetro) a desarrollar por las instituciones galesas. Una segunda etapa en la que se daría competencia legislativa plena a la Asamblea a partir de 2011. La Comisión no quiso tratar la cuestión de la probable necesidad de un nuevo referéndum, para dar legitimidad a la reforma demandada en esta segunda etapa. Esta propuesta podría calificarse como la principal propuesta de la Comisión Richard, junto a la obvia que no podía faltar de separar al Ejecutivo galés del Legislativo y desarrollar una cultura de escrutinio democrático de la Asamblea hacia dicho Ejecutivo. A cambio de esa mayor autonomía, la Comisión Richard proponía que los parlamentarios elegidos por Gales con representación en Westminster se redujeran en número. La Comisión Richard propuso también un cambio en el modelo electoral, pidiendo que se pasase del modelo semi-proporcional existente para las elecciones a la Asamblea a un modelo de *single transferable vote* que es un modelo proporcional de reparto de escaños. Y entendió, finalmente, que para la futura asunción de competencias legislativas plenas la Asamblea debería tener un número mayor de representantes, pasando de sesenta a ochenta.⁴³

En respuesta al informe de la Comisión Richard, en junio de 2005 el Gobierno británico, bajo los auspicios de la Oficina de Gales (Welsh Office), que es el departamento del Gobierno encargado de los asuntos relacionados con Gales, publicó su propio informe (*White Paper*) titulado *Better Governance for Wales* (un mejor gobierno para Gales) en el que apoyaba la separación entre el Ejecutivo y el Legislativo en Gales pero en el que, en lugar de proponer un proceso en dos etapas hacia la plena competencia legislativa de la Asamblea galesa, proponía un proceso de tres etapas, dejando el tema de la posibilidad de que la Asamblea tuviera poder legislativo pleno o primario para un estadio final, si es que se producía.⁴⁴ Primero se debería desarrollar el modelo establecido, lo que implicaba según el *White Paper* que si hasta el momento se había hecho la legislación para Gales desde Westminster de forma aislada ahora se intentaría legislar para Gales prestando mayor atención

43 *Idem*, p. 827 y 828 y Trench, A. «The Government of Wales Act 2006: the next steps on devolution for Wales», *Public Law*, 2006, p. 687.

44 Rawlings, R. «Hastening slowly: the next phase of Welsh devolution», *Public Law*, 2005, p. 833.

a las peticiones de la Asamblea galesa sobre cómo deberían aplicarse esas leyes en Gales (*White Paper*, párrafos 3.10 y 3.12). En un segundo momento se incrementarían los poderes de las instituciones galesas, pero sin introducir cambios esenciales en el sistema, y sólo al final se llegaría al cambio del sistema, permitiendo a largo plazo que la Asamblea galesa pudiera tener poder legislativo primario en áreas donde ya estaban desarrollando sus funciones sus instituciones.⁴⁵

En el año 2006 el Parlamento británico aprobó el *Government of Wales Act* de 2006. La ley no acogió la propuesta de la Comisión Richard de incrementar el número de miembros de la Asamblea, el cambio de sistema electoral o la vía rápida hacia la adquisición por parte de la Asamblea de poder legislativo primario. La Ley sí decidió cambiar, como era de esperar, la estructura institucional galesa para introducir la separación de poderes entre un poder legislativo y un poder ejecutivo. A partir de 2006 Gales tiene una Asamblea Nacional, que sería el órgano representativo deliberativo, con funciones de control sobre el Ejecutivo y que en 2006 se decía que en un futuro podría adquirir competencias legislativas, como así ha sido, y un Gobierno, que curiosamente se llamó en la ley Gobierno de la Asamblea de gales (*Welsh Assembly Government*), un nombre no muy apropiado, que adquirió todas las funciones ejecutivas desarrolladas por la Asamblea.⁴⁶ Tras las elecciones del año 2011, el Gobierno de la Asamblea de Gales anunció que a partir de ese instante quería ser conocido como el Gobierno de Gales (*Welsh Government*). En la *guidance note* 9, que se hace desde el Gobierno británico para asesorar a su Administración en cuestiones relacionadas con la *devolution*, se dice en el punto 2 de la introducción que los departamentos ministeriales podrán usar ese nombre en sus comunicaciones formales e informales con el Gobierno galés, pero que el nombre legal seguiría siendo *Welsh Assembly Government*.⁴⁷

Este nuevo esquema también provocaba problemas. Al traspasar el poder normativo secundario, ejecutivo, al Gobierno galés, se creaba un

⁴⁵ *Idem*, p. 833 y 834.

⁴⁶ Trench, A. «The Government of Wales Act 2006: the next steps on devolution for Wales», *Public Law*, 2006, p. 686. El Gobierno estaría compuesto por un primer ministro, ministros galeses nombrados por el primer ministro (sección 48 de la Ley), vice-ministros y el abogado general (*First Minister, Welsh Ministers, the Counsel General y Deputy Welsh Ministers*).

⁴⁷ <http://www.cabinetoffice.gov.uk/resource-library/devolution-guidance-notes>, note 9: «Parliamentary and Assembly Primary Legislation Affecting Wales».

Ejecutivo muy fuerte y se dejaba a la Asamblea casi sin funciones, más allá de una función general de control. Por eso, indica coherentemente Rawlings, como desiderátum cuando escribe en 2005, sería importante que la Asamblea tuviera un papel significativo a la hora de elaborar la legislación que luego serviría de marco para la actuación del Ejecutivo.⁴⁸ El papel normativo de la Asamblea y la capacidad de revisar o rechazar propuestas del Ejecutivo en este sentido, señala Trench, sólo se desarrollaría si Westminster confiriese poderes legislativos a la Asamblea galesa. Trench pone de manifiesto que la Asamblea cuenta además con menos medios para controlar al Ejecutivo porque hasta la aprobación de la Ley de 2006 la Asamblea podía rescindir los poderes del primer ministro y de los demás ministros, y con la separación de poderes se introduce un mecanismo de moción constructiva que lo hace mucho más difícil.⁴⁹ Sin embargo, lo cierto es que la unión en la Asamblea del poder normativo secundario y del poder ejecutivo no era un sistema constitucionalmente viable, por lo que la solución pasaría por dotar de mayores poderes propios a la Asamblea. Ahí es donde la Ley enlaza con el *White Paper*.

La Ley de 2006 propone también un viaje en tres etapas. En primer lugar, la ya consabida de afrontar la elaboración de legislación que afecte a Gales haciendo más «leyes marco», dando de esa manera a las instituciones galesas la posibilidad de desarrollar en mayor profundidad las funciones que ya tenían transferidas. Esta primera fase no requería ningún cambio normativo y se puso en marcha en 2005.⁵⁰

En segundo lugar, una segunda etapa que en realidad se solaparía con la primera y que consistiría en un nuevo procedimiento por el que mediante *Orders in Council*⁵¹ se otorgaría a la Asamblea funciones le-

48 Rawlings, R. «Hastening slowly: the next phase of Welsh devolution», *Public Law*, 2005, p. 830.

49 Trench, A. «The Government of Wales Act 2006: the next steps on devolution for Wales», *Public Law*, 2006, p. 688.

50 *Idem*, p. 690.

51 Las *Order in Council* se hacen en nombre de la reina en el marco del *Privy Council*, un organismo arcaico cuyos miembros son nombrados por la reina por consejo del Gobierno. Todos los miembros del Gobierno son miembros del *Privy Council*, además lo son los miembros de la familia real y los que ostentan ciertos cargos no políticos (arzobispos, etc.) e incluso miembros de los partidos de la oposición. Sin embargo, las *Orders in Council* en realidad son un instrumento para dar fuerza de ley a actos del Gobierno; en las reuniones en las que se aprueban esas órdenes está la reina y sólo cuatro o cinco miembros del *Privy Council*. En realidad es una formalidad, pues la norma es elaborada

gislativas relacionadas con ciertas materias. El esquema de materias y el procedimiento viene establecido en la parte tercera y el *Schedule 5* de la *Government of Wales Act* de 2006. De acuerdo con el artículo 93 de la Ley, que abre esa parte tercera de la Ley, en el desarrollo de esas funciones legislativas transferidas mediante *Orders in Council*, la Asamblea podrá aprobar lo que se conocerán como Medidas de la Asamblea (*Assembly Measures*) y no como leyes de la Asamblea (*Assembly Act*). De acuerdo con el artículo 94 de la Ley, estas medidas podrían desarrollar cualquier cuestión que pudiera ser desarrollada por una Ley del Parlamento («Sujeto a las previsiones establecidas en esta parte de la ley, señala el artículo 94, «an Assembly Measure may make any provision that could be made by an Act of Parliament»).

El *Schedule 5* incluye veinte campos (*fields*) en los que se pueden tomar estas medidas de la Asamblea si hay delegación por parte de una *Order in Council* (también se han utilizado las *Legislative Competence Orders*, aprobadas por la Asamblea de Gales y luego por la *House of Commons* y la *House of Lords* del Parlamento británico, para permitir estas medidas). Dentro de esos campos se segregan las materias concretas sobre las que la Asamblea podría legislar (no hay una delegación global sobre un campo completo). Estos campos incluyen la lengua galesa, deportes, desarrollo económico, educación y formación, cultura, agricultura, medio ambiente, alimentación, salud y servicios de salud, transportes y autopistas, vivienda, gobierno local, estado de bienestar, etc. Existe una segunda parte del *Schedule 5* que nombra explícitamente las materias que estarían excluidas de la competencia legislativa por parte de la Asamblea dentro de esos 20 campos mencionados y de las materias conferidas (es decir, se segrega de la competencia dada una parte de la misma). Una parte tercera del *Schedule 5* recoge excepciones a las excepciones (esto es, algo que en principio no sería competencia de la Asamblea de Gales por estar excluido por la parte segunda del *Schedule 5*, como por ejemplo, alterar las áreas en las que se divide el trabajo de la policía –*boundaries of the police areas*– si lo autoriza el secretario de Estado, la Asamblea lo puede hacer –en el ejemplo, artículo 7A de la parte tercera del *Schedule 5*).

por el Gobierno y el paso por el *Privy Council* es un requisito formal. Véase: Bradley, A.W. & Ewing, K.D. *Constitutional and Administrative Law*, 14th Edition, Pearson, 2007, p. 253.

Nos encontramos hoy en la tercera fase de las previstas por la *Government of Wales Act* de 2006. En esta fase, la Ley de 2006 previó la posibilidad de que, tras un referéndum, se transfiriera por fin poder legislativo (en el sentido de poder de hacer leyes) a la Asamblea de Gales. Esta posibilidad viene recogida en la parte cuarta de la Ley. El artículo 108 es el que define el alcance de la competencia legislativa de la Asamblea en relación con el *Schedule 7* de la Ley. En el *Schedule 7* se definen los campos y materias en los que se podrán hacer dichas leyes. Los campos mencionados son los veinte a los que habíamos hecho mención en relación con la segunda etapa prevista por la Ley.⁵² También en este caso se indica, dentro de dichos campos, la lista de materias concretas sobre las que podrán versar las leyes que haga la Asamblea, que ahora sí se llamarán leyes (*Assembly Acts*). Pero esa lista de materias a las que ahora hace referencia la parte primera del *Schedule 7* son más extensas que las que se incluían en el *Schedule 5*.⁵³ En Gales, a diferencia de en Escocia, no todo el poder de legislar en una materia o campo competencial se transfiere a la Asamblea.⁵⁴ Además, la parte segunda del *Schedule 7* introduce excepciones que de nuevo excluyen asuntos dentro de la lista de materias concretas transferidas sobre las que la Asamblea no tendrá competencia. Pero en la parte tercera del *Schedule 7*, siguiendo un modelo análogo al del *Schedule 5*, se establecen excepciones que permitirían que la Asamblea sí entrase a legislar sobre dichas materias concretas.⁵⁵

En Gales existe, como en Escocia, una convención como la *Sewel Convention* de que si el Parlamento británico quiere legislar en materia de competencia galesa pedirá el consentimiento de la Asamblea de Gales vía la llamada moción de legislación consentida (*Legislative Consent Motion*).⁵⁶ Trench indica que dados los lazos que han unido hasta ahora a Inglaterra y Gales, y los movimientos de personas y negocios que se producen entre

52 Trench, A. «The Government of Wales Act 2006: the next steps on devolution for Wales», *Public Law*, 2006, p. 692.

53 <http://www.cabinetoffice.gov.uk/resource-library/devolution-guidance-notes>, note 9: «Parliamentary and Assembly Primary Legislation Affecting Wales».

54 Trench, A. «The Government of Wales Act 2006: the next steps on devolution for Wales», *Public Law*, 2006, p. 693.

55 <http://www.cabinetoffice.gov.uk/resource-library/devolution-guidance-notes>, note 9: «Parliamentary and Assembly Primary Legislation Affecting Wales».

56 <http://www.cabinetoffice.gov.uk/resource-library/devolution-guidance-notes>, note 9: «Parliamentary and Assembly Primary Legislation Affecting Wales».

los dos territorios, probablemente mucha de la legislación para Gales se seguirá haciendo desde Westminster siguiendo esta vía.⁵⁷

Para cambiar la competencia legislativa tal y como viene recogida en el *Schedule 7* haría falta enmendar este capítulo mediante *Order in Council* según dispone el artículo 109 de la Ley de 2006 o mediante una nueva ley del Parlamento de Westminster.

Para que la Asamblea galesa adquiriese este poder legislativo y pudiera entrar en vigor la parte cuarta de la Ley que regula las competencias legislativas de la Asamblea de Gales, la Ley de 2006 exigía la celebración de un referéndum en Gales. El secretario de Estado para Gales (miembro del Gobierno británico, no lo olvidemos) era quien podía convocar el referéndum en el momento en el que él lo considerase oportuno tras petición de la Asamblea de Gales, que debía aprobar la petición por una mayoría de dos tercios.⁵⁸ Ese referéndum se celebró el 3 de marzo de 2011. Veintiuna de las veintidós regiones avalaron el sí, pero aún así la participación fue sólo del 35,4%, muy escasa, con 517.132 votos (63,5%) a favor y 297.380 votos (36,5%) en contra.⁵⁹ El caso es que por fin el Parlamento galés puede hacer leyes directamente en las áreas transferidas sin tener que contar previamente con la delegación expresa por parte del poder central.

Alan Trench hace un balance final de la Ley de 2006 en la que afirma que a pesar de que la Ley se presentara como una fórmula para asentar las bases de un sistema a largo plazo, éste no será el fin de la historia. En ese balance coincidimos, pues una vez abierto un proceso de autonomía es difícil que por el juego de las fuerzas políticas y las propias posibilidades que se van abriendo la situación no evolucione. Para Trench, la Ley de 2006 deja aún muchos cabos sueltos, entre otros el de una asamblea de 60 miembros con 16 de esos miembros ejerciendo como ministros o viceministros y quedando sólo 44 para formar los comités y ejercer el resto de labores

⁵⁷ Trench, A. «The Government of Wales Act 2006: the next steps on devolution for Wales», *Public Law*, 2006, p. 693.

⁵⁸ Hazell, R. «The Conservative-Liberal Democrat Agenda for Constitutional and Political Reform», The Constitution Unit, 2010. http://www.ucl.ac.uk/public-policy/UCL_expertise/Constitution_Unit/149.pdf, punto 6.2, p. 42.

⁵⁹ <http://www.bbc.co.uk/news/uk-wales-politics-12648649>. En este artículo se menciona una encuesta hecha antes del referéndum según la cual ¡el 48% de los encuestados decía no estar suficientemente informado acerca del referéndum!

propias de la Asamblea, como las tareas de control.⁶⁰ Por lo tanto, estamos ante un proceso abierto.

4 · La *devolution* en Irlanda del Norte

En Irlanda del Norte estuvo en vigor un régimen de autonomía, o *Home Rule* durante cincuenta años. Ese régimen de autonomía fue introducido tras la aprobación por el Parlamento británico del *Government of Ireland Act* de 1920. El problema es que los unionistas, protestantes, ocuparon siempre el poder en el Parlamento de Stormont y los católicos, siempre en minoría, se sintieron desplazados. Al final, en 1968, estalló la violencia entre las dos comunidades y en 1972 se suspendió el régimen de autonomía, siendo éste derogado en 1973.⁶¹ Las discusiones para llegar a un acuerdo sobre la instauración de un nuevo régimen de autonomía en Irlanda del Norte deberían tener en cuenta los siguientes elementos para que el sistema pudiera tener visos de éxito:⁶²

– Irlanda del Norte, en un primer momento del proceso de *devolution*, debería seguir siendo parte del Reino Unido. Sin que se asegurase este extremo, los unionistas no tomarían parte en ningún acuerdo.

– El acuerdo debería tener una dimensión irlandesa (tomando en cuenta también a la otra Irlanda, la República de Irlanda).

– La *devolution* no sería el ideal para ninguna de las partes del conflicto a largo plazo, pero al menos sería la solución intermedia preferida por todos a medio plazo.

60 Trench, A. «The Government of Wales Act 2006: the next steps on devolution for Wales», *Public Law*, 2006, p. 695. Es interesante conocer el cálculo que en 2003 hacía John Morison sobre la dimensión de las diferentes asambleas y parlamentos en el Reino Unido: en Irlanda del Norte una población de 1,63 millones de personas tendría 108 representantes, 1 por cada 11.000 ciudadanos, en Gales la ratio sería de 1 por cada 36.700, en Escocia 1 por cada 30.505 ciudadanos y en Westminster, que es el Parlamento del Reino Unido, un diputado representaría entre 60.000 y 70.000 ciudadanos. Morison, J. «Law-making and devolution: the Northern Ireland experience», *Legal Information Management*, 2003, p. 161.

61 Bradley, A.W. & Ewing, K.D. *Constitutional and Administrative Law*, 14th Edition, Pearson, 2007, p. 40 y 41.

62 Morison, J. «Law-making and devolution: the Northern Ireland experience», *Legal Information Management*, 2003, p. 159.

– En el diseño de las instituciones de Irlanda del Norte deberían incluirse cláusulas inclusivas de las dos comunidades, con elementos anti-mayoritarios frente al dominio de una sola de las comunidades.

Precisamente, la Constitución de la República de Irlanda de 1937, en los artículos 2 y 3, entendía que el territorio de la República de Irlanda comprendía toda la isla de Irlanda, pendiente de la reintegración de todo su territorio, siendo dicha reintegración un imperativo constitucional. Sin embargo, en las negociaciones que conducirían al Acuerdo de Viernes Santo o Acuerdo de Belfast se propusieron cambios en dichos artículos, cambios que fueron aprobados en el referéndum que se celebró en la República de Irlanda para ratificar el mencionado Acuerdo. Actualmente, el artículo 2 de la Constitución de la República de Irlanda no define a la nación irlandesa en términos territoriales sino que señala que cualquier persona nacida en Irlanda está legitimada para ser parte de la nación irlandesa. El artículo 3 de la Constitución irlandesa por su parte reconoce que existe una voluntad de unir a toda la gente que comparte el territorio de la isla de Irlanda (con su diversidad de identidades y tradiciones), pero reconoce por primera vez desde 1937 que la unión sólo se producirá si hay consenso en ambas jurisdicciones, la de Irlanda del Norte y la de la República de Irlanda. Por su parte, en el Reino Unido el *Act of Union* de 1800 sigue fundamentando la unidad de Irlanda del Norte con el resto del país, pero se reconoce también que el consenso es la base del cambio.⁶³

El Acuerdo de Viernes Santo, que sienta las bases de la actual descentralización territorial del poder en Irlanda del Norte, fue aprobado en referéndum tanto en Irlanda del Norte como en la República de Irlanda el 22 de mayo de 1998. En Irlanda del Norte votó a favor del Acuerdo el 71,2%, mientras que en la República de Irlanda lo hizo el 94,39%.⁶⁴ El Acuerdo contenía tres partes, una sobre la estructura de gobierno para Irlanda del Norte y las elecciones para formar un parlamento en Irlanda del Norte, otra segunda sobre las relaciones Norte-Sur, y una tercera parte que abordaba las relaciones entre el Reino Unido y la República de Irlanda.⁶⁵ En este

63 Hadfield, B. «The Belfast Agreement: sovereignty and the state of the union», *Public Law*, 1998, p. 600-601.

64 http://news.bbc.co.uk/hi/english/static/northern_ireland/understanding/events/good_friday.stm.

65 Morison, J. «Law-making and devolution: the Northern Ireland experience», *Legal Information Management*, 2003, p. 160.

epígrafe sólo nos referiremos a la primera parte del Acuerdo, la relativa a la nueva estructura institucional de Irlanda del Norte.

El Acuerdo de Belfast determinaba que Irlanda del Norte tendría una Asamblea de 108 miembros elegidos por el sistema de *Single Transferable Vote* (sistema proporcional) en función de las circunscripciones (*constituencies*) que se utilizan para las elecciones al Parlamento de Westminster. En la tramitación de la *Northern Ireland Elections Bill*, que introdujo las reglas para las primeras elecciones a celebrar para constituir el Parlamento norirlandés, y que fue derogada más tarde por la *Northern Ireland Act* de 1998, que regula actualmente el sistema de *devolution* para Irlanda del Norte, se discutió el número de representantes en la Asamblea, pues 108 parecía un número proporcionalmente mucho más elevado que el de miembros del Parlamento escocés (129) o del galés (60). Sin embargo, el ministro del Gobierno encargado de defender el proyecto en los comunes justificó la necesidad de ese número para conseguir una mayor inclusión en la Asamblea, como defendió también el sistema proporcional de votación por los mismos motivos. Se usarían las circunscripciones electorales existentes para las elecciones al Parlamento británico (18) y en cada una se elegirían seis diputados.⁶⁶

La *Northern Ireland Act* de 1998 delimita la competencia legislativa de la Asamblea de Irlanda del Norte en función de tres categorías diferentes: materias excluidas, materias reservadas y materias transferidas (*excepted, reserved and transferred matters*).

La lista de materias excluidas está contenida en el *Schedule 2* de la Ley y de acuerdo con el artículo 6 (2) (b) de la misma, estas materias están permanentemente excluidas de la competencia de la Asamblea, que no puede legislar sobre las mismas a no ser que sea de forma auxiliar para la comprensión de otra regulación que trate de materias reservadas o transferidas. Las materias excluidas son materias que conciernen al interés general del Reino Unido. Por ello se entiende que es Westminster quien debe legislar sobre las mismas. En sustancia, la lista de materias excluidas es parecida a la lista de materias que en Escocia se llaman reservadas, pero en Irlanda del Norte no hay ninguna fórmula que permita desplazar una materia de la lista de materias excluidas fuera de la misma.

66 Hadfield, B. «The nature of devolution in Scotland and Northern Ireland: key issues of responsibility and control», *Edinburgh Law Review*, 1999, p. 13 y 14.

Las materias reservadas son materias en las que la Asamblea no puede legislar a no ser que sea con el consentimiento del secretario de Estado para Irlanda del Norte (sección 7 (b) de la Ley) o de Westminster (sección 15 de la Ley), salvo que se trate de una cuestión complementaria o auxiliar a otra Ley sobre la que la Asamblea sí tenga competencia. La lista de materias reservadas incluye orden público, policía y Derecho penal. Todas las demás materias que no están incluidas en la lista de materias excluidas o de materias reservadas se consideran materias transferidas a la Asamblea norirlandesa. Las secciones 4 (2) y (3) de la Ley establecen que cualquier materia reservada puede convertirse en materia transferida y viceversa a través de una *Order in Council*⁶⁷ siempre que la Asamblea norirlandesa previamente y con el apoyo de las dos comunidades haya pasado una resolución en ese sentido.

La sección 85 de la Ley establece que las materias reservadas se regularán mediante *Order in Council*, eso sí, consultando con la Asamblea los borradores de las mismas y sometiéndolas al escrutinio de las Cámaras. Además, cualquier materia particularmente contenciosa se legislará mediante ley. Las materias excluidas se regularán mediante una ley del Parlamento de Westminster (*Act of the Westminster Parliament*).

La legislatura dura cuatro años y la reina (en realidad el secretario de Estado) puede disolver la Asamblea antes de que expire la legislatura si el primer ministro y el viceprimer ministro y los demás ministros no son capaces de desarrollar sus funciones, o si, en el caso de que fueran a dimitir los que les fueran a suceder tampoco lo fueran, o si hubiera un interés público en su disolución (sección 31 (4) de la Ley). Hadfield señala que tras este control del secretario de Estado parece latir una desconfianza hacia el gobierno autónomo de Irlanda del Norte y que podría ser problemático en relación con la posible actuación autónoma de las instituciones norirlandesas frente a Westminster.⁶⁸

En cuanto al Ejecutivo, el primer ministro y el viceprimer ministro son elegidos por la Asamblea, deben presentar una candidatura conjunta y la elección se hace tomando en cuenta a las dos comunidades existentes en Irlanda del Norte. Esto es, los dos deben ser elegidos por una mayoría de los miembros de la Asamblea, habiendo votado a su favor una mayoría

⁶⁷ Véase la nota 50 sobre las *Orders in Council*.

⁶⁸ Hadfield, B. «The nature of devolution in Scotland and Northern Ireland: key issues of responsibility and control», *Edinburgh Law Review*, 1999, p. 18.

de los diputados designados como nacionalistas y también una mayoría de los diputados designados como unionistas para que la candidatura salga adelante. Una vez elegidos, ambos presentan el número de ministerios y cuáles van a ser sus funciones para que la Asamblea lo apruebe de nuevo debiendo votar a favor la mayoría de cada comunidad. Los ministros no excederán de diez salvo que el secretario de Estado disponga que puede haber más mediante una orden. Una vez aprobado el número de ministerios, estos se reparten entre los partidos de acuerdo con la fórmula D'Hondt en función de los escaños obtenidos en la Asamblea.⁶⁹ El Acuerdo de Viernes Santo crea el Comité Ejecutivo, donde se acuerda el programa marco del Gobierno bajo el que cada ministro debe actuar, de forma que haya cierta coordinación, dado lo complicado de la composición del Ejecutivo.⁷⁰

La autonomía de Irlanda del Norte ha sido suspendida en varias ocasiones desde el año 2001 por el secretario de Estado para Irlanda del Norte. Finalmente, en el año 2007 se reinstauró el sistema de *devolution* y comenzó a funcionar de nuevo la Asamblea norirlandesa.⁷¹

5 · La *devolution* en Escocia (y los problemas de financiación del sistema de descentralización territorial en Escocia y el resto de territorios con autonomía)

5.1 · Introducción y estructura institucional escocesa

La evolución que viene sufriendo el proceso de *devolution* en Escocia es un claro ejemplo del juego de las fuerzas políticas en Edimburgo y Westminster, del que hablábamos al principio de este capítulo. Como señala Bogdanor, las relaciones entre las administraciones autónomas y la administración central entre los años 1999 y 2007 fueron, de alguna forma, artificiales, en el sentido de que el Gobierno laborista de Londres tenía como contraparte a administraciones laboristas o laboristas/liberales demócratas tanto en Es-

⁶⁹ *Idem*, p. 18 y 19 y Morison, J. «Law-making and devolution: the Northern Ireland experience», *Legal Information Management*, 2003, p. 160.

⁷⁰ Hadfield, B. «The nature of devolution in Scotland and Northern Ireland: key issues of responsibility and control», *Edinburgh Law Review*, 1999, p. 20.

⁷¹ Bogdanor, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, p. 89. Para un relato completo de las diferentes suspensiones sufridas por la Asamblea Irlandesa, véase <http://www.niassembly.gov.uk/Visit-and-Learning/History-of-the-Assembly/>.

cocia como en Gales. En 2007 el Partido Nacionalista Escocés (SNP) llegó al poder en Escocia, eso sí, en minoría; en Gales, los laboristas tuvieron que formar una coalición con Plaid Cymru para gobernar y en Irlanda del Norte el partido en el poder era el Sinn Fein.⁷² En las elecciones de mayo de 2011 el Partido Nacionalista Escocés del carismático Alex Salmond alcanzó la mayoría absoluta en el Parlamento escocés obteniendo 69 de los 129 escaños:

Partido	Escaños elecciones 2007	Escaños elecciones 2011
Laboristas escoceses	46	37
Partido Nacionalista Escocés	47	69
Partido Liberal Demócrata Escocés	16	5
Partido Conservador y Partido Unionista	17	15
Partido Verde Escocés	2	2

Fuente:

http://www.scottish.parliament.uk/Electionresults/2011%20election/1_Summary_of_Seats.pdf

Estas cifras contrastan con las que se dieron en las primeras elecciones tras la *devolution*. En esas primeras elecciones, el Partido Laborista obtuvo 56 escaños, los liberales demócratas 17, los conservadores 18 y el Partido Nacionalista Escocés tan sólo 35.

El contexto político es útil para situar las últimas reivindicaciones y propuestas que se han producido sobre el sistema de autonomía escocés. Pero empecemos por el principio, por cómo se diseñó la *devolution* para Escocia.

La *Scotland Act* de 1998 estableció un Parlamento unicameral para Escocia de 129 miembros. A este Parlamento se le dio competencia legislativa (primaria y secundaria, como dicen los británicos) sobre cualquier materia no reservada a Westminster, debiendo las leyes escocesas (*Acts of the Scottish Parliament*, sección 28 (1) Ley de 1998) observar una serie de requisitos a los que nos referiremos cuando hablemos del control judicial de la *devolution* en Escocia y en las demás entidades territoriales del Reino

⁷² Bogdanor, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, p. 96.

Unido.⁷³ El sistema de distribución competencial es aparentemente simple. Existe una lista de materias reservadas a Westminster, incluidas en una lista en el *Schedule 5* de la *Scotland Act* (la *Scotland Act* ha sido reformada en el 2012). Todas las materias que no se hallen en esa lista de materias reservadas o que la *Scotland Act* señale que no pertenecen al Parlamento británico son competencia del Parlamento escocés (luego no hay una lista expresa de las competencias escocesas, sino que hay que extraerla por exclusión). Entre las materias reservadas según la Ley de 1998 se encuentran la política exterior, la defensa y la seguridad nacional, las materias constitucionales, el mercado común, la inmigración y la nacionalidad, la energía, la electricidad, el gas, el comercio y la industria, la seguridad social, algunos aspectos del transporte, la igualdad de oportunidades, el empleo, etc. Por exclusión, las materias «devueltas» al Parlamento escocés son salud, educación y formación, gobierno local, trabajo social, vivienda, planeamiento, turismo, algunos aspectos del transporte, desarrollo económico y apoyo financiero a la industria, medio ambiente, policía y bomberos, agricultura, bosques y pesca, deportes y cultura, estadísticas y registros públicos, etc.⁷⁴ De acuerdo con la sección 28 (7) de la Ley Westminster retiene siempre el poder de hacer leyes para Escocia incluso en materias de competencia escocesa. Sin embargo, en estas materias existe el acuerdo Sewel, al que ya hicimos referencia en este capítulo, según el cual Westminster no legislaría sobre ellas sin el consentimiento del Parlamento escocés.

En cuanto al Parlamento escocés, 73 de sus miembros se eligen por el sistema tradicional mayoritario (en cada circunscripción, *constituency*, gana un solo candidato). Otros 56 miembros se eligen por el llamado *additional member system* que es un sistema de elección proporcional por regiones.⁷⁵ Se ha dicho que de esta forma se favorecería un mapa parlamentario que lograría un mayor consenso entre las fuerzas políticas que el que proporciona el sistema mayoritario que se utiliza en las elecciones al Parlamento

73 Hadfield, B. «The nature of devolution in Scotland and Northern Ireland: key issues of responsibility and control», *Edinburgh Law Review*, 1999, p. 7. Bradley, A.W. & Ewing, K.D. *Constitutional and Administrative Law*, 14th Edition, Pearson, 2007, p. 44.

74 <http://www.scotland.gov.uk/About/Factfile/18060/11555> y <http://www.scotland.gov.uk/About/Factfile/18060/11552>.

75 Hadfield, B. «The nature of devolution in Scotland and Northern Ireland: key issues of responsibility and control», *Edinburgh Law Review*, 1999, p. 7.

británico.⁷⁶ Los últimos resultados parecen restar claridad a esta afirmación. La legislatura dura cuatro años.

El Ejecutivo escocés –*Scottish Executive*– (así lo llamaba la Ley de 1998, aunque desde 2007 se le conoce como Gobierno de Escocia, *Scottish Government*, y así se llama tras la reforma de 2012 de la *Scotland Act*), de acuerdo con la sección 44 de la Ley, cuenta con un primer ministro, ministros y los conocidos como *law officers* (funcionarios de la ley), el *Lord Advocate* (parecido a un fiscal general del Estado para competencias asumidas por Escocia, en materia civil y criminal) y el *Solicitor General* para Escocia (que es el segundo del *Lord Advocate*, al que aconseja). El primer ministro es nombrado por la reina después de haber sido nominado por el Parlamento escocés (secciones 45 y 46 de la Ley). Todos los ministros y el primer ministro deben ser miembros del Parlamento escocés y la nominación de los ministros sólo se puede hacer si cuenta con la aprobación del Parlamento escocés (sección 47 de la Ley). El Ejecutivo es responsable ante el Parlamento (secciones 45, 47 y 48 de la Ley). El Gobierno escocés ejerce funciones que fueron traspasadas desde el Gobierno del Reino Unido y que normalmente se corresponden con la competencia legislativa del Parlamento escocés, aunque también se ha traspasado alguna función al ejecutivo escocés sin otorgar al Parlamento escocés competencia legislativa sobre la materia.⁷⁷

5.2 · La Comisión Calman y los problemas con el sistema de financiación de la autonomía en Escocia y en el resto de entidades con autonomía territorial del Reino Unido

Como bien sabemos en España, la financiación de las entidades con autonomía territorial es una de las verdaderas piedras de toque de todo sistema de descentralización territorial del poder. Pues bien, en el Reino Unido el tema de la financiación es un tema que está planteando tensiones y que no está aún bien resuelto. El problema de la financiación no es un problema exclusivamente escocés, pues afecta también a Gales e Irlanda del Norte, pero es quizás en Escocia donde se ha planteado con mayor agudeza. En

⁷⁶ *Idem*, p. 11.

⁷⁷ Bradley, A.W. & Ewing, K.D. *Constitutional and Administrative Law*, 14th Edition, Pearson, 2007, p. 44.

el esquema inicial de *devolution* la financiación principal de las entidades con autonomía territorial procede de una transferencia en bloque que hace el Gobierno británico y que se calcula conforme a la llamada fórmula *Barnett*. La fórmula se usa desde el año 1979 para calcular el dinero que se traspasa a Gales, Irlanda del Norte y Escocia y se revisa anualmente en función de la población. Lo que se hace es tomar como base el dinero que se va a gastar en Inglaterra para proveer servicios, y se calcula la cantidad de dinero que se traspassará a las entidades territoriales en proporción a lo que correspondería a cada una de estas entidades territoriales en función de su población y en relación con el gasto a realizar en Inglaterra, para que el gasto sea comparable. Con el total del dinero recibido, las administraciones de las entidades autónomas establecen sus propias prioridades de gasto. Como prueba de las tensiones que se han generado en este punto, cabe hacer referencia a las decisiones del Gobierno escocés y de Gales de financiar la subida de tasas universitarias que planteó el Gobierno británico, lo que generó enormes protestas en Inglaterra. Además, desde Escocia y Gales se han financiado las recetas médicas e incluso se ha permitido acceder a medicamentos contra el cáncer a los que no se puede acceder en el sistema nacional de salud si se vive en Inglaterra. En Escocia se financió también con ayudas el cuidado de los ancianos. Todas estas medidas levantaron ampollas en Inglaterra.⁷⁸

La autonomía financiera de Escocia, Gales e Irlanda del Norte era mínima en el esquema inicial de la *devolution*. En el caso de Escocia, a las autoridades escocesas la Ley de 1998 les otorgaba un margen de discrecionalidad para reducir o incrementar el impuesto sobre la renta de las personas físicas excluyendo de la recaudación en Escocia del impuesto tres peniques por cada libra recaudada.⁷⁹ Los escoceses podían decidir recaudar o no recaudar esos tres peniques, o incluso recaudar algo más. En relación con Irlanda del Norte se ha propuesto examinar la posibilidad de permitir que Irlanda del Norte pueda cambiar la base del impuesto de sociedades para que de esa forma pueda competir con la República de Irlanda que tiene un

78 Bradley, A.W. & Ewing, K.D. *Constitutional and Administrative Law*, 14th Edition, Pearson, 2007, p. 45 y <http://www.guardian.co.uk/education/2010/dec/05/wales-tuition-fees-university-education>.

79 Bradley, A.W. & Ewing, K.D. *Constitutional and Administrative Law*, 14th Edition, Pearson, 2007, p. 45 y Hazell, R. «The Conservative-Liberal Democrat Agenda for Constitutional and Political Reform», The Constitution Unit, 2010. http://www.ucl.ac.uk/public-policy/UCL_expertise/Constitution_Unit/149.pdf, punto 6.1, p. 39.

impuesto menor, si bien se han planteado reticencias ante el miedo de que el capital se traslade desde otras partes del Reino Unido a Irlanda del Norte.⁸⁰

En 2009 se publicaron tres informes, todos muy críticos con la fórmula *Barnett*, uno de la *House of Lords*, que concluyó que había que dejar de usar esa fórmula para financiar a las entidades territoriales autónomas y buscar otra fórmula que se basara en indicadores que tuvieran en cuenta las necesidades (*a needs-based system*) y no el gasto a llevar a cabo en Inglaterra. Otro informe en Gales, publicado por la *Holtham Commission on Funding and Finance for Wales* que señaló que el sistema actual de financiación era un sistema que infra-financiaba a Gales, que saldría ganando si se tuvieran en cuenta indicadores de necesidad. En dicho informe se discutían posibles indicadores para una futura reforma (la aplicación de esos indicadores supondría para Escocia un recorte de 4,5 millones de libras, lo que ilustra la sensibilidad del tema). Finalmente, en ese mismo año se aprobó el Informe Calman.⁸¹ La Comisión Calman tenía una encomienda que iba más allá que la de abordar el problema de la financiación en Escocia.⁸²

En el año 2007⁸³ se pusieron en marcha paralelamente dos debates sobre el sistema de *devolution* escocés, uno llamado *National Conversation*, liderado por el Gobierno minoritario del Partido Nacionalista Escocés y otro

80 Hazell, R. «The Conservative-Liberal Democrat Agenda for Constitutional and Political Reform», The Constitution Unit, 2010. http://www.ucl.ac.uk/public-policy/UCL_expertise/Constitution_Unit/149.pdf, punto 6.1.3, p. 41 y 42.

81 Hazell, R. «The Conservative-Liberal Democrat Agenda for Constitutional and Political Reform», The Constitution Unit, 2010. http://www.ucl.ac.uk/public-policy/UCL_expertise/Constitution_Unit/149.pdf, punto 6.1.3, p. 39 y 40.

82 Según Bogdanor, con la fórmula *Barnett*, Escocia recibe alrededor de un 20% más de dinero para gasto público por cabeza que Inglaterra. Bogdanor, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, p. 97.

83 En 2009 Bogdanor hacía un comentario sumamente interesante teniendo en cuenta los tiempos que corren: «Una circunstancia que favoreció la *devolution* entre los años 1999 y 2007 fue la expansión de la Economía. Los años que siguieron a 1999 fueron unos años de considerable expansión de los servicios públicos con lo que ni Edimburgo ni Cardiff podían decir que escaseaban los recursos por culpa de un Gobierno londinense cicatero. Se puede asegurar que la mayoría de los acuerdos (estructuras) políticos/as funcionan cuando las circunstancias económicas son favorables. Pero el incremento de las tasas de inversión en gasto público (recordemos, estamos en 2009) están empezando a bajar, y este proceso probablemente se acelere con la recesión, introduciendo serias tensiones en las relaciones entre Londres y las administraciones de las entidades autónomas. En un periodo de recesión las Administraciones de Cardiff y Edimburgo, que se financian mediante la subvención global proveniente de Londres, tendrán que aplicar recortes en sus gastos y ahí empezará el verdadero test para la *devolution*». *Idem*, p. 96.

llevado a cabo en el marco de la mencionada Comisión Calman, nombrada por el Parlamento escocés con el apoyo del resto de partidos de carácter unionista. La *National Conversation* publicó un informe (*White Paper*) donde, cuidadosamente, además de la posible independencia de Escocia se contemplaban otras posibilidades para incrementar el autogobierno escocés (transfiriendo más materias a Escocia desde Westminster, prácticamente la mayoría de las materias reservadas a Westminster por el *Schedule 5* de la Ley escocesa de 1998). Por su parte, a la Comisión Calman se le encomendó como misión «revisar la *Scotland Act* de 1998 a la luz de la experiencia, sugerir mejoras y cambios para que el Parlamento escocés sirviera mejor al pueblo escocés, mejorar el control y la responsabilidad financiera del Parlamento escocés y continuar reforzando la posición de Escocia dentro del Reino Unido».⁸⁴

En materia de financiación, la Comisión Calman buscaba incrementar la responsabilidad del Parlamento escocés por las medidas tomadas en materia de gasto mediante el incremento de la capacidad recaudatoria y la necesidad de dar así justificación del gasto realizado y de las políticas de inversión. Con el modelo de 1998 Escocia era responsable de recaudar aproximadamente un 14% de lo que gastaba, recaudación que se producía a través del margen en el impuesto sobre la renta de las personas físicas e indirectamente a través de la recaudación vía impuestos locales. Con la recomendación de la Comisión Calman, Escocia sería responsable de recaudar aproximadamente el 35% de lo que gasta en el ejercicio de sus competencias.⁸⁵

La recomendación de la Comisión Calman era que hubiera una parte del impuesto de la renta de las personas físicas que fuera escocesa. Se eliminarían 10 peniques de cada libra recaudada en el Reino Unido dejando ese espacio libre del impuesto en Escocia y el Tesoro británico deduciría esa cantidad que no recaudaba de la subvención en bloque que se otorga a Escocia para financiarse, dejando que el Ejecutivo escocés decidiera si mantenía en Escocia la recaudación de esos 10 peniques por libra, si lo rebajaba o si lo aumentaba. Se permitiría a Escocia pedir dinero prestado a su nombre dentro de un límite, en el marco del sistema de finanzas públicas del Reino Unido.⁸⁶ También se transferiría el control sobre algunos impuestos como

⁸⁴ Trench, A. «The Calman Commission and Scotland's disjointed constitutional debates», *Public Law*, 2009, p. 686-688.

⁸⁵ *Idem*, p. 690.

⁸⁶ *Idem*.

el de los sellos (*stamp duty*), tierras (*land tax*), vertederos (*landfill tax*), o tasas sobre vuelos (*air passanger duty*). El Gobierno laborista aceptó las propuestas (*Scotland Office*, 2009) y manifestó su intención de introducir cambios en la financiación escocesa en la siguiente legislatura (2011-2015). El nuevo gobierno conservador/liberal demócrata prometió publicar un informe para luego introducir los cambios en 2015. Si se apostara por una reformulación de la financiación sustituyendo la fórmula *Barnett* por otra fórmula basada en las necesidades, que no ha sido el caso, Escocia saldría perdiendo, pero la forma de convencer a los escoceses de que éste sería también un cambio necesario sería uniendo este cambio a la posibilidad de mayor autonomía para recaudar por vía de impuestos, lo que haría que Escocia no viera necesariamente reducidos sus ingresos.⁸⁷

5.3 · La actual discusión sobre el futuro de la *devolution* en Escocia

En relación con el reparto competencial, la Comisión Calman propuso algunos cambios, pero muy limitados en el reparto competencial, sugiriendo que se transfiriera alguna competencia nueva al Parlamento escocés, como también en algún caso que se devolvieran a Westminster algunas de las materias que ahora son objeto de la competencia del Parlamento escocés.⁸⁸ Trench destaca que la explicación de que la comisión no fuera hacia una fórmula de un incremento significativo de las competencias del Parlamento escocés debería buscarse en la composición de la Comisión. Esta Comisión estaba formada por liberales demócratas, que en 2006, a través del informe de la llamada Comisión Steel, habían defendido un sistema que llamaron de *devolution max* para Escocia, por miembros del Partido Laborista, que en 2007 habían defendido el *status quo* en su programa electoral de 2007, y por los conservadores, que se habían opuesto a la *devolution* en el referéndum de 1997. Además, la Comisión estaba compuesta por representantes de empresarios de Escocia que se habían mostrado en general escépticos con el sistema de *devolution* una década antes. Por eso, señala Trench, dada

⁸⁷ Hazell, R. «The Conservative-Liberal Democrat Agenda for Constitutional and Political Reform», The Constitution Unit, 2010. http://www.ucl.ac.uk/public-policy/UCL_expertise/Constitution_Unit/149.pdf, punto 6.6.1, p. 40.

⁸⁸ Trench, A. «The Calman Commission and Scotland's disjointed constitutional debates», *Public Law*, 2009, p. 689.

la composición de la comisión y la ambición de llegar a un informe final conjunto no es extraño que el informe optara más por la consolidación del modelo que por su transformación.

Sin embargo en otros círculos políticos escoceses se abogaba por avanzar hacia un modelo de *devolution max*. ¿Qué es la *devolution max*? Se preguntaba Michael Buchanan, periodista de la BBC en febrero de 2012. Haciendo una analogía con la Pepsi-Max que sería aquella Pepsi libre de grasas, la *devolution max* sería la «independencia libre de grasas», esto es, las competencias de un Estado independiente, pero sin la necesidad de mantener un ejército, el cuerpo diplomático y las embajadas, que quedaría reservado al Reino Unido. Michael Buchanan le pedía al secretario de los liberales demócratas, Michael Moore, que explicara qué era eso de la *devo max*. El secretario para Escocia del Partido Liberal Demócrata, aparte de reconocer que la idea era dar a Escocia más poderes, sostenía que la *devo max* era como una marca sin un producto detrás: el concepto estaba claro, dar más poderes a Escocia, pero no los detalles de lo que ello implicaría. Stewart Maxwell, miembro del SNP y del Parlamento escocés, señalaba que para él la *devolution max* sería la devolución de todos los poderes, menos defensa y asuntos exteriores, pero que en realidad su partido querría la independencia. Henry MacLeish, ex primer ministro laborista de Escocia, también interrogado por el periodista, enfocaba la *devolution max* hacia la autonomía fiscal.

¿En qué momento nos encontramos actualmente? El Parlamento británico aprobó en 2012 una ley que reforma la *Scotland Act* de 2012. Esta Ley cambia el nombre del Ejecutivo escocés a Gobierno escocés, da a Escocia más poder impositivo y capacidad de endeudarse en la línea de lo que proponía la Comisión Calman y aumenta discretamente las competencias del Gobierno y el Parlamento escocés. En materia de financiación trata de lograr mayor responsabilidad en el gasto por parte del gobierno autónomo vinculándolo con un mayor poder escocés de recaudación de impuestos. El sistema estará implantado para 2016. Entonces, el Gobierno escocés devendrá responsable de recaudar hasta un 30% de su presupuesto, cuando bajo el modelo anterior sólo era responsable de recaudar un 15% aproximadamente.⁸⁹ La Ley otorga al Parlamento escocés la posibilidad de fijar una cuota propia como parte del impuesto sobre la renta y prevé su implantación

⁸⁹ HM Treasury: *The Scotland Act 2012: a consultation on bond issuance by Scottish Government*, p. 4.

para abril de 2016.⁹⁰ Además, se traspasan los impuestos sobre residuos (vertederos) y sobre el traspaso de tierras desde abril de 2015. Por otro lado, se prevé la posibilidad de que se creen nuevos impuestos para Escocia y se prevé que el Parlamento escocés proponga la devolución de algún otro impuesto en un futuro. En fin, se permite al Gobierno escocés endeudarse (pedir préstamos al *National Loans Fund* y a bancos con ciertos condicionantes), sin que se pueda exceder el límite de los 2,2 mil millones de libras, y mantener un depósito de reserva con el dinero que se recaude que exceda de lo previsto para de esa forma cubrir la volatilidad de los ingresos futuros (se prevé incluso la posibilidad de que en un futuro el Gobierno británico pueda permitir al escocés emitir obligaciones). Como consecuencia de los nuevos poderes transferidos para poder recaudar más, se rebaja el dinero que Escocia recibe del presupuesto del Reino Unido (el *block grant*).

En cuanto al reconocimiento de nuevas competencias, la *Scotland Act* no es nada ambiciosa. Otorga al Parlamento escocés la posibilidad de legislar sobre determinadas armas y a los ministros escoceses la competencia de fijar la tasa máxima de alcoholemia en relación con la conducción de vehículos y fijar el límite de velocidad en las carreteras. También incluye alguna competencia nueva en la administración de los procesos electorales en las elecciones al Parlamento escocés y se ceden competencias en materia de uso de drogas por parte de los médicos para tratamientos para curar la drogadicción.

Las nuevas competencias han sido bien recibidas por el Gobierno escocés, aunque se califican de insuficientes en relación con la evolución de los acontecimientos y como una ocasión perdida.⁹¹ Y es que el Gobierno escocés es mucho más ambicioso.

El 25 de febrero de 2010 el Gobierno escocés (del SNP) publicó un informe donde incluía el borrador de su propuesta para la celebración de un referéndum regulado por una futura Ley de referéndum en Escocia [*Referendum (Scotland) Bill*], ley que debería ser aprobada en el Parlamento escocés.⁹² La Ley proponía una consulta con dos preguntas: la primera (a)

⁹⁰ HM Revenue and Customs: Devolved taxation in Scotland, en <http://www.hmrc.gov.uk/news/news-calman.htm>.

⁹¹ <http://newsnetscotland.com/index.php/component/content/article/7-politics/5294-scotland-act-powers-set-to-be-transferred-but-already-out-dated-say-snp>; <http://www.bbc.co.uk/news/uk-scotland-17903145>.

⁹² El documento se puede leer en <http://www.scotland.gov.uk/Publications/2010/02/22120157/0>. El problema era que el SNP en esa legislatura gobernaba en minoría, como

sobre si se le debería «devolver» al Parlamento escocés mayores competencias, la segunda (b) sobre si se le deberían transferir al mismo poderes que permitieran a Escocia convertirse en un país independiente. La primera pregunta (a) sería la que comprendería la *devolución total o devolución max (full devolution o «devolution max»)*. Dentro de la primera pregunta (a) el elector podía, a su vez, decantarse por dos opciones, la primera opción daría a Escocia responsabilidad sobre casi todos los asuntos internos y sobre prácticamente todos los ingresos y gastos públicos en Escocia. El Parlamento del Reino Unido continuaría teniendo competencias en materia de defensa, asuntos exteriores, regulación financiera, política monetaria y moneda. La segunda opción sería a favor de una extensión más modesta del sistema competencial siguiendo las recomendaciones de la Comisión Calman. El Gobierno escocés entendía que el sí para cualquiera de las preguntas se conseguiría con una mayoría de más del 50% de los votos y planteaba el posible referéndum como un referéndum consultivo, aunque esperaba que las instituciones del Reino Unido y Escocia actuaran en consecuencia.⁹³ El Gobierno escocés pretendía que la Ley se aprobara en 2010, pero ésta no llegó a aprobarse, dada la aritmética de las fuerzas políticas con representación en el Parlamento escocés en esa legislatura.

Las elecciones británicas de 2010 y escocesas de 2011 trajeron un cambio de escenario. Desde mayo de 2010 David Cameron, del Partido Conservador, gobierna en el Reino Unido junto a los liberal-demócratas de Nick Clegg, mientras que el SNP de Alex Salmond ha conseguido por fin la mayoría absoluta en Escocia. Ahora bien, hay un elemento que se ha colado también en escena, la crisis económica. Cameron, con la sensación de haber perdido las riendas de la iniciativa política en relación con Escocia tras el ascenso del SNP, declaró en enero de 2012 que apoyaría la convocatoria de un referéndum en Escocia si la pregunta se ceñía a un sí o no a la independencia y se celebraba antes de 18 meses, no en el año 2014 como pretendía Alex Salmond. Los analistas señalaban que el SNP vaticinaba una derrota si el referéndum se celebraba tan pronto y que por eso preferían, además, que se ofreciera la alternativa a los electores de la *devolution max*. Además, la crisis económica también pesa en los inde-

hemos visto más arriba y sólo contaba con el apoyo del Partido Verde, por lo que la Ley no salió adelante.

93 MacQueen, H. & Wortley, S. «Consultation on Independence referendum», *Edinburgh Law Review*, 2010, p. 187.

pendentistas, que sostienen que si el dinero del petróleo del mar del Norte se quedara en Edimburgo no necesitarían subvenciones de Westminster, pero a la vez ven como sus dos modelos más invocados, Islandia e Irlanda han sufrido el azote de la crisis. Por eso se dice que el SNP buscaría más que la independencia más autonomía.⁹⁴ En cualquier caso, desde enero de 2012 se sucedieron las negociaciones entre el Gobierno de Cameron y el Gobierno escocés. El 15 de octubre de 2012 se selló finalmente el acuerdo sobre el referéndum escocés.⁹⁵

El acuerdo implicó cesiones por ambos bandos. Siguiendo los deseos del Gobierno escocés, se acordó que el referéndum se celebraría antes de que finalizase 2014 y podría votar aquellos que tuviesen dieciséis y diecisiete años si así lo decidía el Parlamento escocés. Ahora bien, tal como quería el Gobierno Cameron, la pregunta del referéndum será sólo una pregunta con respuesta afirmativa o negativa sobre si los escoceses quieren la independencia, no se incluirán más preguntas sobre otras opciones como la *devolution max*. Las encuestas en el momento de la firma del acuerdo señalaban que una mayoría de los cuatro millones de escoceses se oponían a la independencia (un 55%), frente a un tercio que se mostraban favorables a la misma (34%).⁹⁶ Cameron declaró que respetaba el hecho de que los escoceses hubieran votado en las urnas mayoritariamente a un partido que abogaba por el referéndum y que por ello habían negociado para que éste se llevara a cabo de una forma legal, justa y decisiva,⁹⁷ pero ¿cómo se articulará el referéndum para que se cumplan estos requisitos?

Según el acuerdo, dado que la celebración del referéndum se considera una materia constitucional y por lo tanto reservada al Reino Unido (dentro del esquema competencial que delinea la *Scotland Act*), será una *order in council* –a las que ya hemos hecho referencia– la que permita, de acuerdo

94 «Cameron practica el fuera de juego», *El País*, domingo 15 de enero de 2012. «Salmond busca más competencias», *El País*, domingo 15 de enero de 2012.

95 <http://www.guardian.co.uk/politics/2012/oct/15/alex-salmond-scotland-referendum-deal>.

96 El apoyo a la independencia ha caído en los últimos meses. En febrero de 2013 el diario *El País* informaba de que sólo el 23% de los escoceses se mostraban favorables a la independencia, mientras que un 61% declaraba que era favorable a un mayor traspaso de competencias a Escocia. «Cameron presiona a Escocia para que siga unida a Londres», diario *El País*: http://internacional.elpais.com/internacional/2013/02/10/actualidad/1360534975_952571.html.

97 <http://www.bbc.co.uk/news/uk-scotland-13326310>.

con la sección 30 de la *Scotland Act*, la celebración del referéndum en Escocia y que el Parlamento escocés regule la celebración de dicho referéndum, puesto que si no el referéndum no tendría respaldo legal. El traspaso de poder para celebrar el referéndum es temporal, sólo hasta finales de 2014. El Gobierno de Escocia es quien debe promover la tramitación de la legislación para la celebración del referéndum en el Parlamento escocés, que deberá contener: la fecha de celebración del mismo, la edad a partir de la cual se tendrá derecho de voto, la formulación de la pregunta, las reglas de financiación de la campaña y otras reglas sobre la forma de conducir el referéndum. La Comisión Electoral Británica, que es un organismo independiente, supervisará la formulación de la pregunta, la financiación de la campaña y la designación de los grupos que pueden tomar parte oficialmente en la campaña. Los gobiernos británicos y escocés se comprometen a que la celebración del referéndum se haga procurando la confianza de la gente, los parlamentos y el Gobierno, y de forma tal que sea un test justo y decisivo sobre la verdadera voluntad de la gente en Escocia, y se comprometen en el caso de que se cumplan estas condiciones a respetar los resultados.⁹⁸ El 21 de marzo de 2013 el primer ministro escocés Alex Salmond presentó ante el Parlamento Escocés el Proyecto de ley sobre el referéndum de independencia escocés (*Scottish Independence Referendum Bill*). En él se establece que el referéndum se celebrará el 18 de septiembre de 2014, que podrán votar los mayores de 16 años y que la pregunta será si Escocia debería ser un país independiente, a lo que los escoceses podrán responder sí o no.⁹⁹ Si el resultado del referéndum fuera favorable a la independencia y se viera que existe una auténtica voluntad en Escocia en ese sentido, deberían iniciarse entonces las negociaciones entre el Gobierno del Reino Unido y el Gobierno de Escocia para acordar los términos de la misma.¹⁰⁰

Veremos qué ocurre, pero una vez más, en este caso, la política ha jugado un papel fundamental. El Gobierno del Reino Unido ha llegado a un compromiso político, pues estaba en sus manos la celebración del referéndum al ser materia constitucional, y se ha servido de los instrumentos que

98 <http://www.guardian.co.uk/politics/2012/oct/15/scottish-independence-referendum-agreement>; <http://www.guardian.co.uk/politics/2012/oct/15/alex-salmond-scotland-referendum-deal>; <http://www.bbc.co.uk/news/uk-scotland-13326310>.

99 <http://www.scotsman.com/news/politics/top-stories/scottish-independence-referendum-date-september-18-1-2849108>.

100 <http://www.bbc.co.uk/news/uk-scotland-13326310>.

le dejaba el derecho, la *Scotland Act*, para poder comprobar legalmente si existe una verdadera voluntad de independencia en Escocia.

6 • El control judicial de la distribución competencial

El sistema de *devolution* incluye el control jurisdiccional de la distribución territorial del poder. Este control se lleva a cabo en última instancia por el nuevo Tribunal Supremo británico¹⁰¹ (hasta su implantación era el *Privy Council* el que tenía la competencia para llevar a cabo este control). El Tribunal Supremo británico (que se desgajó de la *House of Lords*) es el Tribunal de apelación último del sistema jurisdiccional británico excluyendo los asuntos de Derecho penal escocés cuando no se encuentre involucrada una cuestión de *devolution*. El Tribunal Supremo es también el árbitro final de los conflictos competenciales y gracias a la legislación de la *devolution* se ha convertido en el Tribunal que armoniza la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en las diferentes jurisdicciones existentes en el Reino Unido, incluyendo también en este único aspecto la jurisdicción penal escocesa, pues ésta sí es una cuestión de *devolution* (*a devolution issue*).¹⁰² El Tribunal Supremo del Reino Unido no es el Tribunal Supremo en materia de jurisdicción criminal escocesa y los escoceses tienen miedo de que mediante su competencia para escuchar en apelación todos los casos en los que una ley o norma escocesa sea *ultra vires* y plantee una *devolution issue*, éste acabe extendiendo su jurisdicción más allá de dónde le corresponde.¹⁰³

En cualquier caso, como los parlamentos de Escocia, Irlanda del Norte y Gales son parlamentos «subordinados» (*devolved*), no son soberanos y no gozan de la supremacía parlamentaria de la que goza el Parlamento del

101 De acuerdo con la Constitutional Reform Act de 2005.

102 Cornes, R. «Gains (and dangers of losses) in translation. The leadership function in the United Kingdom's Supreme Court, parameters and prospects», *Public Law*, 2011, p. 510 y 513.

103 Page, A. «Final appellate jurisdiction in the Scottish legal system: the end of the anomaly?», *Edinburgh Law Review*, 2010, p. 272. Jamieson, I. «Scottish criminal appeals and the Supreme Court: quis custodiet ipsos custodiet?», *Edinburgh Law Review*, 2012, p. 77 y s.

Reino Unido,¹⁰⁴ el Tribunal Supremo puede declarar que una ley de estos parlamentos, al igual que un acto de los gobiernos a autoridades públicas de estas entidades territoriales es *ultra vires* y anularla, cosa que no puede hacer con las leyes de Westminster.

En el caso de Escocia, la sección 29 (1) de la *Scotland Act* dispone que una ley del Parlamento escocés no será ley si cualquier parte de la misma está fuera de la competencia legislativa del Parlamento, y lo estará si forma parte de la ley de otro territorio u otro país diferente del escocés o confiere o elimina funciones ejercitables fuera del ámbito escocés, si la norma afecta a materias reservadas según el *Schedule 5* o si rompe con las restricciones del *Schedule 4*, si es incompatible con el CEDH o si es incompatible con el derecho de la UE o si elimina al *Lord Advocate* como cabeza del sistema acusatorio escocés en materia criminal. Como se puede observar, el control ejercido por el Tribunal Supremo va más allá de la mera distribución de competencias.

Para intentar que estos conflictos, conocidos como *devolution issues* no se produzcan, la Ley determina que se certifique por el ministro encargado de introducir el anteproyecto de ley que éste se encuentra dentro de las competencias del Parlamento escocés, o por el *Presiding Officer* en todas las leyes, y se permite que el secretario de Estado para Escocia o el *Law Officer* pueda interponer un recurso al Tribunal Supremo antes de que la ley sea aprobada. Por su parte, la sección 101 de la Ley establece que si cabe una interpretación de la ley que haga a ésta *intra vires* siempre deberá recurrirse a dicha interpretación. En el caso de Irlanda del Norte, la Ley irlandesa de 1998 en la sección 83 (1) también exige a los tribunales hacer una interpretación *intra vires* de las leyes siempre que ello sea posible. Por otro lado, la sección 102 (2) de la ley escocesa establece que si el tribunal que juzga la *devolution issue* determina que la ley no respeta el marco competencial propio, entonces emitirá una orden en la que o bien eliminará sus efectos retroactivamente o bien los limitará o bien suspenderá sus efectos por un período de tiempo y bajo condiciones para que el defecto sea corregido.¹⁰⁵ La sección 29 (3) de la *Scotland Act* establece que se puede entender que una ley escocesa invade competencias reservadas

104 Hadfield, B. «Devolution, Westminster and the English Question», *Public Law*, 2005, p. 290.

105 Winetrobe, B. K. «Scottish devolved legislation in the courts», *Public Law*, 2002, p. 33-35.

estudiando su propósito teniendo en cuenta los efectos que produzca en cualquier circunstancia!¹⁰⁶

Análogamente, en Irlanda del Norte la *Northern Ireland Act* de 1998 contempla los casos en los que la legislación de Irlanda del Norte será *ultra vires*: la Asamblea no puede adoptar medidas que se extiendan fuera de Irlanda del Norte, que sean incompatibles con la *Human rights Act* de 1998 (que es la que incorpora el CEDH en el Reino Unido), que vayan en contra del Derecho de la UE o que discriminen en función de creencias religiosas u opinión política (sección 6 de la *Northern Ireland Act* de 1998). También, al igual que en Escocia, se establecen garantías para que la Asamblea legisle dentro de sus competencias (sección 11 de la Ley): el ministro encargado de la ley o el *Presiding Officer* certifican que en su opinión el proyecto de ley es competencia de la Asamblea irlandesa, o bien el fiscal general (*Attorney General*) para Irlanda del Norte refiere la cuestión al Tribunal Supremo incluso antes de que se apruebe la ley. Y también se someten las leyes y actos de las autoridades de Irlanda del Norte al control por los tribunales para ver si son *ultra vires*, siendo como hemos dicho el Tribunal Supremo el que tiene la última palabra.

Por su parte, el *Government of Wales Act* de 2006 al definir las nuevas competencias legislativas de la Asamblea de Gales determina en su sección 108 que cualquier supuesta ley de la Asamblea que no respete las competencias propias según el esquema que explicamos en el epígrafe correspondiente no es en realidad ley. Además, la ley de la Asamblea excederá de sus competencias si su alcance va más allá del territorio de Gales y también cuando se vulnere el CEDH o el Derecho de la UE.

Tanto en Escocia como en Irlanda del Norte o Gales el conflicto competencial puede surgir en los tribunales y éstos resolver ellos mismos el asunto o enviar el asunto a un tribunal superior para que lo resuelva (el tribunal inferior suspenderá la causa hasta que se resuelva la cuestión), existiendo un derecho final de apelación ante el Tribunal Supremo. La cuestión se puede plantear también directamente ante el Tribunal Supremo por ciertas autoridades competentes para ello, como veíamos en el caso del fiscal general de

106 Sobre el peligro de que los jueces declaren inválidas las leyes que entren dentro de la materia competencial propia de un territorio autónomo por el impacto que puedan causar en otras materias ajenas a su competencia y la forma en que ello podría reducir la competencia del poder legislativo autónomo, véase Walters, M. & Craig, P. «The courts, devolution and judicial review», *Public Law*, 1999, p. 299.

Irlanda del Norte. Es el caso también del fiscal general o el *Lord Advocate* o el *Advocate General* en Escocia que pueden impugnar la ley ante el Tribunal Supremo antes incluso de que la misma sea aprobada (véase también la sección 99 de la *Government of Wales Act 2006*, donde se incluyen análogos poderes para las instituciones correspondientes de Gales).

La mayoría de los casos que han llegado hasta los tribunales por ahora son casos de vulneración del CEDH por parte de las leyes de los parlamentos autónomos, por lo que aún no hay una jurisprudencia consolidada sobre la distribución territorial del poder a la que podamos hacer referencia aquí.

7 · Westminster y la cuestión inglesa (o *West Lothian Question*)

La descentralización asimétrica plantea un problema que aún no ha sido resuelto y que viene formando parte de la agenda política en el Reino Unido desde que se aprobó el sistema de *devolution*: Inglaterra no goza de un sistema de autonomía, a diferencia del resto de las entidades territoriales que conforman el Reino Unido. Lo cierto es que no existe un nacionalismo fuerte en Inglaterra, en donde los ingleses no distinguen particularmente entre el hecho de ser ingleses y el hecho de ser británicos. La *devolution* se entendió más como una solución para la percepción de falta de legitimidad del Gobierno británico en los territorios no ingleses del Reino Unido.¹⁰⁷ El Parlamento de Westminster, antes de la descentralización territorial del poder en el Reino Unido legislaba en asuntos domésticos tanto para Escocia, como para Irlanda del Norte, como para Inglaterra y Gales conjuntamente (dados los diferentes sistemas legales vigentes en cada territorio del Reino Unido) y además operaba como Parlamento del conjunto del Reino Unido cuando se trataba de cuestiones que afectaban a todo el país (defensa, política económica, etc.).¹⁰⁸ Ahora, tras la introducción de la autonomía en Gales, Escocia e Irlanda del Norte, Westminster sólo tiene plenos poderes legislativos para aprobar leyes inglesas, y es un Parlamento *quasi-federal* sobre todo para Escocia e Irlanda del Norte, ya que Gales tiene menos competencias, aunque como sabemos cuenta también ya con competencias legislativas (lo que plantea numerosos inconvenientes porque el sistema legal galés e inglés

107 Bogdanor, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, p. 99.

108 Hazell, R. «The English question: can Westminster be a proxy for an English Parliament?», *Public Law*, 2001, p. 269.

están estrechamente unidos). Inglaterra, que es el territorio del Reino Unido con una mayor tasa de población (el 85% de los británicos viven en Inglaterra),¹⁰⁹ no tiene instituciones autónomas y el Parlamento de Westminster es a estos efectos también el Parlamento inglés. Esto ha conducido a que se planteara la cuestión *West Lothian*, conocida de esa forma porque Tam Dalyell, que era un parlamentario laborista escocés contrario a la *devolution* planteó que era injusto que los parlamentarios de Westminster elegidos en circunscripciones inglesas no pudieran votar leyes sobre educación, salud o vivienda que se fueran a aplicar en Escocia (pues son materias transferidas al Parlamento escocés), mientras que los parlamentarios elegidos como representantes en Westminster por circunscripciones escocesas podían votar sobre leyes que se fueran a aplicar en Inglaterra en tales materias (ya que no hay parlamento autónomo inglés, sino que las leyes inglesas se aprueban en Westminster). De hecho en 2007 David Cameron, actual primer ministro conservador, entonces en la oposición, le reprochaba a Gordon Brown, entonces primer ministro laborista en el poder, que ni él –Cameron– (elegido por una circunscripción cercana a Oxford) ni Brown (elegido por una circunscripción escocesa cercana a Edimburgo) podrían votar sobre política de hospitales, escuelas o vivienda para Escocia, pero que, sin embargo Brown sí podría votar leyes sobre vivienda, escuelas u hospitales que afectarían a la circunscripción por la que había salido elegido Cameron, que era una circunscripción inglesa, con lo que se habría creado una suerte de dos clases diferenciadas de diputados.¹¹⁰

Para tratar de solucionar el problema, lo primero que se abordó fue la necesidad de que la representación de diputados en Westminster provenientes de las circunscripciones de Escocia, Gales e Irlanda del Norte fuera equilibrada en relación con Inglaterra. Gales está sobrerrepresentado en Westminster, tiene 40 diputados mientras que por población, en proporción a Inglaterra, debería tener tan sólo 33 diputados. Pues bien, esto aún no se ha corregido.¹¹¹ Escocia estaba también sobrerrepresentada en el momento en que se produjo la *devolution*, con 72 de 639 diputados en Westminster, pero la sección 86 de la *Scottish Act* encargó la revisión de esta cifra¹¹² y

109 Bogdanor, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, p. 93.

110 <http://www.guardian.co.uk/politics/2007/jul/03/houseofcommons.scotland>.

111 Bogdanor, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, p. 97.

112 Hadfield, B. «The nature of devolution in Scotland and Northern Ireland: key issues of responsibility and control», *Edinburgh Law Review*, 1999, p. 7.

actualmente la representación escocesa es proporcional a la inglesa: tras las elecciones de 2010 Escocia tiene 59 diputados en Westminster e Inglaterra 533. Irlanda del Norte tiene 18.

De todas formas, el problema sigue estando en hasta qué punto los diputados que provienen de las circunscripciones donde hay descentralización territorial del poder están legitimados (a) para contribuir al debate en la *House of Commons* en cuestiones inglesas, (b) votar en estos asuntos y (c) incluso decidir con sus votos la cuestión planteada en contra de la mayoría de los parlamentarios que representarían a las circunscripciones inglesas¹¹³ (esto no es tan descabellado, pues, como explica bien Bogdanor, han existido gobiernos de signo laborista cuya mayoría dependía precisamente de los parlamentarios elegidos por Escocia).¹¹⁴ De hecho, quizás por ello no sea de extrañar que desde las filas laboristas *Lord Irving* se dijera que lo mejor que se podría hacer sobre la cuestión inglesa era parar de plantearse («the best thing to do about the West Lothian Question is to stop asking it»).¹¹⁵ Desde un punto de vista más elaborado se defiende que los parlamentarios son todos iguales; que el Parlamento británico sigue siendo soberano y por lo tanto libre de legislar sobre cualquier materia, incluso sobre aquellas «devueltas» a Escocia, Gales e Irlanda del Norte y que el Parlamento es el custodio de la unión, por lo que todos los diputados deberían tener el mismo estatus y ser capaces de votar sobre cualquier materia que se lleve al Parlamento de Westminster.¹¹⁶ En este sentido, Gordon Brown, interpelado por David Cameron en 2007, quien afirmaba que era necesario dar a los parlamentarios provenientes de las circunscripciones inglesas la palabra decisiva en las cuestiones que sólo afectaban a Inglaterra en Westminster, respondía rechazando la propuesta por entender que ello crearía dos categorías de diputados en el Parlamento británico.¹¹⁷ La propuesta de Cameron, ahora en el poder, también plantea problemas.

Pero antes, mencionaremos dos propuestas que se quedan a ambos lados de la propuesta de Cameron. En primer lugar se planteó la posibilidad de crear un Parlamento inglés, sin embargo dicha posibilidad ha sido mayori-

113 Hadfield, B. «Devolution, Westminster and the English Question», *Public Law*, 2005, p. 291.

114 Bogdanor, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, p. 99.

115 Citado por Hadfield, B. «Devolution, Westminster and the English Question», *Public Law*, 2005, p. 293.

116 *Idem*, p. 292 y 294.

117 <http://www.guardian.co.uk/politics/2007/jul/03/houseofcommons.scotland>.

tariamente rechazada.¹¹⁸ Se dice que la propuesta fracasaría, porque daría lugar a un estado federal que no funcionaría, dado que Inglaterra con el 85% de la población tendría un dominio desproporcionado.¹¹⁹ Por otro lado, se puso también sobre la mesa la posibilidad de incrementar el poder local en Inglaterra, en concreto el poder de las regiones. En 2003 el Gobierno de Blair aprobó la *Regional Assemblies (Referendums) Act* que permitía la celebración de referendos en Inglaterra para la creación de autoridades regionales. En noviembre de 2004 se celebró un referéndum en la región Noreste, que era la que más parecía apoyar la descentralización, y el referéndum fracasó.¹²⁰

Volviendo a la propuesta conservadora de «votos ingleses para las leyes inglesas» en Westminster (propuesta recogida en los programas conservadores a las elecciones del Parlamento británico en 2001, 2005 y 2010),¹²¹ la cuestión es ciertamente espinosa. Existe una primera dificultad (definitoria), que es la de identificar cuándo se está ante una ley inglesa. Una ley se puede extender a Gran Bretaña, al Reino Unido (que no es lo mismo, pues el Reino Unido no comprende las Islas del Canal ni la Isla de Man) o a Inglaterra y Gales. Muchas leyes tienen una extensión territorial diferente en distintas secciones de las mismas. Acoger la propuesta de los conservadores provocaría que tuvieran que hacerse dos o varias leyes sobre la misma materia o que la misma ley pasara por diferentes comisiones parlamentarias en su tramitación.¹²² Además, la cuestión se complica porque muchas leyes son leyes inglesas y galesas al mismo tiempo, no sólo inglesas (pues Gales e Inglaterra comparten el mismo sistema legal).¹²³

118 Hazell, R. «The English question: can Westminster be a proxy for an English Parliament?», *Public Law*, 2001, p. 268; Bogdanor, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, p. 93; Hazell, R. «The Conservative-Liberal Democrat Agenda for Constitutional and Political Reform», The Constitution Unit, 2010. http://www.ucl.ac.uk/public-policy/UCL_expertise/Constitution_Unit/149.pdf, punto 6.3.1, p. 44.

119 Hazell, R. «The Conservative-Liberal Democrat Agenda for Constitutional and Political Reform», The Constitution Unit, 2010. http://www.ucl.ac.uk/public-policy/UCL_expertise/Constitution_Unit/149.pdf, punto 6.3.1, p. 44.

120 Bogdanor, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, p. 93.

121 Hazell, R. «The Conservative-Liberal Democrat Agenda for Constitutional and Political Reform», The Constitution Unit, 2010. http://www.ucl.ac.uk/public-policy/UCL_expertise/Constitution_Unit/149.pdf, punto 6.3.2, p. 44.

122 *Idem*.

123 Hadfield, B. «Devolution, Westminster and the English Question», *Public Law*, 2005, p. 299.

Otro problema en relación con la propuesta conservadora radica en la debilitación que podría provocar en el sistema de Gobierno, con mayúsculas. Y es que si a algunos parlamentarios (por ejemplo, aquéllos que vienen de las circunscripciones escocesas) se les excluyera de votar determinadas leyes en la *House of Commons*, el Gobierno del Reino Unido se podría ver sometido a diferentes mayorías en las políticas que pretendiera conducir mediante leyes. Imagínense un Gobierno laborista que tenga la mayoría gracias a los parlamentarios escoceses, podría estar incluso en minoría en ocasiones en la votación de algunas leyes en Westminster, lo que minaría la cohesión del Gobierno y afectaría a los mecanismos de responsabilidad política. El contra-argumento que se da frente a este hecho es el de que si el Gobierno no tiene mayoría en las circunscripciones inglesas, en virtud del principio democrático debe respetar que sus propuestas no lleguen a ser leyes para Inglaterra y si no debe buscar un mayor consenso con las fuerzas políticas que tienen mayor representación en esos territorios.¹²⁴

Los conservadores propusieron en 2008, en un informe del *Conservative Democracy Task Force*, que los proyectos de ley (*bills*) ingleses que se calificasen así fueran votados en segunda lectura por el procedimiento normal en la *House of Commons* (con el voto de todos los parlamentarios), pero que luego en la fase de debate en comisión sólo estuvieran parlamentarios ingleses de diferentes partidos en proporción a su representación parlamentaria y que en la fase de informe también estuvieran sólo los representantes ingleses, debiendo pasar las leyes una tercera lectura en la que de nuevo tomarían parte todos los parlamentarios de la *House of Commons*. En esta tercera lectura, la mayoría (que sería la de aquel partido en el gobierno) debería admitir en bloque todas las enmiendas introducidas en la fase de comisión e informe o si no la ley sería rechazada y no se aprobaría. Esto al menos garantizaría que el Gobierno no viera aprobadas leyes contra su voluntad y que estas leyes no le fueran impuestas.¹²⁵ En estos momentos una comisión llamada la *West Lothian Question Commission*, cuya composición se dio a conocer por el Gobierno de Cameron y Clegg el 17 de enero de 2012, está trabajando sobre la cuestión.¹²⁶

124 *Ibidem*.

125 Hazell, R. «The Conservative-Liberal Democrat Agenda for Constitutional and Political Reform», The Constitution Unit, 2010. http://www.ucl.ac.uk/public-policy/UCL_expertise/Constitution_Unit/149.pdf, punto 6.3.2, p. 45.

126 <http://www.bbc.co.uk/news/uk-scotland-scotland-politics-16594976>.

8 · Las relaciones intergubernamentales

La creación de mecanismos que permitan una buena relación (y permanente conexión) entre los gobiernos de las diferentes entidades territoriales es fundamental para que funcione todo el sistema de la *devolution*.¹²⁷ En el Reino Unido predominan los mecanismos informales de relación entre el Gobierno central y su administración y los gobiernos y administraciones territoriales, frente a los mecanismos más formales, como el Comité Conjunto de Ministros. Son fundamentales los acuerdos entre los departamentos del Whitehall (el Gobierno central) y los gobiernos y las administraciones territoriales, acuerdos que se conocen como *concordats* y que contienen reglas sobre cómo deben relacionarse unas administraciones con otras, reglas que no son jurídicamente vinculantes sino que funcionan como guías para las diversas administraciones.¹²⁸ Estos acuerdos pueden tener naturaleza bilateral o multilateral (existen por ejemplo acuerdos entre las diferentes administraciones a nivel bilateral sobre la coordinación en asuntos de la UE). El propósito de estos acuerdos era en un principio asegurar la continuidad y una suave transición hacia el nuevo sistema. El más importante de estos acuerdos multilaterales es el *Memorandum of Understanding* (memorándum de entendimiento) y los acuerdos complementarios. Parte de este último acuerdo fue la creación del Comité Conjunto de Ministros (*Joint Ministerial Committee*), comité interministerial donde se reunirían los ministros de las administraciones territoriales con los ministros del Whitehall.¹²⁹

El Comité Conjunto de Ministros serviría de foro para discutir las diferentes cuestiones relacionadas con la política de descentralización territorial entre todos los territorios implicados; en él se resolverían teóricamente las disputas que pudieran surgir entre las diferentes administraciones.¹³⁰ Sería

127 Bradley, A.W. & Ewing, K.D. *Constitutional and Administrative Law*, 14th Edition, Pearson, 2007, p. 50.

128 El problema, señala Masterman, es que estos acuerdos entre administraciones pueden hacer que los acuerdos y relaciones entre administraciones queden fuera de la vista del público en general al no llevarse a cabo en reuniones visibles de órganos más formales (Masterman, R. «Review of “devolution”» by Noreen Burrows, *Public Law*, 2002, p. 589).

129 Poirier, J. «The functions of intergovernmental agreements: post-devolution concordats in a comparative perspective», *Public Law*, 2001, pp. 146 y 147.

130 Scott, A. «The Role of Concordats in the new governance of Britain: taking subsidiarity seriously?» *Edinburgh Law Review*, 2001, 5 (1), pp. 30-31.

el foro donde se tratarían cuestiones directamente relacionadas con competencias descentralizadas que tuvieran impacto en aquellas otras materias no descentralizadas y viceversa o, si así lo acordaban los territorios implicados, se abordaría el tratamiento de las políticas relacionadas con competencias descentralizadas en las diferentes partes del Reino Unido, algo de mucha importancia por ejemplo en materia de Estado de bienestar (pues muchas de las políticas que tienen que ver con el mismo son ahora competencia de los diferentes territorios autónomos¹³¹).¹³²

Pero este mecanismo de relaciones al más alto nivel se ha visto infrutilizado durante años. Este Comité puede adoptar diferentes variantes. En sesión plenaria reúne al primer ministro británico, a los primeros ministros escocés y galés, cada uno con el acompañamiento de otro ministro, al primer ministro norirlandés y al viceprimer ministro norirlandés, y a los ministros (*Secretaries of State*) para Escocia, Gales e Irlanda del Norte, que forman parte del Gobierno británico. También existe un Comité Conjunto ministerial para tratar asuntos europeos, y existían subcomités en materias como salud, pobreza o economía. Mientras que el Comité para asuntos europeos se reunía habitualmente y funcionaba bien, el resto de comités y subcomités no lo hacían. No hubo reuniones del Comité Conjunto ministerial entre 2002 y 2008. Los nacionalistas escoceses, desde que ganaron las elecciones en 2007, trataron de que este mecanismo formal de relación entre los gobiernos se pusiera en funcionamiento de nuevo. De hecho, el problema era que Tony Blair no quería hablar en un foro bilateral con los nacionalistas escoceses y por eso estos pidieron que se volviera a reactivar el Comité Conjunto. El Comité se reactivó y se reúne en tres formatos, el plenario, el de asuntos europeos y el doméstico (que reúne a los subcomités que existían anteriormente). La Comisión Calman también había criticado al Comité por sus insuficiencias y por la naturaleza puntual y *ad hoc* de sus reuniones. Consideraba que aunque los otros mecanismos informales de

131 El tema del diferente tratamiento de las políticas del Estado de bienestar y la posible fragmentación del Reino Unido en este campo y la posible desigualdad entre los ciudadanos del Reino Unido en función del lugar en el que habitan para la obtención de prestaciones sociales es algo que preocupa enormemente a Bogdanor, por ejemplo, y desde luego es fácil comprender por qué. Bogdanor, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, p. 110 y s.

132 *Scottish Affairs Committee-Fourth Report; Scotland and the UK: cooperation and communication between governments (House of Commons)*, sección 41. <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200910/cmselect/cmscotaf/256/25602.htm>.

relación entre los ministerios y funcionarios eran necesarios, prácticamente habían sustituido a estos otros mecanismos formales que eran necesarios para conducir las relaciones intergubernamentales a largo plazo.¹³³

El caso de Irlanda del Norte es especial, porque aparte de estos mecanismos, el Acuerdo de Viernes Santo introdujo sus propios organismos para estructurar las relaciones norte-sur y este-oeste. De hecho, otorgar la *devolution* a Irlanda del Norte era sólo una de las tres patas del acuerdo entre el Reino Unido y la República de Irlanda. La segunda pata era la creación de un Consejo Ministerial Norte-Sur, un organismo consultivo del que formarían parte la República de Irlanda e Irlanda del Norte (lo que daría a la República de Irlanda la oportunidad de opinar en temas de *devolution* en Irlanda del Norte), mientras que la tercera pata del acuerdo abordaría esas relaciones este-oeste con la creación de un Consejo Británico-Irlandés donde estarían representados los Gobiernos de la República de Irlanda y el Reino Unido, las administraciones de Escocia, Gales e Irlanda del Norte, las Islas del Canal y la Isla de Man. También se creó una Conferencia Intergubernamental entre el Reino Unido y la República de Irlanda para la discusión de cuestiones de interés común sobre Irlanda del Norte. El acuerdo de Belfast recogía el derecho de Irlanda del Norte a permanecer en el Reino Unido mientras la población quisiera, reconociendo también la aspiración de los católicos de que algún día Irlanda pueda estar unida. El primero de los derechos se reflejaría en la creación del Consejo Británico-Irlandés, mientras que la segunda aspiración vería cierto reconocimiento en la creación del Consejo Ministerial Norte-Sur. Así, el propósito del Acuerdo de Viernes Santo era crear las estructuras precisas para permitir un diálogo pacífico entre los que quieren la unión con la República de Irlanda y los que no.¹³⁴

En fin, como el Reino Unido conserva aún funciones relacionadas con Escocia, Gales e Irlanda del Norte, en el Gobierno británico existe un ministro para Gales, un ministro para Escocia y otro para Irlanda del Norte, si bien con menos funciones de las que tenían antes de la *devolution*.¹³⁵

133 *Idem*. Véase también, Trench, A. «The Calman Commission and Scotland's disjointed constitutional debates», *Public Law*, 2009, p. 694.

134 Bogdanor, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, p. 92 y 93.

135 Hadfield señala que quizás cuando el proceso de *devolution* se establezca los secretarios de Estado para Gales, Irlanda del Norte y Escocia serán sustituidos por un secretario de Estado único que se ocupe de la descentralización territorial. Hadfield, B. «The nature of devolution in Scotland and Northern Ireland: key issues of responsibility and control»,

9 · Conclusión

La *devolution* en el Reino Unido no ha hecho más que empezar su andadura y ya se han puesto sobre el tapete numerosas cuestiones que deberán ir resolviéndose poco a poco. Al igual que pasó en España, el cambio hacia un nuevo sistema de descentralización territorial del poder no ha significado un punto de llegada, ni se ha quedado en un diseño institucional y competencial inicial, sino que ha significado un punto de partida. Estamos ante un proceso, como se ha dicho, y el desarrollo de este proceso dependerá enormemente del juego de las fuerzas políticas que se produzca en los años venideros. Si algo cabe destacar del carácter británico, además del pragmatismo del que suelen hacer gala, que en este caso se ve reflejado en el trato diferente a cada uno de los territorios en función de lo que demandaba su historia «constitucional», es el enorme valor que en el Reino Unido se otorga a los compromisos y acuerdos políticos. En este sentido, parece que la Política con mayúsculas será decisiva en el devenir de la descentralización territorial en el Reino Unido, probablemente más de lo que puedan serlo los tribunales u otros mecanismos formales de resolución de las controversias sobre la distribución territorial del poder.

Bibliografía

- BOGDANOR, V. *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, p. 89-119 (capítulo 4).
- BRADLEY, A.W. & EWING, K.D. *Constitutional and Administrative Law*, 14th Edition, Pearson, 2007, pp. 35-50.
- CORNES, R. «Gains (and dangers of losses) in translation-the leadership function in the United Kingdom's Supreme Court, parameters and prospects», *Public Law*, 2011, pp. 509-532.
- HADFIELD, B. «The Belfast Agreement: sovereignty and the state of the union», *Public Law*, 1998, pp. 599-616.

Edinburgh Law Review, 1999, p. 23. Por ahora esto no ha ocurrido, aunque sí se han asignado los secretarios de Estado de Gales y Escocia al Departamento de Asuntos Constitucionales, junto al secretario de Estado de Asuntos Constitucionales (Hazell, R. «Merger, what merger? Scotland, Wales and the Department of Constitutional Affairs», *Public Law*, 2003, p. 650).

- «The nature of devolution in Scotland and Northern Ireland: key issues of responsibility and control», *Edinburgh Law Review*, 1999, pp. 3-31.
- «Devolution, Westminster and the English Question», *Public Law*, 2005, pp. 286-304.
- HAZELL, R. «Reinventing the constitution: can the state survive?», *Public Law*, 1999, pp. 84-103.
- «The English question: can Westminster be a proxy for an English Parliament?», *Public Law*, 2001, pp. 268-280.
- «Merger, what merger? Scotland, Wales and the Department of Constitutional Affairs», *Public Law*, 2003, pp. 650-655.
- «The Conservative-Liberal Democrat Agenda for Constitutional and Political Reform», The Constitution Unit, 2010. http://www.ucl.ac.uk/public-policy/UCL_expertise/Constitution_Unit/149.pdf.
- JAMIESON, I. «Scottish criminal appeals and the Supreme Court: quis custodiet ipsos custodies?», *Edinburgh Law Review*, 2012, pp. 77-83.
- LYNCH, P. «The Scottish Constitutional Convention 1992-1995», *Scottish Affairs*, núm. 15, 1996. http://www.scottishaffairs.org/backiss/pdfs/sa15/sa15_Lynch.pdf.
- MACQUEEN, H. & WORTLEY, S. «Consultation on Independence referendum», *Edinburgh Law Review*, 2010, pp. 187-188.
- MASTERMAN, R. «Review of “devolution”» by Noreen Burrows, *Public Law*, 2002, pp. 588-590.
- MORISON, John: «Law-making and devolution: the Northern Ireland experience», *Legal Information Management*, 2003, pp. 158-161.
- MULLEN, T. Review of «The state and the nations: the first year of devolution in the United Kingdom», edited by Robert Hazell, *Public Law*, 2001, pp. 818-819.
- MUNRO, J. «Thoughts on the “Sewel Convention”», *Scots Law Times*, 2003, pp. 194-196.
- PAGE, A. «Final appellate jurisdiction in the Scottish legal system: the end of the anomaly?», *Edinburgh Law Review*, 2010, pp. 269-272.
- POIRIER, J. «The functions of intergovernmental agreements: post-devolution concordats in a comparative perspective», *Public Law*, 2001, p. 146.
- RAWLINGS, R. Review of «Devolution in the UK», by James Mitchell, *Public Law*, 2009, pp. 860-861.
- «Hastening slowly: the next phase of Welsh devolution», *Public Law*, 2005, pp. 824-852.

- SCOTT, A. «The Role of Concordats in the new governance of Britain: taking subsidiarity seriously?», *Edinburgh Law Review*, 2001, 5 (1), pp. 21-48.
- SCOTTISH AFFAIRS COMMITTEE. Fourth Report. *Scotland and the UK: cooperation and communication between governments (House of Commons)*. <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200910/cmselect/cmsco-taf/256/25602.htm>.
- TRENCH, A. «The Government of Wales Act 2006: the next steps on devolution for Wales», *Public Law*, 2006, pp. 687-696.
- . «The Calman Commission and Scotland's disjointed constitutional debates», *Public Law*, 2009, pp. 686-696.
- TOMKINS, A. Review of «Delineating Wales: Constitutional, Legal and Administrative Aspects of National Devolution» by Richard Rawlings, *Public Law*, 2005, pp. 420-422.
- WALTERS, M. & CRAIG, P. «The courts, devolution and judicial review», *Public Law*, 1999, pp. 274-303.
- WINETROBE, B. K. «Scottish devolved legislation in the courts», *Public Law*, 2002, pp. 31-36.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL REPARTO DE COMPETENCIAS EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

ANTONIO ARROYO GIL

*Letrado de la Fundación Democracia
y Gobierno Local, profesor asociado de Derecho
Constitucional de la UAM*

SUMARIO: I. Introducción. II. Artículo 30 GG. 1. Norma constitucional básica de distribución de competencias. 2. Competencia general de carácter residual. 3. Reparto formal de las competencias. 4. Inexistencia de lagunas normativas y de solapamientos competenciales. 5. Límite a la cooperación y coordinación. 6. Inexistencia de una competencia total de la Federación o de los *Länder*. 7. Garantía de la estatalidad de la Federación y de los *Länder*. 8. Principio de subsidiariedad. 9. Unidad ordinamental, complementariedad competencial y principio de igualdad. 10. Aplicación material autónoma. 11. ¿Norma de reparto material de competencias, relación de regla-excepción, presunción competencial o cláusula residual a favor de los *Länder*? 12. Terminología y alcance. III. Indisponibilidad del reparto constitucional de competencias por parte de la Federación y de los *Länder*. IV. Remisiones legislativas entre la Federación y los *Länder*. V. La llamada *Kompetenz-Kompetenz*. VI. Núcleo irreductible de competencias (*Hausgut*) de los *Länder*. VII. Límites de la Federación y de los *Länder* en el ejercicio de sus respectivas competencias: el principio de lealtad federal. VIII. Interpretación y justiciabilidad de las normas constitucionales sobre reparto de competencias. IX. El confuso empleo de los términos «competencia», «facultad» y «tarea» en la Ley fundamental de Bonn. X. A modo de conclusión. Bibliografía.

I • Introducción

En cualquier estado políticamente descentralizado, uno de los elementos clave, si no directamente el principal, para determinar el grado de descen-

tralización efectiva y, por ende, de poder político que corresponde a cada una de las partes (estado central y estados miembros) que integran esa organización estatal compuesta es el reparto o distribución de competencias efectivo, es decir, dotado de contenido y constitucionalmente garantizado, entre cada una de las partes de esa relación federativa, fundamentalmente, en el ámbito de la legislación.¹

La República Federal de Alemania no constituye una excepción a este respecto;² de ahí que en las próximas páginas nos dediquemos a verificar

-
- 1 La literatura científica que avala esta tesis es muy abundante. Valga, por todos, Koller, A., Thürer, D., Dafflon, B., Ehrenzeller, B., Pfisterer, T. y Waldmann, B. *Principles of Federalism. Guidelines for Good Federal Practices –a Swiss Contribution*, Zürich, St. Gallen –Baden Baden, Dike Verlag– Nomos Verlag, 2012, p. 21 y s.; Watts, R. L. *Sistemas federales comparados*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 135 y s.; Anderson, G. *Una introducción al federalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 41 y s. En lengua castellana, véanse también los recientes trabajos de Blanco Valdés, R. L. *Los rostros del federalismo*, Madrid, Alianza Editorial, 2012, p. 194 y s., y Arroyo Gil, A. «Cualidad estatal, soberanía, autonomía constitucional y competencia en la República Federal de Alemania: las Constituciones de los *Länder*», REAF, núm. 16, 2012, p. 63 y s., donde se deja expresa constancia de esta idea nuclear de los sistemas políticos descentralizados.
 - 2 El mismo Tribunal Constitucional Federal se ha ocupado de recordarlo: *BVerfGE* 55, 274 (318). Y entre la doctrina científica, ya durante la época de Weimar, Gerhard Anschütz se encargó de dejar sentado que es en el reparto de competencias entre los órganos centrales del Estado y los así llamados periféricos o particulares donde se localiza, de manera evidente, una de las diferencias clave entre las distintas formas de organización territorial del poder. Véase Anschütz, G. «Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft» (Mitbericht von Dr. Karl Bilfinger), *VVDStRL*, Heft 1, 1924, p. 11 y s., doctrina que durante la vigencia de la Ley fundamental de Bonn se mantiene en términos prácticamente idénticos (véase, entre otros muchos, Stettner, R. «Artikel 70 GG (*Gesetzgebung des Bundes und der Länder*)», en Dreier, H. (ed.) *Grundgesetz Kommentar*, tomo II (*Artikel 20-82*), Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 1304; Erbguth, W. «Bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Bereich der Gesetzgebung (*Aktuelle Entwicklungen und allgemeine Grundlagen*)», *DVBl*, 1, 1988; Kenntner, M. *Justitiabler Föderalismus* (Zur Konzeption föderaler Kompetenzzuweisungen als subjektive Rechtspositionen), Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 119 y 197, que expresamente considera al reparto de las tareas estatales entre los diferentes niveles el «principio estructural esencial de la Constitución federal»; Münch, I. von. «Zuständigkeiten im Bereich der Gesetzgebung», en Münch, I. von (ed.) *Probleme des Föderalismus* (Deutsch-Jugoslawisches Symposium - Belgrad 1984), Tübingen, C. J. Mohr (Paul Siebeck), 1985, p. 143, por su parte, pone el acento en el reparto de las competencias en el ámbito de la legislación, valorándolo como una de las cuestiones más importantes que se plantean en un estado federal; Kimminich, O. «Der Bundesstaat», en Isensee, J. y Kirchhof, P. (ed.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, Heidelberg, C. F. Müller, 1987, p. 1122 y s., va más allá y mantiene que «la relación Federación-*Länder* se reduce

la certeza de este *a priori*, analizando los principios básicos que configuran ese reparto competencial en la Ley fundamental de Bonn, así como aquellas otras cuestiones adyacentes que, de forma más o menos directa, inciden en el mismo. En consecuencia, en el análisis se prescindirá de entrar en el estudio concreto de cada uno de los tipos legislativos a que se refiere la Ley fundamental,³ no porque ello carezca de interés, sino porque en este momento lo único que se pretende es ofrecer una «disección» de aquellos fundamentos constitucionales (en forma de preceptos concretos y principios de origen legal y, sobre todo, jurisprudencial) que nos permitan comprender por qué el sistema de distribución de competencias en Alemania es el que es.

El interés de una propuesta así creo que puede radicar en el hecho de ofrecer la posibilidad de conocer, con cierto detalle, no solo cuáles son las bases de la organización competencial en un estado federal al que se mira una y otra vez en busca de referentes válidos para el propio ordenamiento, en nuestro caso, el español, sino además en dirimir las exigencias que se derivan de esa organización para que la misma responda adecuadamente a los principios a los que ha de servir: claridad, responsabilidad y eficacia, entre otros.

II · Artículo 30 GG

1 · Norma constitucional básica de distribución de competencias

En la República Federal de Alemania el reparto de competencias entre la Federación y los *Länder* presenta unas características singulares que individualizan a aquélla en relación con otras estructuras de carácter estatal

(...) a la cuestión de las competencias»; Sachs, M. «Artikel 20 GG (*Verfassungsgrundsätze; Widerstandsrecht*)», en Sachs, M. (ed.) *Grundgesetz Kommentar*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2ª ed., 1999, p. 762, concibe, asimismo, la distribución constitucional de competencias en los estados federales como el aspecto principal de la Constitución federal.

3 Trabajo ya hecho que se puede encontrar en Arroyo Gil, A. *La reforma constitucional del federalismo alemán: Estudio crítico de la 52ª Ley de modificación de la Ley fundamental de Bonn*, de 28 de agosto de 2006, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 2009, colección «Con(Textos)A», núm. 11, p. 44 y s. Y con anterioridad a la reforma constitucional de 2006, Gómez Orfanel, G. y Arroyo Gil, A. «El reparto territorial de facultades legislativas y el *Bundesrat* en el federalismo alemán (1871-2006)», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 26, 2005 [publicado en 2007], p. 237 y s.

igualmente organizadas en torno al principio federativo. Así, mientras en el Estado federal alemán según la Ley fundamental de Bonn de 1949, los órganos centrales, pese a tener atribuidas la mayor parte de las facultades legislativas, han de compaginar las mismas en determinados campos materiales con otras funciones de ese mismo carácter conferidas a los *Länder*, en otros estados federales, básicamente los de corte anglosajón, prescindiendo de las peculiaridades propias de cada uno de ellos, por regla general o bien se atribuyen al estado federal o a los estados miembros todas las funciones de tipo legislativo, ejecutivo y, en su caso, jurisdiccional, sobre un concreto ámbito material (distribución horizontal de competencias), o bien a la federación se le confiere alguna de esas funciones, normalmente la legislativa, y a los estados miembros las restantes, por lo general las administrativas (reparto vertical de competencias).

El estudio de la distribución de competencias de carácter legislativo, ejecutivo y judicial en la República Federal de Alemania ha de partir del análisis de una norma constitucional de carácter básico,⁴ el artículo 30 GG, en virtud del cual:

4 De «norma fundamental general» (*allgemeine Grundsatznorm*) en lo relativo al reparto de competencias entre la Federación y los *Länder* en todos los ámbitos de la actividad estatal hablan Mangoldt, H. von y Klein, F. «Artikel 30 GG», en su obra *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II, Berlin und Frankfurt, Verlag Franz Vahlen GmbH, a. M., 2ª ed., 1966, p. 749. En el mismo sentido, véase Bothe, M. «Artikel 30 GG (*Funktion der Länder*)», en Wassermann, R. *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Reihe Alternativkommentare), tomo I, Neuwied-Kriftel-Berlin, Luchterhand, 2ª ed., 1989, p. 1760 y s.; März, W. M. «Artikel 30 GG», en Mangoldt, Klein, Starck, *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II (*Artikel 20 bis 78*), München, Verlag Franz Vahlen, 4ª ed. completamente revisada, 2000, p. 806; Erbguth, W. «Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)», en Sacks, M. (ed.) *Grundgesetz Kommentar*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2ª ed., 1999, p. 991; Erichsen, H.-U. «Die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten nach dem Grundgesetz», *Jura*, 7, 1993, p. 385.

El propio Tribunal Constitucional Federal ha considerado este artículo 30 GG como una «importante manifestación formal del principio federal» (*BVerfGE* 12, 205 (244); 36, 342 (365 y s.)), llegando a identificar incluso este principio federal con una fórmula de designación colectiva de las normas constitucionales relativas a la división de competencias (*BVerfGE* 55, 274 (318 y s.)). Crítico con esta idea de reducir el principio federal al principio de reparto de competencias, véase Šarčević, E. *Das Bundesstaatsprinzip*, Tübingen, Mohr Siebeck, p. 72 y s.

«El ejercicio de las facultades estatales y el cumplimiento de las tareas públicas es cosa de los *Länder*, en tanto esta Ley fundamental no establezca o admita ninguna otra regulación.»⁵

Este precepto, aun cuando en su literalidad supone una innovación de la Ley fundamental, constituye un buen ejemplo de las huellas históricas del constitucionalismo alemán en la vigente norma suprema y sus profundas influencias en el trabajo del Consejo Parlamentario encargado de redactarla. En efecto, tanto la Constitución imperial de 1871 como, sobre todo, la Constitución de Weimar de 1919, se habían basado en una presunción competencial básica a favor de los *Länder*, si bien no llegaron nunca a formularla expresamente, como ahora se hace en el artículo 30 GG. El proyecto constitucional del lago Herrenchiem, inspirado claramente en el modelo de la Constitución de Weimar, aceptó como principio elemental de la estructura de reparto del poder público el tradicional sistema alemán de desdoblamiento y separación de competencias entre las de carácter legislativo y aquellas otras de naturaleza administrativa. El mismo sirvió como propuesta indiscutida y tuvo una influencia decisiva en el trabajo de los diputados. Esta orientación de Weimar se vio fortalecida a causa de la procedencia de muchos de los miembros de la Comisión sobre distribución competencial de la Convención Constitucional, antiguos funcionarios ministeriales del *Reich* y del Ministerio del Interior, así como de la Administración interna bávara. Por ello, no es aventurado admitir que, dado el reconocimiento en la época de Weimar de la presencia de un principio no escrito de competencias enumeradas y, por ello, limitadas del *Reich* y, *a sensu contrario*, la presunción de la existencia de una competencia –residual– general de carácter formal de los *Länder*, el vigente artículo 30 GG encuentra aquí sus antecedentes más inmediatos.⁶

5 Artículo 30 GG. «Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zuläßt».

6 Oeter, S. *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 12 y s.; März, W.: «Artikel 30 GG» ..., p. 807 y s.

2 · Competencia general de carácter residual

De acuerdo con este artículo 30 GG, los *Länder* disponen de una competencia general de carácter residual, mientras que la Federación, por el contrario, únicamente puede ejercer aquellas facultades que tenga expresamente atribuidas en la propia Ley fundamental o en virtud de ella (competencias tasadas).⁷ Ello, sin embargo, no puede llamar a engaño pues, como veremos más adelante, al igual que sucedía ya en la República de Weimar, la mayor parte de las competencias en el ámbito de la legislación se encuentran atribuidas también ahora a la Federación, expresamente o por medio de cláusulas constitucionales abiertas que han sido interpretadas de manera muy generosa por los órganos centrales competentes, con la aquiescencia del Tribunal Constitucional Federal. Es ésta precisamente la nota más característica del proceso centralizador del federalismo alemán a que se trató de hacer frente, sobre todo, en la reforma constitucional de 2006, si bien con no demasiado éxito,⁸ pues lo cierto es que en el terreno legislativo, a partir de esa modificación, sigue siendo la Federación la que ostenta el protagonismo principal. De ahí que no se pueda dar por buena la expresión con la que el máximo intérprete de la Constitución se refiere a este precepto cuando sienta que el mismo estatuye la «primacía de la competencia de los *Länder*» (*Primat der Länderzuständigkeit*),⁹ pues ello podría conducir al juicio equivocado de que a éstos les corresponde la generalidad de las competencias o, al menos, las más significativas, cuando sucede, en realidad, lo contrario, al menos en el determinante campo de la legislación.¹⁰

7 Albertí Rovira, E. *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, Madrid, CEC, 1986, p. 81.

8 Sobre los trabajos preparatorios de la modificación de 2006 de la Ley fundamental, véase Arroyo Gil, A. *El federalismo alemán en la encrucijada* (sobre el intento de modernización del orden federativo en la República Federal de Alemania), Madrid, CEPC, Fundación Manuel Giménez Abad, 2006. Sobre los resultados de esa reforma, véase Arroyo Gil, A. *La reforma constitucional...*

9 *BVerfGE* 26, 246 (254).

10 Como observa Isensee, J. «Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz», en Isensee, J. y Kirchof, P. (ed.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo IV (*Finanzverfassung; Bundesstaatliche Ordnung*), Heidelberg, C. F. Müller, 2ª ed., 2000, p. 630, «[l]a cláusula general del artículo 30 GG (...) no permite [extraer] ninguna conclusión acerca del peso de las competencias».

3 · Reparto formal de las competencias

Esa lectura errónea del artículo 30 GG deriva, en buena medida, del hecho de que el mismo, en realidad, tan sólo se limita a diseñar, de manera general, un reparto *formal* de las competencias (completado a título particular, básicamente, por los artículos 70 y s. GG, en el campo de las facultades legislativas, los artículos 83 y s. GG en el de las ejecutivas, y los artículos 92 y s. GG en el de las jurisdiccionales). Sin embargo, el reparto *material* de las tareas públicas reside en otro lugar, en concreto, en los catálogos competenciales relativos a cada una de las facultades públicas, por un lado, y en el resto de las normas competenciales individuales «diseminadas» a lo largo de toda la Ley fundamental, por el otro.¹¹ Son estas disposiciones, y no las normas formales atributivas de competencias, las que nos dan la pauta del alcance real del poder público de la Federación y de los *Länder*. Una observación detenida de las mismas conduce a la conclusión ya señalada: en el ámbito de las facultades legislativas –las determinantes cuando de poder político se habla–, la Federación ostenta de manera creciente desde 1949 un claro sobrepeso en relación con los *Länder*, al que sólo coyunturalmente se ha pretendido poner freno, no siempre con resultados muy efectivos.

4 · Inexistencia de lagunas normativas y de solapamientos competenciales

Por otra parte, del artículo 30 GG se deriva también directamente el deseo del constituyente alemán de evitar la existencia o futura aparición de campos materiales libres de regulación. No hay lugar para las lagunas o los vacíos normativos en el seno del vigente ordenamiento jurídico germano.¹²

11 Pietzcker, J. «Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat», en Isensee, J. y Kirchhof, P. (ed.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller, tomo IV, 1990, p. 696 y s.; März, W. «Artikel 30 GG»..., p. 816. Para otra opinión, véase Mangoldt, H. von y Klein, F. «Artikel 30 GG»..., p. 749, quienes caracterizan al artículo 30 GG como norma de reparto material de competencias que adopta la forma de la técnica legislativa de una cláusula general competencial a favor de los *Länder*.

12 Stern, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I (*Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*), München, C. H. Beck, 2ª ed., 1984, p. 670 y s.; Isensee, J. «Idee und Gestalt...», p. 624; Berg, W. *Staatsrecht*

Una materia determinada, cualquiera que ésta sea, necesitada de regulación pública, o bien cae bajo el ámbito competencial de la Federación (si así está previsto o así cabe derivarlo de la Constitución federal) o bien bajo el de los *Länder*, e, incluso, tras la reforma de 2006, cabe la posibilidad de que tanto aquélla como éstos sean simultáneamente competentes para la regulación de determinadas materias.¹³ Los poderes públicos de uno u otro nivel, por consiguiente, no pueden eximirse de su responsabilidad legislativa apelando a la inexistencia de título competencial. Si hubiesen de proceder a la regulación de un determinado asunto o materia porque así lo demandaran las circunstancias sociales, políticas, económicas, medioambientales, etc., en todo momento, la Federación o los *Länder*, o ambos en la medida de su respectiva competencia, tendrán a su disposición un título de actuación o intervención que, de ser ejercitado válidamente, les otorgará cobertura jurídica frente a cualquier reproche proveniente de otras instancias. Lógicamente, la decisión de actuar o no en el ejercicio de la correspondiente competencia es una cuestión que, por regla general, queda a la discreción del órgano en cada caso competente, en tanto que las normas competenciales, por definición, no fundan ningún deber de actuación, al ser, en la terminología de Isensee, «normas de naturaleza hipotética».¹⁴

La separación competencial que establece el precepto objeto de estas reflexiones,¹⁵ por consiguiente, tiene, sobre todo, un significado técnico

(Grundriß des Staatsorganisationsrechts und der Grundrechte), Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden, Richard Boorberg Verlag, 2ª ed. 1997, p. 74; März, W. «Artikel 30 GG»..., p. 818; Albertí Rovira, E. *Federalismo...*, p. 81.

13 En otros lugares me he mostrado muy crítico con este nuevo tipo legislativo (legislación divergente de los *Länder*), posición que mantengo también en este momento por las mismas razones, que se pueden resumir en una: confusión de responsabilidades. Véase Arroyo Gil, A. *La reforma constitucional...*, p. 59 y s.; y Arroyo Gil, A. «La reforma del Estado federal alemán: un primer balance», en Tudela Aranda, J. y Kölling, M. (ed.) *La reforma del Estado Autonomico español y del Estado Federal alemán*, Madrid, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, «Cuadernos y Debates» 195, p. 135 y s. Una opinión más favorable a esta técnica legislativa en el magnífico estudio de Cabellos Espiérrez, M. A. «Nuevas formas de distribución competencial: la legislación divergente en el federalismo alemán», *REDC*, 96, 2012, p. 125 y s.

14 Isensee, J. «Der Bundesstaat - Bestand und Entwicklung», en Badura, P. y Dreier, H. (ed.) *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, tomo II, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 739 y s.

15 Mitigada, como se ha apuntado ya, con la introducción de la legislación divergente de los *Länder* a partir de la reforma de 2006.

organizativo orientado a un fin último: el reparto *completo* del poder público entre la Federación y los *Länder*. La atribución indiscutida de una determinada competencia a uno de los dos niveles estatales asegura la responsabilidad del mismo frente a los demás al tiempo que facilita los controles jurídico-políticos. Es ésta la intención que cabe derivar del artículo 30 GG cuando atribuye «el ejercicio de las facultades estatales y el cumplimiento de las tareas públicas» a los *Länder*, a no ser que la propia Ley fundamental «establezca o admita» alguna otra regulación. Un modelo de separación competencial de esta especie, además de garantizar un reparto claro de la responsabilidad entre los órganos centrales y los de los estados miembros, contribuye asimismo a disciplinar la actuación estatal al racionalizar el empleo de los medios públicos, impidiendo su duplicación cuando se trata de cumplir una y la misma tarea.¹⁶

La competencia, por tanto, fija el marco de actuación jurídica de una unidad organizativa estatal frente a las otras, eventualmente también frente a los particulares; estructura, por otro lado, la actuación pública desde el punto de vista del contenido, de modo que se produzca una conjunción y optimización de lo jurídicamente permisible y de lo fácticamente posible por parte de todos los implicados.¹⁷ Al mismo tiempo, el orden competencial ha de aspirar a atribuir cada una de las diversas competencias a un solo titular de poder público, de manera que no haya lugar a contradicciones, siendo esto algo que, en el terreno material, en ocasiones resulta sumamente complicado, dada la cercanía entre numerosos ámbitos materiales atribuidos constitucionalmente a la regulación de distintas instancias, pero que, en un plano estrictamente jurídico, ha de hacerse posible, salvo en lo relativo a la legislación divergente de los *Länder*, que, en sí misma, encierra el germen de esta contradicción entre el derecho federal y el de los *Länder*; y de ahí la crítica constante de que está siendo objeto.

Con todo, y dejando de lado ahora este singular tipo legislativo, tampoco existe completa unanimidad entre la doctrina a este respecto. De hecho, para algunos autores, tales solapamientos competenciales sí se producen,

16 Isensee, J. «Idee und Gestalt...», p. 623 y s. No obstante, insisto en que estas afirmaciones requieren de alguna matización respecto de los ámbitos materiales a que se refiere el artículo 72.3 GG, tras la modificación que experimentó en 2006, dado que la regulación de los mismos es competencia tanto de la Federación como de los *Länder*. Véase Arroyo Gil, A. *La reforma constitucional...*, p. 62 y s.

17 März, W. «Artikel 30 GG»..., p. 812.

lo que, en su opinión, explicaría la presencia de un precepto, el artículo 31 GG (prevalencia del derecho federal sobre el derecho de *Land*), que de otra forma estaría condenado prácticamente a la inaplicación, en tanto que cualquier conflicto competencial entre la Federación y los *Länder* encontraría su solución precisamente en la aplicación estricta de las normas constitucionales de reparto de competencias, tal y como sostiene otra parte de la doctrina, a la que me sumo.

5 · Límite a la cooperación y coordinación

Ese régimen básico de separación de las competencias federales y de los *Länder*, que constituye una de las claves de entendimiento del artículo 30 GG, se traduce también en una limitación, bien es cierto que de difusa concreción, para los intentos de coordinación de los *Länder* entre sí (el conocido como «tercer nivel» en el Estado federal alemán),¹⁸ así como para la cooperación entre éstos y la Federación (el «cuarto nivel»), al margen de las declaraciones jurídico-constitucionales expresas que a tal efecto puedan encontrarse.¹⁹ En efecto, sin negar la, más que posibilidad, necesidad de que en un estado políticamente descentralizado, como lo es el alemán, los distintos niveles estatales desempeñen su actividad, sea de carácter legislativo o ejecutivo, de manera coordinada y en cooperación entre sí, lo cierto es que existe también un límite a tales técnicas jurídicas y prácticas políticas, el derivado de la existencia de un reparto de competencias que, en último término, no se puede desdibujar por completo, pues ello iría fundamentalmente en perjuicio del buen funcionamiento de las instituciones, al disminuirse también así su responsabilidad, lo que, y esto es lo fundamental, sería susceptible de acarrear serios perjuicios a los ciudadanos.

La tensión a que se ven sometidas en todo estado federal las tendencias dualistas, favorecedoras de una separación estricta entre los ámbitos competenciales del Estado central y los de los estados miembros, por un lado, y las cooperativas, que propugnan una actuación coordinada y, en tal sentido, interrelacionada, de todos ellos, ha de resolverse en la búsqueda de

¹⁸ La Federación o el estado central es considerado el «primer nivel» en el Estado federal alemán, mientras que los *Länder* o estados miembros integran el llamado «segundo nivel».

¹⁹ März, W. «Artikel 30 GG»..., p. 824 y s.

un frágil equilibrio entre ambas, pues sólo así se podrá contribuir en mayor y mejor medida al desempeño efectivo de las numerosas e importantes tareas públicas que hoy en día corresponde asumir a los poderes públicos estatales. El artículo 30 GG así lo demanda al establecer una división competencial clara y no impedir la cooperación y la coordinación entre las distintas instancias estatales.

6 · Inexistencia de una competencia total de la Federación o de los *Länder*

Excepciones al margen, la mencionada separación y completud del reparto competencial que se deriva del artículo 30 GG supone, por definición, una negación del carácter completo de la competencia de la Federación y de los *Länder* individualmente considerados. Ni aquella ni éstos disponen de una competencia total como expresión de su cualidad de estados. Antes al contrario, tanto la competencia de una como la de los otros es de carácter parcial. Pero esto no puede servir de argumento, como sostiene Isensee, para cuestionar la estatalidad de ninguno de ellos de acuerdo con una teoría general del estado en virtud de la cual se presume la virtual competencia total de este último. Más bien, la atribución constitucional de determinadas competencias de tipo legislativo, fundamentalmente, pero también administrativo y, en su caso, jurisdiccional, es lo que sirve a una determinada organización del poder público de base sólida, junto con otros elementos, para merecer el calificativo de «estatal».

La República Federal de Alemania, en tanto que federación o estado global, es estado, en sentido jurídico-público, básicamente porque constituye una organización de poder público que se ejerce sobre un determinado territorio y sobre la población que habita en él. Y el atributo esencial del «poder público», más allá de su significado político o filosófico, se traduce jurídicamente en la existencia de unas determinadas competencias que son las que le permiten a aquél actuar en la configuración de la *res publica*. Algo similar cabría decir respecto de los *Länder*, salvando las distancias —no pequeñas— derivadas del hecho de que el elenco competencial de la Federación, en el determinante campo de la legislación, es muy superior, tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo, al de aquéllos.

En definitiva, que la Federación (alemana, en este caso) o los *Länder* no dispongan de una competencia total, sino solamente de unas cuantas (pero

significativas) competencias parciales, no les hace desmerecer la calificación de «estados» en toda regla. Porque, además, finalmente, como reconoce Isensee, esa *competencia total* se conformará mediante la adición de cada una de las competencias parciales que corresponden a aquella y a éstos.²⁰ Ahí radica precisamente la diferencia sustantiva entre un estado unitario y otro políticamente descentralizado, pero igualmente estado: en que en el primero, la totalidad de las competencias le están conferidas al poder central (único), mientras que en el segundo, tales competencias se encuentran repartidas, en su *totalidad* también, entre las instancias centrales y las llamadas periféricas.

7 · Garantía de la estatalidad de la Federación y de los *Länder*

Este artículo 30 GG, cimiento de todas las demás normas constitucionales dedicadas a la división formal de competencias entre la Federación y los *Länder* en el campo de la legislación (artículo 70 y s. GG), de la ejecución (artículo 83 y s. GG) y de la jurisdicción (artículo 92 y s. GG), constituye ya de por sí una garantía esencial del poder de actuación autónomo y responsable tanto de la Federación como de los *Länder*. De este precepto se deriva ya inequívocamente que en sus respectivos ámbitos competenciales aquella y éstos disponen de plena libertad para desplegar su poder público sin que la otra parte pueda impedirlo (dentro del respeto, claro está, a la totalidad del ordenamiento jurídico, fundamentalmente, a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales mencionados en el artículo 20 GG, y, como veremos más adelante, siempre que conduzcan su actuación de acuerdo con las exigencias –más o menos susceptibles de concreción– derivadas del principio de la lealtad federal).

²⁰ Isensee, J. «Der Bundesstaat...», p. 737 y s., se refiere al orden competencial de la Ley fundamental como el «núcleo jurídico duro» de la estatalidad de la Federación y de los *Länder*. Asimismo, en otro lugar, este mismo autor observa cómo el Estado federal de la Ley fundamental se corresponde a su manera con la imagen clásica de una *res publica composita* al diferenciar la unidad del Estado global en pequeñas unidades autónomas que permanecen entre sí vinculadas unas con otras (véase Isensee, J. «Idee und Gestalt...», p. 629). En un sentido similar, März, W. «Artikel 30 GG»..., p. 812 y s., se refiere al orden competencial de la Ley fundamental como una suma de todas las tareas (*Aufgaben*), competencias (*Zuständigkeiten*) y facultades (*Befugnisse*) de la Federación y de los *Länder*, reconociendo como función básica de aquél proteger tanto a una como a los otros de un mal uso del poder, en tanto que el mismo representa una «unidad que se constituye e integra en un orden global».

Esta función de protección de las normas competenciales «favorece especialmente a la parte política y financieramente más débil, a los *Länder*, por tanto», como acertadamente observa Isensee.²¹ Y es que, en efecto, las «naturales» tendencias expansionistas asociadas a todo poder central en un estado políticamente descentralizado, en tanto que, por lo común, se encuentra mejor dotado tanto desde un punto de vista económico como jurídico-institucional que las partes que lo integran, precisa de un muro de contención de rango constitucional tras el cual puedan ampararse estas últimas. Así, en la República Federal de Alemania, los *Länder*, al tener garantizados en la Ley fundamental determinados ámbitos competenciales, pueden desarrollar su actividad pública sin temor a una injerencia por parte de la Federación, que en caso de producirse podrá ser repelida por los procedimientos jurisdiccionales (no siempre más efectivos que los políticos, se ha de reconocer) a tal efecto previstos.

8 · Principio de subsidiariedad

Esta función de garantía del poder de actuación autónomo de la Federación y, sobre todo, de los *Länder*, que cabe derivar del artículo 30 GG, viene directamente asociada a la idea de subsidiariedad, presente en la concepción última de todo el sistema constitucional de división de competencias. El hecho de que, entre otras cosas, el artículo 30 GG parta de una presunción a favor de las competencias de los *Länder*, que el artículo 72.2 GG acuda al criterio de la imprescindibilidad (antes de la reforma de 1994, *necesidad*) para determinar cuándo la Federación está facultada para actuar en el campo de la legislación concurrente, y que el artículo 83 GG prevea una competencia general de los *Länder* para la ejecución de las leyes federales como asunto propio (en tanto la Ley fundamental no disponga o permita otra cosa), es suficiente prueba de que el reparto constitucional de competencias ancla sus raíces en el principio de subsidiariedad.

En términos generales, el constituyente, aun sin hacer mención expresa de este principio en el texto constitucional, sí se habría «inspirado» en él a la hora de decidir qué competencias corresponde ejercer a la Federación y qué otras quedan en manos de los *Länder*. A tal efecto, podría sostenerse,

²¹ Isensee, J. «Der Bundesstaat...», p. 740 y s.

aun con sumas reservas, que, de conformidad con el orden constitucional de distribución de competencias, a la Federación únicamente le estaría atribuido el desempeño de «aquellas facultades estatales y tareas públicas» que no pudiesen ser acometidas adecuadamente por los *Länder*. Ahora bien, ello no quiere decir, lógicamente, que una vez establecido el reparto competencial en la Constitución federal quepa aún acudir a aquel principio a fin de decidir a qué nivel estatal, si al de la Federación o al de los *Länder*, le corresponde ejercer la competencia en concreto. Esta es una cuestión que queda ya definitivamente cerrada en el texto constitucional.²² Es decir, cuando una competencia ha sido jurídico-constitucionalmente asignada, su observación no está sometida ya a ninguna obligación ulterior de justificación o de fundamentación, como, por ejemplo, la derivada del principio de subsidiariedad.²³

El problema fundamental en relación con el principio de subsidiariedad y el reparto de competencias se plantea, sin embargo, en otro terreno: el de las competencias no escritas o tácitas. En este campo, que en realidad no es otro que el de la interpretación de las normas competenciales, sí parece que el principio de subsidiariedad está llamado a jugar un rol mayor. Así, cuando existan dudas, por ejemplo, sobre a qué nivel estatal le corresponde el ejercicio de una determinada competencia, aparte de acudir a los criterios de interpretación desarrollados por el Tribunal Constitucional Federal relativos a las competencias en virtud de la naturaleza de las cosas, a las competencias en virtud de la conexión material y a las competencias anexas, habrá que tener en cuenta que del artículo 30 GG cabe derivar asimismo una pauta hermenéutica a favor de la competencia de *Land*,²⁴ que se sustentaría en el hecho de que la tarea pública en cuestión pudiera ser realizada

²² Salvo, claro está, en lo relativo a la legislación divergente de los *Länder*.

²³ Šarčević, E. *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 187 y s., quien, sin embargo, parece hacer suyas las objeciones que a este respecto formuló Stettner, R. *Grundfragen einer Kompetenzlehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, p. 299 y s., para quien entre las muchas funciones que cabe atribuir a las normas competenciales de la Constitución federal (función de constitución, integración, ordenación, prerrogativa, protección, legitimación o encomienda) no se encuentra la función de «realización» (*Realisierung*) del principio de subsidiariedad; más bien, al reparto constitucional de competencias, según Stettner, le correspondería preponderantemente la tarea de llevar a cabo una división carente de lagunas o vacíos de las facultades y tareas públicas que posibilite un efectivo funcionamiento del Estado federal.

²⁴ Algo que, por cierto, ya sucedía en el ámbito de la Constitución imperial de 1871, como pone de manifiesto Huber, E. R. *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, tomo III

mejor o más eficazmente por los *Länder* que por la Federación. Esto es, si una determinada materia, no atribuida expresamente a la competencia de la Federación por la Ley fundamental, precisara en un momento dado de regulación pública, habría que decidir si la misma ha de provenir de las instancias federales o de las de los *Länder*. En este caso, parece pleno de sentido defender que, en base al modo de distribución de competencias del artículo 30 GG y al principio de subsidiariedad derivable del mismo, se ha de preferir en todo momento el nivel estatal inferior sobre el inmediatamente superior, siempre y cuando aquél se encuentre en condiciones de acometer debidamente la regulación de la materia en cuestión.²⁵

9 · Unidad ordinamental, complementariedad competencial y principio de igualdad

No obstante el énfasis que se ha puesto en la separación competencial y en el carácter completo del reparto del poder público entre la Federación y los *Länder* en el seno de la Ley fundamental, conviene no perder de vista

(*Bismarck und das Reich*), Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, W. Kohlhammer Verlag, 3ª ed. revisada, 1988, p. 910.

- 25 Véase Schneider, H.-P. «Die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern nach dem Grundgesetz – eine Ausprägung des Subsidiaritätsprinzip?», en Kramer, J. (ed.). *Die Entwicklung des Staates der Autonomen in Spanien und der bundesstaatlichen Ordnung in der Bundesrepublik Deutschland - El desarrollo del Estado de las Autonomías en España y la evolución del Federalismo en la República Federal de Alemania* (Ein Spanisch-Deutsches Verfassungskolloquium – Coloquio constitucional hispano-alemán) [Deutsches Institut für Föderalismusforschung e.V., Hannover], Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 1996, p. 41 y s., quien, en este sentido, sostiene que el artículo 30 GG no se ha de entender solamente como un recurso técnico-jurídico formal, en el sentido de que todas las competencias se han de derivar de la Constitución como competencias escritas, sino que el mismo asigna también en cuanto al contenido el peso principal de la consumación de las tareas a los *Länder*, con la consecuencia de que todas aquellas facultades que puedan ser realizadas más eficazmente por los ayuntamientos o los *Länder* han de ser asignadas preferentemente a ellos sobre la Federación. Concluye su argumentación sosteniendo que en el ámbito de la Unión Europea se acude ya al llamado principio de subsidiariedad, de modo que lo que es cierto para Europa no puede ser falso para el orden federativo en la República Federal. En un sentido similar, ver Isensee, J. «Der Bundesstaat...», p. 745 y s., para quien el principio de subsidiariedad, tal y como ha sido desarrollado en la Unión Europea, se puede aplicar analógicamente también como regla de ejercicio competencial en el ámbito nacional, algo que, de hecho, ya ha sido demandado por el propio Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGE* 89, 155 (211 y s.)).

que, más allá de esto, el derecho federal y el derecho de *Land* constituyen un ordenamiento jurídico común, fundándose precisamente tal unidad en el orden constitucional de las competencias. Ello implica, entre otras cosas, que existe una complementariedad entre las competencias de los dos niveles estatales.²⁶

Finalmente, en un estado federal cualquier actuación de la Federación tendrá determinadas repercusiones para los estados miembros y viceversa. De ahí la necesidad de que el principio de lealtad federal oriente la actividad pública de todos los órganos estatales. Sin embargo, esa necesidad de complementariedad no está reñida con el hecho de que en el marco de sus respectivas competencias, cada *Land* pueda crear su propio derecho, potencialmente diferente en cuanto al contenido del que se pueda aprobar en otro *Land*, sin que el principio general de igualdad del artículo 3.1 GG suponga tampoco un obstáculo insalvable a este respecto, dado que el mismo, como ha reconocido el Tribunal Constitucional Federal, vincula a cada *Land* individual sólo en el marco de su propio orden competencial. Esto significa, entre otras cosas, que una ley de *Land* no será inconstitucional por el simple hecho de que se aparte materialmente de las correspondientes regulaciones de la Federación o de otros *Länder* o porque beneficie o perjudique comparativamente más a los ciudadanos propios que a los de otro *Land*.²⁷

En la Sentencia de 18 de julio de 1972 sobre el *numerus clausus* para estudios de medicina, el Tribunal, sin embargo, modifica ligeramente el acento de su anterior jurisprudencia y sostiene que dentro de su ámbito competencial el legislador de *Land* no está impedido de «adoptar regulaciones que se aparten de la legislación de otros *Länder* aun cuando los habitantes de su *Land* en la práctica puedan verse perjudicados o beneficiados» por tales medidas; el principio de igualdad, por tanto, en la estructura federalista no conmina a la uniformidad, dado que sólo se está obligado a observar un tratamiento igualitario en el seno del ámbito de validez de la constitución del respectivo *Land*; otra cosa es que la materia a regular por su naturaleza supere las fronteras del *Land* en cuestión y afecte, en esa

²⁶ Isensee, J. «Idee und Gestalt...», p. 643.

²⁷ Véase también *BVerfGE* 10, 354 (371); 11, 299 (305); 12, 131 (143); 12, 319 (324); 16, 6 (24); 17, 319 (331); 32, 346 (359 y s.); 33, 224 (231); 42, 20 (27); 51, 43 (59); 79, 158. En relación con la coexistencia autónoma de los ámbitos competenciales de la Federación y los *Länder*, véase la más reciente *BVerfGE* 98, 145 (157).

medida, a la posición jurídica de otros ciudadanos de la República Federal; en tal caso, los favorecimientos unilaterales de los ciudadanos de un *Land* podrían ocasionar un tratamiento desigual y, en consecuencia, rechazable, de los ciudadanos de otros *Länder*. En conclusión, cuando se trate de la protección de un derecho fundamental de los ciudadanos, que, como tal, vincula en igual medida al legislador de la Federación y al de los *Länder*, tanto aquél como éstos han de someter la regulación de la materia a un tratamiento uniforme, significando ello, en el caso concreto de esta Sentencia, la necesidad de que se establezca un sistema de admisión unitario a nivel federal para todos los estudiantes universitarios.²⁸

En definitiva, y pese a las matizaciones que introduce esta nueva jurisprudencia constitucional, el principio de igualdad no origina ninguna comunión de contenido de los ordenamientos jurídicos de los *Länder* más allá del estándar de homogeneidad del artículo 28.1 GG (necesidad de correspondencia del orden constitucional de los *Länder* con los principios del estado republicano, democrático y social de derecho de la Ley fundamental).²⁹

10 · Aplicación material autónoma

Como se ha apuntado con anterioridad, el artículo 30 GG constituye la regla general fundamental del reparto de competencias en la República Federal de Alemania. La misma encuentra su concreción, en el terreno de las facultades legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales, en los artículos 70 y s., 83 y s. y 92 y s. GG, respectivamente, que son, en ese sentido, *leges speciales* en relación con aquél. A este respecto, cabe preguntarse, con März, si, más allá de su carácter declarativo, al artículo 30 GG le queda aún algún margen autónomo de aplicación material. Dado que existen numerosas «facultades estatales y tareas públicas» de las que no se ocupan aquellos preceptos, sí cabe sostener que este artículo 30 GG establece la calificación

²⁸ BVerfGE 33, 303 (352 y s.).

²⁹ Isensee, J. «Idee und Gestalt...», p. 656; Oeter, S. *Integration...*, p. 426 y s.

jurídico-competencial (a favor de los *Länder*) de ámbitos esenciales de la vida pública, entre los que merecen ser destacados los siguientes:³⁰

- la legislación constitucional de *Land*;
- la ejecución del derecho de *Land*, así como la administración de *Land* en ausencia de ley, su organización y su procedimiento;
- la constitución y organización, así como la competencia y el procedimiento de la jurisdicción constitucional de *Land*;
- las formas y procedimientos de la cooperación de los *Länder* entre sí (si bien los contenidos quedan determinados ya por medio de los artículos 70 y s. GG).

De esta forma, de la combinación del artículo 30 GG, por un lado, y de los artículos 70 y s., 83 y s. y 92 y s. GG, por el otro, cabe deducir en cada caso el número y alcance de las competencias que quedan a disposición de los estados miembros, que, de acuerdo con las disposiciones de su propio derecho constitucional, y nuevamente dentro de los límites marcados por el respeto a los derechos fundamentales –federales– y a los principios constitucionales, decidirán autónomamente sobre el reparto interno de las mismas, atribuyéndoselas a unos u otros órganos.³¹

11 · ¿Norma de reparto material de competencias, relación de regla-excepción, presunción competencial o cláusula residual a favor de los *Länder*?

Aunque ya se ha hecho alguna referencia a esta cuestión con anterioridad, no está de más dar cuenta aquí de una discusión que desde hace tiempo tiene lugar entre la doctrina científica alemana acerca de la calificación a dar a la regla contenida en el artículo 30 GG.

Diferencias de matiz al margen, tanto para la mayoría de los autores consultados como para el Tribunal Constitucional Federal, el artículo 30 GG contiene lo que se ha dado en llamar una «presunción refutable (*widerlegbare Vermutung*) a favor de la competencia de los *Länder*», que sólo se

30 März, W. «Artikel 30 GG»..., p. 827 y s. Véase también Pietzcker, J. «Zuständigkeitsordnung...», p. 696, quien se refiere, en este sentido, al artículo 30 GG como «cláusula de acogida que, en caso de lagunas de las atribuciones competenciales especiales, atribuye la competencia residual a los *Länder*».

31 März, W. «Artikel 30 GG»..., p. 840.

podrá vencer cuando se pueda probar que la Constitución federal atribuye, expresa o implícitamente, la regulación de la materia de que en cada caso se trate a la competencia de la Federación.³²

No obstante, en contra de lo que pretende Šarčević³³ ésta no es una opinión unánimemente aceptada. Así, Pieroth, por ejemplo, califica incluso de malentendido tal caracterización, ya que las presunciones jurídicas afectan a la carga de la prueba de los hechos, mientras que aquí se trata fundamentalmente de una interpretación de carácter normativo.³⁴

Bothe, por su parte, afirma que técnico-jurídicamente este artículo 30 GG (así como las concreciones especiales del mismo: artículo 70 y 83 GG, para el ámbito de la legislación y de la administración, respectivamente) sólo establece una *relación de regla-excepción* entre las competencias de la Federación y las de los *Länder*, y el hecho de que la doctrina mayoritaria derive de ahí una «presunción» a favor de la competencia de los *Länder* sólo significa que para la misma este precepto representa una regla de interpretación de las normas competenciales federales o, mejor dicho, un postulado a favor de una interpretación amistosa con los *Länder*,³⁵ lo que, de igual

32 *BVerfGE* 11, 6 (15); 42, 20 (28). Véase, entre otros, Erbguth, W. «Bundesstaatliche Kompetenzverteilung...», p. 319; Schneider, H.-P. «Die Aufgabenverteilung...», p. 38 y s.; Šarčević, E. *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 156; Schneider, T. *Die Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes*, Kiel, Lorez-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften an den Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, 1994, p. 64; Isensee, J. «Der Bundesstaat...», p. 746, quien, sin embargo, en un trabajo anterior (Isensee, J. «Idee und Gestalt...», p. 582), rehúsa expresamente que el artículo 30 GG contenga una presunción jurídica general a favor de la competencia de los *Länder*, en tanto que entiende que la Constitución federal lleva a efecto una limitación y reparto definitivo de las competencias que niega, precisamente, la posibilidad misma de que tal presunción pueda darse.

33 Šarčević, E. *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 73, quien, en su búsqueda de la sede positiva del principio federal, sostiene infundadamente, como veremos, la existencia de unanimidad acerca de que el artículo 30 GG representa una cláusula general para el reparto de competencias entre la Federación y los *Länder*, al tiempo que contiene una presunción competencial a favor de estos últimos, concluyendo que este precepto establece, por tanto, una «relación regla-excepción» del reparto competencial.

34 Pieroth, B. «Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)», en Jarass, H.D. y Pieroth, B. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Kommentar), München, C. H. Beck, 4ª ed. 1997, p. 554.

35 Así, por ejemplo, para Erbguth, W. «Artikel 30 GG...», p. 992, el artículo 30 GG contiene una directriz interpretativa favorable a los *Länder* en aquellos casos en que, pese a los métodos de interpretación al uso, queden dudas acerca de la titularidad de la competencia.

modo, ha de ser matizado a la luz de la jurisprudencia constitucional, que repetidamente ha venido considerando la cuestión de la hermenéutica de los artículos 30, 70 y 83 GG como una manifestación singular de los problemas generales de interpretación de las normas especiales, en virtud de la cual se ha partir de la regla «las normas especiales se han de interpretar estrictamente».³⁶ En opinión de Bothe, habría que plantearse más bien si lo que este precepto contiene no es, en realidad, una *cláusula residual* a favor de los *Länder*.³⁷

En un sentido similar, März califica el artículo 30 GG como una «norma competencial residual a favor de los *Länder*» y descarta, por consiguiente, que se pueda hablar de una verdadera presunción competencial en sentido teórico-jurídico en el esquema de distribución de competencias de la Ley fundamental; por el contrario, mantiene que el artículo 30 GG se limita a establecer un reparto recíproco de competencias, siendo el problema, entonces, más bien de interpretación de las concretas normas competenciales materiales de la Federación.³⁸

Finalmente, Mangoldt y Klein, como ya se dijo, sostienen, en la línea de lo defendido por Maunz, que el artículo 30 GG no sólo contiene una «presunción de competencia» a favor de los *Länder*, sino también una norma de reparto competencial. Pese a ello, reconocen que carece, en buena medida, de objeto la discusión generada en torno a este tema. En su opinión, este precepto no es sino una *norma de reparto competencial material* que adopta la forma de la técnica legislativa de una cláusula general competencial a favor de los *Länder*.³⁹

Pues bien, sin ánimo de terciar resueltamente en esta polémica, sí corresponde aquí señalar que no parece que la misma, al margen de su alcance teórico-conceptual, como apuntaron los últimos autores mencionados,

36 *BVerfGE* 12, 205 (228 y s.); 15, 1 (17); 42, 20; 61, 149 (174, 209); 75, 108 (150).

37 Bothe, M. «Artikel 30 GG...», p. 1761. También Albertí Rovira, E. *Federalismo...*, p. 81, se refiere al «carácter residual» de la cláusula del artículo 30 GG, lo que no le impide más adelante concebir la atribución general de competencias a los *Länder*, derivada de ese mismo precepto, como una «verdadera presunción *iuris tantum* que sólo se destruye por disposición constitucional y cuya carga de la prueba corresponde al *Bund*».

38 März, W. «Artikel 30 GG»..., p. 818. También Pietzcker, J. «Zuständigkeitsordnung...», p. 696.

39 Mangoldt, H. von y Klein, F. «Artikel 30 GG»..., p. 749; Maunz, T. «Artikel 30 GG (*Funktionen der Länder*)», en Maunz, Dürig, Herzog y Scholz. *Grundgesetz Kommentar*, tomo III, C. H. Beck, entrega 20ª, 1982, p. 3.

tenga mayor relevancia en la práctica. Es más, bien visto, no parece que sean contradictorias entre sí cada una de las visiones expuestas, pues todas ellas parecen apuntar en la misma dirección. Además, cada una encierra algo de verdad y algo no tan cierto. En efecto, el artículo 30 GG puede ser considerado una norma de distribución competencial en tanto que determina de manera general qué competencias corresponden a la Federación y qué otras quedan en manos de los *Länder*.⁴⁰ Ahora bien, precisamente por tratarse de una declaración general, por sí solo es incapaz de resolver un caso concreto. Precisa, pues, de la concurrencia del resto de las disposiciones constitucionales para cobrar pleno sentido práctico.

También es posible referirse a él como manifestación de una relación de regla-excepción. La regla sería la competencia general de los *Länder* y la excepción, la concreta atribución competencial a favor de la Federación. No obstante, una calificación de esta índole también presenta algunas dificultades, entre las que no ocupa un lugar menor el hecho de que la misma pueda desenfocar la realidad de la cuestión: que la excepción es regla (y, viceversa, la regla excepción), porque, como hemos visto ya, no se puede desconocer que, sobre todo cuando hablamos de facultades legislativas, la mayoría de las mismas se encuentran atribuidas, expresa o implícitamente, a la Federación (lo cual se ha visto algo mitigado con la reforma constitucional de 2006).

Calificar al artículo 30 GG como presunción de competencia también tiene sus riesgos. En primer lugar, porque una calificación así parece ignorar que en la Ley fundamental de Bonn pretende llevarse a efecto un reparto exhaustivo de los ámbitos competenciales entre la Federación y los *Länder*, con lo que poco (o ningún) espacio quedaría para una tal presunción. Por otra parte, hablar de presunción implica inexorablemente introducir en la necesaria labor interpretativa de las normas constitucionales de distribución de competencias una «inclinación» favorable a la entidad estatal que goza de tal presunción, los *Länder*, en este caso. Ahora bien, esto último, más que constituir un argumento en contra del empleo de esta denominación, vendría a fortalecer la misma, pues, como se ha apuntado más arriba, no resulta inapropiado, sino todo lo contrario, entender que del artículo 30 GG se puede (debe) derivar una interpretación de las disposiciones constitucio-

40 Sin olvidar aquéllas que, a partir de la reforma constitucional de 2006, corresponden a la competencia de ambos, en virtud de lo previsto en el artículo 72.3 GG (legislación divergente de los *Länder*).

nales sobre distribución de competencias favorable a los *Länder*, siempre y cuando, se insiste, ello no fuerce en exceso, desvirtúe o, simplemente, contradiga el tenor literal de la concreta disposición constitucional atributiva de la competencia a la Federación.

Por último, entender que este artículo que nos ocupa constituye una cláusula residual a favor de los *Länder* tampoco deja de ser algo que encaja con dificultad en el tenor literal del mismo precepto, que más que a una cláusula de ese tipo parece querer referirse a una cláusula general (a favor de la competencia de los *Länder*). Además, por otro lado, esa caracterización en nada ayuda a resolver la concreta cuestión de a qué poder público, si al federal o al estatal (de los *Länder*), le corresponde ejercer una determinada competencia. Será preciso acudir aquí también al resto de las disposiciones constitucionales sobre reparto de competencias para poder resolver esta duda.

Así pues, y como suele ser común, lo determinante, en último caso, no será tanto cómo se defina el precepto en cuestión, sino la comprensión de lo que, en realidad, dispone o establece. Y eso parece estar fuera de toda duda: que mientras la Ley fundamental, expresa o implícitamente, no establezca otra cosa, la competencia sobre la materia correspondiente estará atribuida a los *Länder*. Lógicamente, en muchos casos será una cuestión de interpretación determinar si la regulación de una concreta materia ha sido, expresa o implícitamente, atribuida por la Ley fundamental a la Federación o no. En tal caso, junto a las reglas generales de la hermenéutica, habría que conceder un margen de juego a este artículo 30 GG, que, ante la dificultad de encontrar punto de conexión con la competencia federal, contribuiría a inclinar la balanza a favor de la competencia de los *Länder*.

En conclusión, lo que bajo ningún pretexto se ha de perder de vista es que lo decisivo en orden a la determinación del reparto material de competencias no deriva de este precepto (ni del artículo 70.1 GG, en el caso de la legislación), sino de las demás disposiciones constitucionales que atribuyen materialmente competencias a la Federación. Son ellas, pues, las que dan también la medida (por exclusión) de la cantidad y la calidad de las competencias de los *Länder*. Finalmente, la Federación estará en condiciones de ejercer aquellas facultades que la Ley fundamental le haya atribuido, de manera expresa o tácita, en los correspondientes catálogos competenciales, así como en las restantes normas igualmente competenciales que pueden encontrarse a lo largo de todo el texto de la Ley fundamental, siendo estos otros preceptos constitucionales precisamente los que otorgan pleno sentido al artículo 30 GG.

12 · Terminología y alcance

Antes de pretender dar una respuesta a la cuestión de si el ámbito de aplicación del artículo 30 GG abarca sólo parte o toda la actividad estatal, en sus diversas manifestaciones, algo que, por otra parte, ya ha sido apuntado con anterioridad, conviene primeramente hacer una breve reflexión acerca del significado de la terminología empleada por este precepto constitucional, en tanto que ello nos permitirá afrontar en mejores condiciones el mencionado interrogante.

Con la expresión «establezca» (*trifft*) se hace referencia a todas aquellas otras regulaciones de la Ley fundamental en virtud de las cuales se reserva o se confiere expresamente a la Federación una determinada competencia, desbaratándose con ello la presunción competencial a favor de los *Länder*. Así sucede, por ejemplo, en el artículo 73.1 núm. 3 GG, que confiere a la Federación la legislación exclusiva sobre «la libertad de circulación, el régimen de los pasaportes, el registro y la identificación de las personas, la inmigración y emigración así como la extradición», sin que reste, por tanto, ningún margen de actuación al legislador de *Land*. Así ocurría también en el derogado artículo 75.1 núm. 3 GG, que autorizaba a la Federación a aprobar disposiciones marco para la legislación de los *Länder*, bajo las condiciones del artículo 72 GG, sobre «la caza, la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje», limitando de esa forma la competencia de los *Länder* al desarrollo de la normativa federal (que, en ningún caso, so pena de nulidad, podría contradecir). Pero también fuera de los artículos 70 y s. GG se encuentran numerosas normas competenciales que sustraen facultades normativas y organizativas a los *Länder* (sobre todo, mediante el uso de la fórmula «Se establecerán por medio de ley federal las normas de desarrollo» - *Das Nähere regeln Bundesgesetze*) y las atribuyen exclusivamente a la Federación: artículo 4.3 (objeción de conciencia al servicio militar), 21.3 (régimen jurídico-constitucional de los partidos políticos), 38.3 (elección de los miembros de la Dieta federal alemana), 59.2 (tratados internacionales; véase también artículo 32.1 GG), 120.1 (asunción de las cargas resultantes de la guerra), 143b.1 (correo federal), etc.

Más problemática resulta la interpretación del término «admíta» (*zulässt*). Para la mayoría de la doctrina científica, las regulaciones *admittidas* en el sentido del artículo 30 GG están integradas, sobre todo, por las (controvertidas) competencias implícitas o no escritas de la Federación

(*mitgeschriebene oder ungeschriebene Zuständigkeiten des Bundes*).⁴¹ Sin embargo, una interpretación de este tenor, como observa Bothe, tiene el inconveniente de impedir el recurso a la categoría de tales «competencias implícitas o no escritas» en el campo de la legislación, en tanto que en el artículo 70 GG no se menciona el término «permitir» sino sólo «conferir».⁴²

Desde otra perspectiva, sugiere Bothe, se puede defender que la Ley fundamental «admite» otra regulación cuando algún precepto de la misma contiene una habilitación o una delegación para ceder a través de un acto posterior una competencia a la Federación. Una interpretación de este tipo aclararía la diferencia entre el artículo 70 GG, por un lado, que únicamente emplea el término «conferir» (*verleihen*), y los artículos 30 y 83 GG, por el otro, que además de referirse a «contener» o «determinar» (*treffen o bestimmen*, respectivamente), también hacen uso diferenciadamente de la expresión «permitir» (*zulassen*). De conformidad con esta interpretación, por tanto, mientras el reparto de las facultades legislativas sólo se podría derivar inmediatamente de la Ley fundamental, en el caso de las administrativas es imaginable e, incluso, está previsto, que una competencia sea inmediatamente creada por medio de una ley federal. Así sucede, por ejemplo, cuando el artículo 84.5 GG prevé la posibilidad de que al Gobierno federal le sea conferida por medio de ley federal, necesitada del asentimiento del Consejo Federal, la facultad de ejecutar las leyes de la Federación y de dictar, en casos especiales, instrucciones singulares (*Einzelzuweisungen*), las cuales irán dirigidas, salvo que el Gobierno federal considere que el caso es urgente, a las autoridades superiores del *Land*.

En cualquier caso, esta discusión es más doctrinal que práctica, pues los efectos para los *Länder* que se derivan de las regulaciones federales aprobadas en ejercicio de una competencia expresamente «establecida» o

41 Así lo reconoce März, W. «Artikel 30 GG»..., p. 837 y s. y 842, quien asimismo sostiene que con tal expresión también se está haciendo referencia a la eventual transferencia de tareas y facultades públicas no definidas con carácter previo a favor de «titulares competenciales ya existentes y ajenos al Estado federal alemán» (artículo 23 y 24 GG). Por su lado, Albertí Rovira, E. *Federalismo...*, p. 83, entiende que de la expresión del artículo 30 GG «en tanto la GG no *disponga o permita* otra regulación» cabe derivar una «doble vía general de atribución de competencias al *Bund*»: o bien «explícitamente, a través de una norma constitucional expresa que le apodere de forma específica, o bien (...) implícitamente, sin título expreso o específico, deduciéndose la existencia de tal competencia federal a través de la interpretación constitucional». Véase también Pietzcker, J. «Zuständigkeitsordnung...», p. 697 y s.

42 Bothe, M. «Artikel 30 GG...», p. 1762.

de las provenientes de una habilitación ulterior constitucionalmente «permitida» no se diferencian en nada.⁴³ Tanto en un caso como en el otro, la existencia de una competencia federal será indicativa de la incompetencia de los *Länder* a ese respecto.

Tras esta indagación sobre el significado dispar de los términos «establecer» y «admitir» del artículo 30 GG, corresponde ahora enfrentarse a la cuestión que se anunció al comienzo de este epígrafe: dada la formulación literal de este artículo 30 GG, ¿se ha de entender que en el mismo queda comprendida únicamente una parte o toda la actividad estatal en sus múltiples dimensiones?

Aunque el Tribunal Constitucional no ha resuelto de manera clara y definitiva esta cuestión, en su Sentencia sobre la televisión anticipó ya que «en todo caso, cae bajo esta competencia cualquier actuación del Estado que sirva al cumplimiento de las tareas públicas y, en concreto, sin tener en consideración si el medio utilizado es de derecho público o privado».⁴⁴

De acuerdo con este pronunciamiento, parece que el máximo intérprete de la Constitución entiende que en la amplia formulación del artículo 30 GG, pese a no haber sido explicitado, cabe incluir *cualquier* actividad que corresponda ejercer a los poderes públicos, sin que, en consecuencia, quede espacio alguno para lagunas competenciales. Más bien, la función esencial de este precepto se reduciría precisamente a rellenar los eventuales vacíos que pudiesen mostrar las normas constitucionales individuales atributivas de competencias. El reparto de las tareas públicas en la Ley fundamental entre la Federación y los *Länder* es, por consiguiente, completo. Es más, incluso aquellas materias o asuntos atípicos o de nuevo cuño encontrarían acomodo en virtud, precisamente, de este artículo 30 GG, en el sistema competencial de la Constitución federal, siendo ésta una opinión generalmente compartida por la doctrina científica.⁴⁵

43 März, W. «Artikel 30 GG»..., p. 841 y s.

44 *BVerfGE* 12, 205 (244). Véase también *BVerfGE* 22, 180 y s.

45 De este parecer: Stern, K. *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 674; Isensee, J. «Idee und Gestalt...», p. 624; März, W. «Artikel 30 GG»..., p. 830 y s., quien expresamente sostiene que «[l]a regla de ordenación competencial abarca el **ejercicio del poder público en su totalidad**»; Vogel, J. J. «El régimen federal de la Ley fundamental» (capítulo XII), en Benda, Maihofer, Vogler, Hesse y Heyde (ed.) *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, IVAP, Marcial Pons, 1996, p. 630; Mangoldt, H. von y Klein, F. «Artikel 30 GG»..., p. 750; Maunz, T. «Artikel 30 GG...», p. 4; Bothe, M. «Artikel 30 GG...», p. 1765; Gubelt, M. «Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)», en Münch,

El modo de proceder, en consecuencia, cuando se trate de averiguar si una determinada materia o tarea pública ha de ser ejercida por la Federación o por los *Länder*, es el siguiente: en primer lugar, habrá que comprobar si la susodicha tarea pública se encuentra expresamente atribuida a la Federación en algún concreto precepto constitucional (catálogos competenciales de los artículos 70 y s., 83 y s. y 92 y s. GG y normas de atribución competencial dispersas a lo largo de toda la Ley fundamental). Si no fuere posible encontrar conexión alguna, entonces habrá de entenderse que la tal materia o tarea pública queda sometida a la competencia de los *Länder* en virtud del artículo 30 GG.

Lógicamente, la dificultad mayor se encuentra en el hecho de que no existe un elenco perfectamente definido y cerrado de tareas públicas y de facultades estatales en la Ley fundamental sobre el que predicar la función de reparto competencial del artículo 30 GG. Es ésta una cuestión que corresponde a los propios poderes públicos decidir libre o discrecionalmente, en función de criterios extrajurídicos y temporalmente condicionados, tales como la necesidad pública, la voluntad política, los recursos públicos disponibles, etc., y siempre dentro de los límites que cabe derivar del respeto a los principios constitucionales (artículo 20 GG) y a los derechos fundamentales (artículo 1 y s. GG), así como a las normas provenientes de instancias inter o supranacionales jurídicamente vinculantes (artículos 23, 24 y 25 GG, fundamentalmente).

En definitivas cuentas, cabe concluir que todas las tareas y facultades públicas, con independencia del orden funcional, caen bajo el ámbito de aplicación del artículo 30 GG; no obstante, obsérvese bien que se habla en todo momento de tareas *públicas*, dado que ni del orden constitucional de distribución de competencias ni del principio federal mismo cabe derivar una relación de la Federación y de los *Länder* con actividades no públicas, sobre las que eventualmente pudieran intervenir.⁴⁶ Esto, como se habrá adivinado ya, entronca con otro problema, el de la definición de «la actividad pública», del que aquí sólo se puede repetir lo ya apuntado, que algo así

i von y Kunig, P. (ed.) Grundgesetz Kommentar, tomo II (*Artículo 21 bis Artículo 69*), München, C. H. Beck, 3ª ed., 1995, p. 382; Brockmeyer, H. B. «Artikel 30 GG (*Zuständigkeitsvermutung für die Länder*)», en Schmidt-Bleibtreu, B. y Klein, F. *Kommentar zum Grundgesetz*, Neuwied-Kriftel-Berlin, Luchterhand, 9ª ed. 1999, p. 664; Pietzcker, J. «Zuständigkeitsordnung...», p. 698.

46 März, W. «Artikel 30 GG...», p. 830 y s.

queda sometido a la discrecionalidad de los poderes públicos, orientada en función de ciertos criterios extrajurídicos coyunturales y sujeta a determinadas condiciones, mandatos y finalidades jurídico-fundamentales.

La radicalidad de la afirmación precedente, que en la amplia formulación del artículo 30 GG cabe incluir *cualquier* actividad pública imaginable que corresponda ejercitar a la Federación o a los *Länder*, a pesar de haber sido aceptada por la generalidad de la doctrina científica y, de manera más o menos velada, por el Tribunal Constitucional Federal, no ha quedado, sin embargo, exenta de críticas. Así, por ejemplo, Mangoldt y Klein sostienen que habría sido preferible que el artículo 30 GG hubiese empleado una fórmula más abreviada, de modo que en vez de referirse «al ejercicio de las facultades estatales y al cumplimiento de las tareas públicas», podría haber establecido de manera más clara y directa: «El ejercicio del poder público es cosa de los *Länder* en tanto que...», dado que con ello ya quedaría comprendido el desempeño tanto de las facultades estatales (= derechos), como el de las tareas públicas (= derechos y obligaciones) legislativas, administrativas y jurisdiccionales, es decir, toda la actividad pública.⁴⁷ Con todo, ésta es una objeción que en absoluto desmerece la interpretación dada a este precepto.

III · Indisponibilidad del reparto constitucional de competencias por parte de la Federación y de los *Länder*

Este reparto competencial básico del artículo 30 GG, así como el más concreto previsto también en la Constitución federal para cada una de las facultades estatales básicas (legislativas, ejecutivas y judiciales), está fijado de manera concluyente y definitiva; es, por consiguiente, inmodificable tanto de modo unilateral como por medio de acuerdo o convenio entre la Federación y los *Länder*.⁴⁸ La Federación, en consecuencia, no puede ampliar o modificar los derechos de injerencia sobre los *Länder* que le ha

47 Mangoldt, H. von y Klein, F. «Artikel 30 GG»..., p. 750. En sentido contrario, Maunz, T. «Artikel 30 GG...», p. 3 y s., defiende la oportunidad de distinguir en el artículo 30 GG entre facultades (*Befugnisse*) y tareas (*Aufgabe*), si bien acaba también reconociendo que ambos conceptos comprenden la totalidad de la actividad estatal.

48 *BVerfGE* 1, 14 (35); 1, 115 (139); 4, 115 (139); 26, 281 (296); 32, 145 (156); 36, 1 (39); 39, 96 (109); 41, 291 (311); 55, 274 (301); 63, 1 (39).

atribuido la Ley fundamental, incluso aunque ello redunde en beneficio de estos últimos, a no ser que la Constitución federal misma la faculte para ello, como sucede, por ejemplo, en el ámbito de la legislación exclusiva federal en el artículo 71 GG o en el de la legislación concurrente en el artículo 72.1 y 3 GG. Tal y como estableció indubitadamente el Tribunal Constitucional Federal,

«[d]e conformidad con el principio federal sólo es válida una intervención del poder federal en el orden constitucional de los *Länder* en la medida en que la Ley fundamental así lo determine expresamente o lo permita».⁴⁹

En oposición a esta idea de la invariabilidad del orden constitucional de distribución de competencias, Jerusalem, en su estudio sobre los elementos característicos del Estado federal (ideal), entiende que la comunidad estatal individual, de acuerdo con la autonomía que tiene reconocida como tal, puede, según su voluntad, «disponer de las facultades a ella reconocidas. En principio, no le está prohibido transferirlas a otra comunidad estatal, renunciando por sí misma a ellas»; el único límite a tal poder de disposición es el que se deriva de la alteración de la relación de fuerzas entre las diversas comunidades estatales que conduzca a una situación de sobrepeso de una de ellas, capaz de poner en peligro la existencia de la construcción estatal federalista, como sucedió, por ejemplo, con los tratados de transferencia de las administraciones militares de los estados alemanes a Prusia durante la vigencia de la Constitución bismarckiana de 1871, que deberían haber sido declarados nulos.⁵⁰

No se puede compartir, sin embargo, esta opinión de Jerusalem, por una razón fundamental: cuando la Constitución federal (la Ley fundamental de Bonn, en este caso) establece un determinado reparto de facultades estata-

En este sentido se ha pronunciado también la mayoría de la doctrina. Véase al respecto Isensee, J. «Der Bundesstaat...», p. 722 y 741; Isensee, J. «Idee und Gestalt...», p. 571 y 585; Rozek, J. «Artikel 70 GG», en Mangoldt, Klein y Starck. *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II (*Artikel 20 bis 78*), München, Verlag Franz Vahlen, 4ª ed. completamente revisada, 2000, p. 2184 y 2196; März, W. «Artikel 30 GG»..., p. 822 y s.; Albertí Rovira, E. *Federalismo...*, p. 81 y s.; Oeter, S. *Integration...*, p. 189; Rengeling, H.-W. «Gesetzgebungszuständigkeit», en Isensee, J. y Kirchhof, P. (ed.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo IV, Heidelberg, C. F. Müller, 1990, p. 729.

49 *BVerfGE* 88, 203 (332) con remisión a *BVerfGE* 11, 77 (88 y s.).

50 Jerusalem, F. W. «Die Staatsidee des Föderalismus», 142-143, Tübingen, Recht und Staat, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1949, p. 58.

les y de tareas públicas, en realidad con ello ya está decidiendo cuál es el equilibrio de poderes que quiere dentro del Estado federal que constituye. Cualquier alteración de esa relación de fuerzas entre el Estado global (la Federación) y los estados miembros (los *Länder*) daría lugar, ya de por sí, a una situación de sobrepeso de una de las partes no deseada por la propia Constitución. De ahí que se haya de rechazar el argumento que aboga por la posibilidad de dejar a la libre disposición de cada una de las partes integrantes del Estado federal la concreción en cada caso del número y alcance de sus propias competencias. Lo contrario supondría dejar constantemente abierta la espita de la reclamación y determinación del *quantum* del poder público en el seno de la estructura federal, con lo que los peligros de desestabilización serían permanentes.

En definitiva, este principio general de indisponibilidad del reparto competencial a deducir de la Constitución federal es indicativo de cómo esa distribución de «facultades estatales y tareas públicas» a que se refiere el artículo 30 GG (y concordantes) no sólo establece los derechos y obligaciones de cada detentador de la competencia (la Federación y los *Länder*), sino que funda además un orden objetivo que queda fuera de su poder de disposición. Las normas competenciales son, pues, derecho obligatorio (*zwingendes Recht*).⁵¹

Sin poner en cuestión este principio de la inmodificabilidad del orden competencial de la Ley fundamental, el propio Tribunal Constitucional Federal, no obstante, reconoce que el mismo tampoco está reñido o no excluye la eventual aprobación de otro tipo de acuerdos entre la Federación y los *Länder* que tengan como finalidad primordial hacer más racional o dinámico el ejercicio de esas competencias.⁵²

En el terreno de la práctica institucional, lo expuesto hasta ahora viene a significar, entre otras cosas, que las transferencias y las delegaciones de competencias que no encuentren fundamento alguno en la Ley fundamental son inválidas.⁵³ A tal efecto, en el ámbito de la legislación, las delegaciones de competencias sólo están previstas en relación con la Federación como

51 Pernice, I. «Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)», en Dreier y Horst (ed.) *Grundgesetz Kommentar*, tomo II (*Artikel 20-82*), Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 595; März, W. «Artikel 30 GG»..., p. 821; Pietzcker, J. «Zuständigkeitsordnung...», p. 702.

52 *BVerfGE* 4, 115 (139).

53 *BVerfGE* 26, 281 (296); 32, 145 (156); 63, 1 (139).

sujeto activo en el ámbito de la legislación exclusiva federal (artículo 71 GG).⁵⁴ En consecuencia, no caben en ningún caso delegaciones o transferencias de facultades legislativas de los *Länder* por medio de ley a favor de la Federación.⁵⁵ Algo así sería contrario al artículo 30 GG⁵⁶.

IV · Remisiones legislativas entre la Federación y los *Länder*

Una cuestión estrechamente ligada a la anterior es la de las *remisiones* del legislador federal o de *Land* a normas legislativas del otro nivel estatal. A este respecto se ha de distinguir entre las llamadas remisiones estáticas y las remisiones dinámicas. Cuando el legislador se remite a un «punto exacto» de otra norma en una concreta redacción e incorpora, de ese modo, como propio parte de su contenido, nos encontramos ante las *remisiones estáticas*. Estas no plantean grandes dificultades. Al fin y al cabo, no se trata más que de una mera técnica de economía procesal, en tanto que el legislador correspondiente (federal o de *Land*) renuncia a reiterar en su propia ley el contenido de la norma ya existente a la que se remite, sin que, a este respecto, se produzca transferencia de facultad legislativa alguna a un titular jurídico incompetente⁵⁷. Tal y como precisó el Tribunal Constitucional Federal, estas remisiones estáticas para ser válidas precisan tan sólo ser suficientemente determinadas: el principio del estado de derecho y la seguridad jurídica

54 También en el artículo 72.1 GG, relativo a la legislación concurrente, y en los artículos 72.4 y 75.1 GG (derogado este último en la reforma de 2006), cabría entender que nos encontramos en este ámbito, al quedar la intervención de los *Länder* (o el alcance de la misma) supeditada a que la ley federal así lo disponga; con todo, estos supuestos difícilmente se pueden calificar de delegación en sentido estricto. De acuerdo con el artículo 72.4 GG: «Puede ser determinado por medio de ley federal que una regulación legal federal para la que ya no se dé más la indispensabilidad en el sentido del apartado 2 pueda ser sustituida por derecho de *Land*». Por su parte, el artículo 75.1 GG se remitía a la aplicación por analogía del antiguo artículo 72.3 GG (actual artículo 72.4 GG) en el ámbito de la legislación marco.

55 *BVerfGE* 1, 14 (35); 4, 115 (139); 32, 145 (156); 55, 274 (301).

56 Pestalozza, CH. von. «Artikel 70 GG», en Mangoldt, H. von, Klein, F., Pestalozza, CH. von. *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo VIII (*Artikel 70 bis Artikel 75: Die Gesetzgebungskompetenzen*), München, Verlag Franz Vahlen, 3ª ed. 1996, p. 30; März, W. «Artikel 30 GG»..., p. 822; Bothe, M. «Artikel 30 GG...», p. 1765.

57 März, W. «Artikel 30 GG»..., p. 822.

requieren que al ciudadano le sea perfectamente reconocible cuáles son en cada caso particular las disposiciones jurídicas a aplicar.⁵⁸

Por su parte, en virtud de las *remisiones dinámicas*, el legislador federal o de *Land* asumiría como parte del contenido de su propia norma lo que dispusiera una ley del otro nivel estatal, no sólo en el momento actual de la remisión, sino también en un futuro, con lo que una reforma ulterior de la ley remitida supondría necesariamente también una modificación del contenido de la ley remitora, que ya no se basaría, por tanto, en una decisión actual de este legislador, sino en una pretérita. Por esta razón, no es posible admitir la constitucionalidad de tales remisiones dinámicas, ya que, en el fondo, ocultan una (posible) alteración del orden competencial no permitida por la Ley fundamental.⁵⁹ El Tribunal Constitucional Federal, aun con alguna reserva, así lo vio al señalar cómo a través de estas remisiones el legislador transfiere por medio de un poder en blanco a otro legislador facultades normativas encubiertas, abandona, por tanto, en contra del artículo 30 GG, competencias propias, desplazándolas a favor de un legislador no previsto en la Constitución federal.⁶⁰

Como excepción a esta prohibición terminante de «delegaciones legislativas apócrifas», como las denomina März, cabría pensar en aquellas remisiones dinámicas del legislador federal al derecho de *Land*. Podría defenderse que en estos supuestos, no muy frecuentes, por cierto, el legislador del Estado global, en realidad, lo que está haciendo de manera implícita es uso de las habilitaciones que tiene constitucionalmente reconocidas en los artículos 71 y 72.1 y 4 GG, al abrir de nuevo en parte sus competencias a la regulación de los *Länder*.⁶¹

V • La llamada *Kompetenz-Kompetenz*

A propósito de la posibilidad de alterar el orden competencial constitucionalmente establecido, una de las cuestiones que ha despertado mayor

58 *BVerfGE* 26, 338; 47, 285 (311); 78, 32 (35).

59 Pestalozza, CH. von. «Artikel 70 GG»..., p. 30; de manera más matizada, Rozek, J. «Artikel 70 GG»..., p. 2186.

60 *BVerfGE* 26, 339 (367); 47, 285 (312); 60, 135 (161); 64, 208 (214); 67, 348 (363 y s.); 78, 32 (36).

61 März, W. «Artikel 30 GG»..., p. 823 y s.

polémica entre la iuspublicística alemana, reflejo primero de la discusión referida más atrás acerca de la eventual superioridad jerárquica de la Federación sobre los estados miembros, es la que se conoce con el descriptivo vocablo de *Kompetenz-Kompetenz* (competencia sobre la competencia).⁶² Por tal se entiende la «potestad para determinar la propia competencia» y, más concretamente, dado que el orden competencial, como sabemos, viene fijado en la Constitución federal, la *Kompetenz-Kompetenz* no sería otra cosa que la capacidad jurídica para reformar esta última.⁶³ Lejos de estar atribuida esa capacidad reformadora de la Constitución en exclusiva a la Federación en tanto que Dieta Federal, también los *Länder*, a través del Consejo Federal, juegan un papel decisivo. El artículo 79.2 GG establece expresamente que la ley de reforma de la Constitución precisa del asentimiento de dos tercios de los miembros de la Dieta Federal y de dos tercios de los votos del Consejo Federal. En consecuencia, una modificación de la Ley fundamental cuyo objetivo sea alterar el actual reparto de competencias no podrá llevarse a efecto sin la imprescindible concurrencia de una mayoría determinada de los *Länder*. Claro está que ello no impedirá que la misma se realice con esa mayoría pese a la eventual oposición de alguno de éstos. Y es que la Ley fundamental garantiza en su artículo 79.3 GG el

62 Desde una perspectiva ideal del Estado federal, ha habido autores que han considerado que la competencia sobre la competencia, en tanto que capacidad decisoria última sobre el orden competencial, corresponde a la Federación. Así, Doehring, K. *Allgemeine Staatslehre*, 2ª ed. revisada, Heidelberg, C. F. Müller, 2000, p. 73; Nawiasky, H. «Bundesstaat», *Staatslexikon* (Recht, Wirtschaft, Gesellschaft), tomo II, 6ª ed., Freiburg, Verlag Herder, 1958, p. 277 y s., quien, sin embargo, matiza esta atribución a la Federación de la *Kompetenz-Kompetenz* apuntando la conveniencia de que en el legislativo federal exista una representación de los estados miembros, a fin de preservar sus intereses. En contra: Jerusalem, F. W. «Die Staatsidee...», p. 39 y 55, para quien el principio de la competencia sobre la competencia es desconocido en la «estructura estatal de corte federalista» (*föderalistische Staatsgefüge*).

También en relación con el concreto Estado federal que constituye la Ley fundamental de Bonn se pueden encontrar voces que abogan por una superioridad de la Federación sobre los *Länder*, una de cuyas manifestaciones más evidentes sería, precisamente, la ostentación por parte de aquella de la *Kompetenz-Kompetenz*. Véase a este respecto Isensee, J. «Der Bundesstaat...», p. 737 y s.; Isensee, J. «Idee und Gestalt...», p. 563; Oeter, S. *Integration...*, p. 228 y s. y 390; Šarčević, E. *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 233; Zippelius, R. *Allgemeine Staatslehre* (Politikwissenschaft), München, C. H. Beck, 13ª ed., 1999, p. 60 y s. Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal parece defender asimismo este razonamiento: *BVerfGE* 13, 54 (78 y s.).

63 Albertí Rovira, E. *Federalismo...*, p. 171 y s.

principio federativo y la división de la Federación en *Länder*, pero no la existencia individual de cada uno de ellos en tanto que estados miembros individuales.

Sin ánimo de retomar de nuevo aquí el estado de la discusión acerca de si esa *Kompetenz-Kompetenz* representa una manifestación de la superioridad jerárquica de la Federación sobre los *Länder*, algo que, por cierto, ya fue descartado en base a argumentos de calado jurídico-político, sí interesa en este momento realizar una reflexión más centrada en el significado de esta figura para el entendimiento del reparto constitucional de competencias.

Nos encontramos con que, por un lado, como se expuso en el epígrafe precedente, la distribución de las facultades estatales y de las tareas públicas resulta inmodificable para la Federación y los *Länder*, tanto de manera unilateral como a través de convenio o acuerdo mutuo. Por el otro, sin embargo, se sostiene la viabilidad de una reestructuración de ese orden competencial por medio de una reforma de la Ley fundamental. La aparente contradicción de esta dicotomía queda resuelta si se observa que, en realidad, la cuestión de origen, aunque aparentemente igual, en realidad es muy diferente. En el primer caso, nos hallamos en el plano de la constitucionalidad vigente (*de constitutione lata*); en el segundo, en el del poder constituyente constituido (*de constitutione ferenda*).

En efecto, de acuerdo con el procedimiento a tal efecto previsto, en el que, se insiste, la participación de la Federación, en tanto que Dieta Federal, y de los *Länder*, por medio del Consejo Federal, resulta decisiva, es no sólo imaginable sino perfectamente posible una reforma de la Ley fundamental que se traduzca en una modificación de la división de competencias hasta entonces existente. Ahora bien, fijado el nuevo orden competencial, y siempre y cuando no se haya introducido ahora en la Constitución ningún precepto que permita o bien a la Federación o bien a los *Länder* modificar por sí solos o de mutuo acuerdo esa nueva distribución competencial, la misma resultará tan intocable como lo es la actual para cada una de las partes interesadas, tanto individual como conjuntamente consideradas.

En resumen, la cuestión de la llamada *Kompetenz-Kompetenz* no se debe confundir con la del vigente orden competencial de la Ley fundamental. Mientras que aquélla se refiere al plano de la reforma constitucional, esta última opera en el nivel de la constitucionalidad vigente. Por otra parte, como hemos visto, resulta, cuando menos, impreciso sostener que dado que la modificación de la Constitución federal es cosa de la Federación, es precisamente ésta la titular de la *Kompetenz-Kompetenz*, de modo que la

misma estaría facultada por sí sola para determinar su propia competencia. Resulta impreciso defender esta postura porque aunque, en efecto, el Consejo Federal es un órgano constitucional federal, la composición del mismo no es irrelevante. De esa composición sólo cabe deducir que para cualquier reforma de la Ley fundamental se precisa la concurrencia de la voluntad de una mayoría de los *Länder*, lo que, en último término, significa una garantía constitucional de las competencias de los mismos (aun aceptando la –en la práctica, difícil– posibilidad de que un *Land* pueda verse afectado en su orden competencial en contra de su voluntad).

VI · Núcleo irreductible de competencias (*Hausgut*) de los *Länder*

Según es bien conocido ya, la República Federal de Alemania, desde su misma fundación, se ha visto sometida a fuertes movimientos centralizadores en el marco del modelo imperante durante muchos años de federalismo cooperativo y, en particular, de su peor vertiente, la llamada imbricación política (*Politikverflechtung*). Entre las muchas causas y consecuencias de este proceso, a los efectos que aquí interesan merece ser destacada la significativa disminución que han experimentado, tanto en calidad como en número, las competencias de los *Länder*, particularmente en el campo de la legislación, reflejo directo del notable incremento de las facultades legislativas de la Federación, lo cual constituye una de las razones principales que animaron la reforma constitucional de 2006 a que ya nos hemos referido, y que supuso un freno a esta tendencia, al tiempo que una recuperación de ciertas competencias por parte de los *Länder*, cierto es que en número no muy significativo.

Este panorama de fondo nos ofrece una nueva oportunidad para abordar desde otra perspectiva el significado del precepto de que nos hemos ocupado en el epígrafe 2, el artículo 30 GG. Aunque de una interpretación literal del mismo no se pueda derivar inmediatamente, el hecho de que formule de manera tan abierta y general que «[e]l ejercicio de las facultades estatales y el cumplimiento de las tareas públicas es cosa de los *Länder*» parece querer indicar que éstos han de disponer de un elenco competencial mínimo suficientemente significativo (en otras palabras, un «núcleo duro competencial») que les permita dotar de sentido a su propia cualidad de estados, más allá de declaraciones puramente formales o retóricas.

Esta hermenéutica del artículo 30 GG se vería reforzada por la que la jurisprudencia y la doctrina han realizado de la conocida como «garantía federal» del artículo 79.3 GG.⁶⁴ En virtud de este último precepto, que supone una innovación de la Ley fundamental, queda constitucionalmente garantizada «la división de la Federación en *Länder*» así como «la cooperación básica de los *Länder* en la legislación» (federal, se entiende). Es decir, a través del artículo 79.3 GG, el constituyente quiso declarar irreformables determinados fundamentos materiales del orden constitucional y, en concreto, el hecho de que exista un territorio federal que no sea asimismo territorio de *Land*, sin que ello constituya, por otra parte, una garantía de la existencia de los *Länder* en este momento existentes.⁶⁵ El territorio federal, por tanto, podría en un futuro verse ampliado, reducido o reestructurado o bien mediante una modificación de las fronteras de la República Federal de Alemania a través de la vía del artículo 32.1 GG (tratados internacionales con uno o más estados vecinos) o bien mediante una nueva organización del territorio federal (*Neugliederung des Bundesgebietes*) por la vía del artículo 29 GG; lo que, sin embargo, en ningún caso podría suceder es que uno de esos (nuevos) territorios no constituyese al mismo tiempo un nuevo *Land* o no se integrase en otro u otros ya existentes.

Pero más allá de estas cuestiones atinentes a la composición y organización del territorio federal y de los *Länder*, de la «garantía federal» del artículo 79.3 GG la doctrina y la jurisprudencia también han derivado otros contenidos. Particularmente, en lo que aquí más interesa, la distribución de competencias, y en relación con el mencionado socavamiento paulatino de los *Länder* en su cualidad de estados, el Tribunal Constitucional Federal, de manera muy expresiva, sostuvo que aquél no puede llegar al extremo de que, «al final, sólo permanezca una vaina (*Hülse*) vacía de estatalidad propia».⁶⁶

64 Expresamente, März, W. «Artikel 30 GG»..., p. 817, señala que «el artículo 30 (en conexión con el artículo 79.3) puede ser entendido (...) como una **norma que asegura la existencia y que limita la pérdida de dotación competencial** de los *Länder*». Šarčević, E.: *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 74 y s. y 198 y s., por su parte, descarta que en el mencionado artículo 79.3 GG puedan encontrarse los fundamentos de la validez de un principio federal general; más bien, el mismo se limitaría a establecer un ámbito nuclear de la Constitución resistente a las modificaciones.

65 *BVerfGE* 5, 34 (38). Véase también *BVerfGE* 30, 1 (24 y s.); 84, 90 (121).

66 *BVerfGE* 34, 9 (19).

En esta misma línea, el Tribunal, apelando al concepto de «ajuar» (*Hausgut*), ha defendido la necesidad de que a los *Länder*, en tanto que centros de decisión política de nivel estatal al lado de la Federación, les quede un núcleo de facultades propias inalienables que les permitan desarrollar su especificidad regional. Entre ellas han de encontrarse, en todo caso, la «libre determinación de su organización» y «la garantía constitucional de la asignación de una parte adecuada de la recaudación impositiva total del Estado federal». ⁶⁷ Pero no sólo esto. Para los *Länder*, resulta esencial poder aprobar leyes que tengan importancia para la vida pública y social y que en el correspondiente territorio pongan de manifiesto su poder de configuración política, que no se limiten, por tanto, a ser leyes infraordenadas o de relleno de lagunas de las federales. ⁶⁸

67 *BVerfGE* 34, 9 (19 y s.); véase también *BVerfGE* 72, 330 (383); 86, 148 (213 y s.); 87, 181 (196).

68 Stern, K. *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 667 y s., se refiere, en este sentido, a ese núcleo mínimo de competencias que ha de quedar en poder de los *Länder* como reflejo de su cualidad estatal con el término «esencia de la estatalidad» (*Essentialia der Staatlichkeit*). Con ello quiere significar que ese haz de competencias de decisión jurídica, ejecutiva, planificadora y financiera, así como las facultades de organización judicial, expresión de la estatalidad propia de los *Länder*, han de ser de carácter sustancial, esto es, los *Länder* no pueden limitarse al ejercicio de tareas que también las más altas corporaciones administrativas podrían ejercer. Preferentemente, las facultades legislativas, pero también las tareas genuinas de gobierno y la soberanía jurisdiccional, constituyen el contenido sustancial de la estatalidad.

Por su parte, Oeter, S. *Integration...*, p. 407 y 568 y s., sostiene que el principio de subsidiariedad constituye –en armonía con el concepto de integración– el núcleo del principio federal proclamado irreformable por la Ley fundamental en el artículo 79.3 GG, considerando, en este sentido, que la fórmula de la jurisdicción constitucional del «ajuar» de competencias inalienables de los *Länder* encuentra finalmente en la idea de subsidiariedad su justificación interna más profunda; asimismo, concluye que, con seguridad, la soberanía organizativa de los *Länder* y una dotación financiera de los mismos adecuada a las tareas que tienen encomendadas no es lo único que se debe añadir a la cuenta de ese «ajuar» reclamado para los *Länder* en tanto que núcleo de la estatalidad federal; más bien, al mismo habrá que agregar un número serio de facultades legislativas así como la autonomía básica de los *Länder* en el ámbito de la administración.

Véase también Isensee, J. «Der Bundesstaat...», p. 737 y 748 y s.; Isensee, J. «Idee und Gestalt...», p. 670; Sommermann, K.-P. «Artikel 20 GG», en Mangoldt, Klein y Starck. *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II (Artikel 20 bis 78), München, Verlag Franz Vahlen, 4ª ed. completamente revisada, 2000, p. 19 y s.; Šarčević, E. *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 232; Karpen, U. y Becker, S. «Das Bundesstaatsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Verfassungsgeschichte der Länder», *JZ*, 19, 2001, p. 968; Albertí Rovira, E. *Federalismo...*, p. 67 y s.; Müller, M. D.

A pesar de esas «necesidades» teóricas de la cualidad estatal de los *Länder*, garantizadas por el artículo 79.3 GG (en conexión con el artículo 30 GG), y que el mismo Tribunal Constitucional Federal no ha tenido reparo alguno en declarar explícitamente, si bien de manera un tanto vaga, lo cierto es que hasta la reforma constitucional de 2006, como resultado del proceso de vaciamiento competencial mencionado, los *Länder*, en el campo de la legislación, aparte del derecho constitucional propio y de la llamada «soberanía organizativa» de su complejo institucional,⁶⁹ básicamente sólo disponen de facultades legislativas relevantes en lo referente al derecho de la cultura (en especial, el derecho sobre los medios de comunicación social), el derecho de policía y el derecho municipal.

Esta «debilidad» de las facultades legislativas de los *Länder* pretende equilibrarse con el mayor peso que les corresponde en el ámbito de la administración, sobre todo en lo relativo a la ejecución del derecho federal, así como con su participación por medio del Consejo Federal en la formación de la voluntad política federal. Sin embargo, como ha denunciado parte de la doctrina,⁷⁰ ni una cosa ni la otra pueden compensar, salvo de manera muy limitada, y, menos aún, justificar ese desapoderamiento competencial a que se han visto sometidos los *Länder* a lo largo de los años en su capacidad de actuación legislativa y, en definitiva, en el núcleo de su poder público en tanto que estados, sobre todo porque, como revela Oeter, también ese desplazamiento del protagonismo de la Federación en el campo de la legislación ha tenido repercusiones muy importantes en el terreno de las facultades administrativas, lo que, hasta el momento, ha pasado en buena medida desapercibido (incluso para los propios *Länder*). En efecto, la supresión de los márgenes de decisión y de actuación propios de la Administración por medio de una tupida red de prescripciones jurídicas ha llevado a que, en buena medida, sean tanto la Dieta Federal y el Gobierno federal como los tribunales administrativos (bajo la dirección del Tribunal Administrativo

Auswirkungen der Grundgesetzrevision von 1994 auf die Verteilung der Gesetzgebungs-kompetenzen zwischen Bund und Ländern, Juristische Schriftenreihe, vol. 78, Münster, Lit Verlag, 1996, p. 18.

69 El Tribunal Constitucional Federal ha confirmado que, en efecto, los *Länder* están facultados para regular por sí mismos su derecho constitucional y de organización, siempre y cuando se mantengan dentro del marco que la Ley fundamental predetermina para sus correspondientes constituciones: *BVerfGE* 98, 145 (157).

70 Valga por todos Isensee, J. «Der Bundesstaat...», p. 749; März, W. «Artikel 30 GG»..., p. 818.

Federal) los que ocupen tendencialmente el lugar que, en un principio, estaba reservado a los gobiernos de *Land* en tanto que centros de dirección de la actuación administrativa.⁷¹

A la vista de todos estos hechos, cabe preguntarse, con Oeter, cuál es la razón que explica por qué los límites que la Ley fundamental pretendió establecer al alcance de la legislación federal fueron ampliamente superados, pese a la protección básica que otorga el artículo 79.3 GG a la existencia de un mínimo de facultades legislativas propias de los *Länder*.⁷² Aunque la respuesta no sea del todo satisfactoria, desde el punto de vista del derecho positivo se ha de reconocer que la indeterminación del artículo 79.3 GG (en conexión con el artículo 30 GG), junto a la vaguedad de la jurisprudencia constitucional en este punto, no permite deducir la existencia incuestionable de un número mínimo de competencias que deban tener a su disposición los *Länder* como «ajuar».⁷³

Ahora bien, ello no significa, ni mucho menos, que no existan en la Ley fundamental, así como en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal, prescripciones y orientaciones suficientes que permitan concluir que el vaciamiento competencial a que ha conducido la práctica legislativa y jurisprudencial se encuentra en el límite de lo constitucionalmente admisible y que, *pro futuro*, inspiren un proceso de sentido contrario, cuya finalidad última sea devolver a los *Länder* la «dignidad» que merecen como entidades públicas de carácter estatal. Precisamente esto fue lo que pretendió el reformador constitucional de 2006, si bien con un éxito relativo.

En lo referente a la reordenación del sistema de distribución de competencias, el principio de subsidiariedad deberá ser la guía que vaya marcando el camino a seguir, a cuyo término (por naturaleza, constantemente abierto a revisión) habremos de encontrarnos unos *Länder* dotados de amplias facultades legislativas, de manera destacada en aquellos ámbitos materiales de su mayor interés (configuración de su propio orden constitucional, autoorganización institucional, gobierno local, cultura, educación, medios de comunicación, urbanismo, protección de los recursos naturales, etc.), pero también en otros que, en general, constituyan un reflejo fiel de su cualidad estatal (participación en la dirección de la política y de la economía nacio-

71 Oeter, S. *Integration...*, p. 411.

72 *Ibidem*, p. 410.

73 Šarčević, E. *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 233 y s.

nal y formación de la opinión federal en el seno de las organizaciones de carácter supraestatal, de manera destacada en la Unión Europea, asistencia pública, sanidad, regulación del mercado laboral, etc.). En el campo de tensión formado por los polos del mencionado principio de subsidiariedad y de la necesidad de integración y cohesión se habrá de desenvolver el núcleo de la discusión.⁷⁴

VII · Límites de la Federación y de los *Länder* en el ejercicio de sus respectivas competencias: el principio de lealtad federal

Aunque en un estado federal, particularmente en la República Federal de Alemania, las relaciones entre los diversos centros de poder público (Estado global o Federación y estados miembros o *Länder*) se encuentran ya definidas, con mayor o menor precisión, en la Constitución federal, la necesidad o, al menos, conveniencia, de un principio general que inspire, matice o module aquéllas no es algo superfluo, sino que, muy al contrario, puede servir de orientación o de horizonte en la labor interpretativa de esas concreciones jurídico-constitucionales. Este principio, en el constitucionalismo alemán, recibe el nombre de «comportamiento federal amistoso» (*bundesfreundliches Verhalten*) o de «lealtad federal» (*Bundestreue*).⁷⁵

Caracterizado por buena parte de la doctrina científica como principio básico del orden estatal federal⁷⁶, ha sido el Tribunal Constitucional Federal el que, con su jurisprudencia constante, ha perfilado su régimen jurídico,

74 En general, sobre esta cuestión, véase la obra citada de Oeter, S. *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.

75 Quizás, tal y como apunta Herzog, R. «Artikel 20 GG (*Bundesstaatliche Verfassung*)», en Maunz, Dürig, Hergoz, Scholz. *Grundgesetz Kommentar*, tomo II, C. H. Beck, entrega 18, 1980, p. 116 y s., más que de «principio» habría que hablar de «deber» u «obligación» de comportamiento amistoso tanto para la Federación como para los *Länder* en sus relaciones recíprocas.

76 Véase, en general, la obra de Bayer, H.-W. *Die Bundestreue*, Tübingen, J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1961, p. 40 y s., quien en su intento de llevar a cabo un encaje dogmático de la lealtad federal en el derecho público vigente a la vista de la teoría de las fuentes del derecho, caracteriza este principio como «derecho constitucional consuetudinario» o como «principio general del derecho». Véase también Isensee, J. «Der Bundesstaat...», p. 742; Isensee, J. «Idee und Gestalt...», p. 599 y s., y Sommermann, K.-P. «Artikel 20 GG»..., p. 21 y s.

extrayendo del mismo consecuencias jurídicas concretas, haciéndolo justificable, juridificándolo, en definitiva.⁷⁷ Sin perjuicio de abordar enseguida los puntos clave de esa jurisprudencia, no está de más señalar ahora algunas de las principales críticas que la llamada «lealtad federal» ha recibido por parte de autores tan destacados como Konrad Hesse,⁷⁸ para quien es más que dudoso que este principio juegue un rol tan fundamental en el orden constitucional del Estado federal alemán como el que le ha sido atribuido.

En primer lugar, no se ha de olvidar —destaca Hesse— que el origen de la «lealtad federal» se remonta a la Constitución del *Reich* de 1871, cuyo fundamento federal no era otro que el antiguo «principio aliancista» (*bündnisches Prinzip*), en tanto que expresión de una conformidad y colaboración jurídica otorgadas, sin que, por consiguiente, constituyese una norma susceptible de enjuiciamiento.⁷⁹ Hoy en día, resulta difícilmente discutible que la vigente Ley fundamental de 1949 parte de unos fundamentos distintos a los de alianza o pacto,⁸⁰ en el sentido que a tal expresión se le otorgó

Por su parte, Bauer, H. *Die Bundestreue* (Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre), Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, capítulo 4, p. 218 y s., apartándose de esta corriente dominante, pretende encontrar los fundamentos de la lealtad federal más que en principios constitucionales de notable abstracción, como el principio del Estado federal, en normas constitucionales escritas que establecen concretos deberes de comportamiento federal amistoso tanto para la Federación como para los *Länder*.

77 En efecto, desde temprano el Tribunal Constitucional admitió que una solicitud por la vía del artículo 93.1 núm. 3 GG (discrepancia de opiniones sobre los derechos y obligaciones de la Federación y de los *Länder*) se podía basar solamente en el principio no escrito de la lealtad federal (*BVerfGE* 6, 309 (328): «Si existen (...) obligaciones jurídico-constitucionales no escritas —y esto no puede ponerse en duda— también debe ser posible censurar la lesión de tales obligaciones en un conflicto jurídico-constitucional»).

78 Hesse, K. *Grundzüge...*, p. 116 y s.

79 Sobre la formación del principio de lealtad en las relaciones federales en la historia constitucional alemana y el protagonismo que a tal efecto tuvo la obra de Rudolf Smend («Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat», en el libro-homenaje a Otto Mayer, 1916), véanse Bauer, H. *Die Bundestreue...*, p. 30 y s., y Bayer, H.-W. *Die Bundestreue...*, p. 3 y s. Véase también Albertí Rovira, E. *Federalismo...*, p. 235 y s.

80 Algo que, sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal no ha querido ver así, al concebir el principio federal, en su *BVerfGE* 1, 299 (315), de manera insuficientemente justificada, precisamente como la obligación de todos los partícipes en el «pacto federal» jurídico-constitucional (*verfassungsrechtliches «Bündnis»*) de colaborar de acuerdo con la esencia de dicho pacto en su consolidación, contribuyendo así a la protección y salvaguarda de los intereses de cada una de las partes y, por ende, de la totalidad. Véase también *BVerfGE* 1, 117; 3, 52; 6, 309 (361).

en el último tercio del siglo XIX, que se manifiestan principalmente en la existencia de un reparto competencial cuya garantía se encomienda a la jurisdicción constitucional, encargada asimismo de resolver cualquier otro conflicto que surja entre la Federación y los *Länder*.

Además, en el Estado federal de la Ley fundamental de Bonn –continúa Hesse– el principio de comportamiento federal amistoso sería también inadecuado como pauta de decisión porque, con frecuencia, las disputas entre la Federación y los *Länder* no son auténticamente federativas, sino que se trata más bien de conflictos entre diferentes orientaciones políticas en el seno del Estado global. Así las cosas, carece de sentido reclamar «lealtad» o «comportamiento amistoso» a la oposición parlamentaria, porque el orden democrático de la Ley fundamental lo que presupone es precisamente lo contrario: la lucha o el enfrentamiento (pacífico) entre distintas opciones políticas.

De conformidad con todo lo anterior, este principio o deber de lealtad federal, con su «amplitud e indeterminación» (*Weite und Unbestimmtheit*), a lo sumo serviría –al parecer de este autor– como criterio limitadamente adecuado para resolver disputas de significado político.⁸¹ Se ha de tener presente, por lo demás, que como mandato general de cooperación, de sintonía o de coordinación entre la Federación y los *Länder*, el principio de comportamiento federal amistoso formaría parte integrante ya del orden estatal federal de la Ley fundamental como «norma constitucional inmanente», de la que se derivaría que ese orden está erigido sobre la base de la complementación y de la cooperación recíproca entre la Federación y los *Länder*. Además, en la medida en que para la solución de un conflicto jurídico federal exista una disposición constitucional escrita o un principio jurídico certero, no sólo es superfluo recurrir al principio de lealtad federal, sino también inválido. Finalmente –concluye Hesse–, si a pesar de todo lo dicho fuese imprescindible acudir a este principio, se habrán de observar, en cualquier caso, los límites jurídico-funcionales constitucionalmente establecidos, cuando las decisiones en sede política hayan de ser sustituidas por las decisiones de los tribunales.

Sin desconocer la importancia de estas críticas, lo cierto es que, según se ha apuntado, tanto el Tribunal Constitucional Federal como la mayoría

81 Es precisamente ese «alto grado de generalidad» de este principio lo que lleva a Vogel, J. J. «El régimen federal...», p. 635, a «exigir extrema moderación en su utilización como parámetro de la decisión judicial».

de la doctrina científica consideran que el principio de comportamiento federal amistoso es parte relevante del orden estatal federal,⁸² derivando de él numerosas consecuencias jurídicas. La labor de juridificación y concreción de este principio o deber realizada por el Tribunal de Karlsruhe ha traído consigo una «despolitización» (*Entpolitisierung*) y una consecuente tendencia hacia la juridificación de las relaciones federativas, desconocida hasta entonces en el constitucionalismo germano, lo que no siempre genera consecuencias deseables, en tanto que limita los márgenes de la discusión y de la decisión política, premisa existencial de todo orden federativo, sometiendo simultáneamente a los tribunales la resolución de cuestiones de base jurídica muy débil.⁸³

Así pues, y a pesar de que, como algún autor ha denunciado, los fundamentos y las consecuencias de este principio aún no han sido declarados en muchos aspectos, con lo que se carece de un sistema cohesionado que permita comprenderlo en todo su alcance y significación,⁸⁴ de los casos decididos por la jurisprudencia constitucional se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Se trata de un «principio constitucional no escrito» pero justiciable,⁸⁵ de un «principio general a inferir de la Ley fundamental»⁸⁶ o de una «norma constitucional inmanente a la Ley fundamental»,⁸⁷ desarrollado «a partir de la esencia del Estado federal»,⁸⁸ que «se corresponde con la relación básica característica del Estado global y de los estados miembros en el Estado federal»⁸⁹ y que, en consecuencia, puede «sólo ser correctamente entendido

82 Ya en la Sentencia de 21 de mayo de 1952, el Tribunal Constitucional Federal reconoció que «el principio del Estado federal se corresponde con (...) la obligación jurídico-constitucional de que los miembros de la Federación (...) entre sí (...) se guarden lealtad y se entiendan. El principio jurídico-constitucional del federalismo válido en el Estado federal incluye por eso el deber jurídico de la Federación y de todos sus miembros de un ‘comportamiento federal amistoso’» (*BVerfGE* 1, 299 (315)).

83 Stern, K. *Das Staatsrecht...* tomo I..., p. 701; Albertí Rovira, E. *Federalismo...*, p. 258.

84 Münch, I. von. *Staatsrecht I*, (Einführung; Deutschland; Teilung und Vereinigung; Staatsform; Staatsorgane; Deutschland in der Europäischen Gemeinschaft), Stuttgart-Berlin-Köln, Verlag W. Kohlhammer, 5ª ed. revisada, 1993; 6ª ed., 2000, p. 238.

85 *BVerfGE* 4, 115 (140); 6, 309 (361); 12, 205 (254); 34, 9 (44); 42, 103 (117); 43, 291 (348).

86 *BVerfGE* 4, 214 (218).

87 *BVerfGE* 6, 309 (361).

88 *BVerfGE* 8, 122 (138) con referencia a *BVerfGE* 1, 117 (131); 1, 299 (315 y s.).

89 *BVerfGE* 31, 314 (354).

a partir de una visión general de todas las demás normas constitucionales que regulan esta relación»⁹⁰; en definitiva, su origen se encuentra en el «principio del Estado federal» del artículo 20.1 GG.⁹¹

• La función de este principio radica en «mantener dentro de ciertos límites los egoísmos de la Federación y de los *Länder*» («*er hält die Egoismen des Bundes und der Länder in Grenzen*»),⁹² de modo que cuando se produzca una divergencia de intereses entre ambos no se permite que una parte sufra serios perjuicios por el mero hecho de que la otra adopte medidas que exclusivamente tengan en consideración sus propios intereses;⁹³ el mismo rige la totalidad de las relaciones jurídico-constitucionales de la Federación y de los *Länder*; así como de estos entre sí,⁹⁴ y pretende vincular recíprocamente de manera fuerte a todos los niveles estatales sometiéndolos al orden constitucional común, a fin de consolidar precisamente la integración en el seno del Estado federal.⁹⁵

• Este principio tiene una naturaleza meramente accesoria, es decir, no da lugar a nuevas relaciones jurídicas autónomas, sino que genera, modifica o limita derechos o deberes en el marco de relaciones jurídicas ya existentes,⁹⁶ y sólo se aplica de manera subsidiaria, esto es, sólo cabe recurrir a

⁹⁰ *BVerfGE* 6, 309 (361).

⁹¹ *BVerfGE* 8, 122 (131); 12, 205 (254); 34, 9 (20); 43, 291 (348); 55, 274 (318); 72, 330 (382 y s.); 81, 310 (337 y s.); 86, 148 (213 y s.); 92, 203 (230); 101, 158 (232 y s.). Crítico con esta pretensión del Tribunal Constitucional Federal, seguida ampliamente por la doctrina, de hacer derivar el principio de comportamiento federal amistoso a partir de la esencia o del principio del Estado federal, hasta el punto de casi identificarlos, véase Šarčević, E. *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 81 y s. y 157. Para este autor, la lealtad federal, como tuvo oportunidad de demostrar Hartmut Bauer, no se deriva del principio federal, sino de todas aquellas obligaciones especiales de lealtad que se encuentran fijadas por escrito a lo largo de toda la Ley fundamental, evitándose de este modo abstracciones jurídicas extrañas al texto constitucional (véase Bauer, H. *Die Bundestreue...*, p. 219 y s., 262 y s. y 325 y s.).

⁹² *BVerfGE* 43, 291 (348).

⁹³ *BVerfGE* 4, 115 (140); 34, 216 (232).

⁹⁴ *BVerfGE* 6, 309 (361); 8, 122 (138); 12, 205 (254); 73, 118 (197); 81, 310 (337).

⁹⁵ *BVerfGE* 8, 122 (140).

⁹⁶ *BVerfGE* 13, 54 (75 y s.). Como señala Oeter, S. *Integration...*, p. 226 y s., este pronunciamiento de 11 de julio de 1961, conocido como «Sentencia de Hessen», en tanto que el objeto del recurso giraba en torno a la nueva ordenación territorial de este *Bundesland*, en realidad supone una fijación más restrictiva para los *Länder* de los límites de la lealtad federal que la que el mismo Tribunal estableció en su sentencia anterior sobre la televisión de 28 de febrero de 1961 (*BVerfGE* 12, 205). Ahora el Tribunal acentúa el hecho de que la lealtad federal «constituye o limita derechos u obligaciones en el seno

él válidamente en la medida en que no existan ya concretas normas que solucionen el conflicto federal en cuestión.⁹⁷

• La obligación subyacente a este deber jurídico no actúa de manera tan automática como la que cabe derivar del principio democrático de la mayoría; sin embargo, aquélla puede ser lo suficientemente fuerte como para dar lugar a las necesarias decisiones comunes; sobre todo, mediante la lealtad federal se consigue también establecer ciertos límites al predominio del Estado global en interés de los estados miembros.⁹⁸

• Entre las obligaciones jurídicas, formuladas de forma negativa, que cabe derivar de este principio se encuentran las siguientes:

– al contrario de lo que sucede en las relaciones de derecho internacional, en el seno del Estado federal ninguna parte puede distanciarse del cumplimiento de este deber de lealtad con la excusa de que también la(s) otra(s) lo ha(n) hecho (prohibición de la réplica *tu quoque*);⁹⁹

– la Federación ha de buscar constantemente el entendimiento con todos los *Länder*, de modo que no es admisible que pretenda aprovecharse de la eventual rivalidad entre ellos para alcanzar un determinado objetivo,¹⁰⁰ que practique la técnica *divide et impera* con el fin de lograr un acuerdo con unos *Länder* para imponérselo a los demás,¹⁰¹ o que emprenda negociaciones directas con algún ayuntamiento dejando al margen al *Land* respectivo;¹⁰²

– el legislador federal y los de los *Länder* han de evitar la aparición de grandes desequilibrios salariales en sus respectivos campos de regulación;¹⁰³

– la falta de acuerdo entre los *Länder* no puede conducir, si no se quiere lesionar este principio de comportamiento federal amistoso, a que la libertad de movimiento y de residencia, garantizada en el artículo 11 GG para todo el territorio federal, se vea dificultada u obstaculizada;¹⁰⁴

de una relación jurídica existente entre la Federación y los *Länder*», pero no funda «una relación jurídica autónoma entre ellos». Véase también *BVerfGE* 14, 197 (215); 21, 312 (326); 42, 103 (117); 81, 310 (337).

97 *BVerfGE* 39, 216 (232); 43, 345 (358 y s.).

98 *BVerfGE* 1, 299 (315).

99 *BVerfGE* 8, 122 (140); 12, 205 (254).

100 *BVerfGE* 86, 148 (211 y s.).

101 *BVerfGE* 12, 205 (255).

102 *BVerfGE* 56, 298 (311).

103 *BVerfGE* 3, 52 (57); 32, 198 (218).

104 *BVerfGE* 34, 165 (194 y s.).

– en el marco de la legislación concurrente, los *Länder* tienen prohibido hacer uso de sus facultades «tan pronto como la Federación comience a hacer de esta materia objeto de un procedimiento legislativo».¹⁰⁵

• Este principio da lugar no sólo a relaciones de abstención u omisión sino también a otras de actividad o comportamiento en la forma de obligaciones de ayuda y de cooperación,¹⁰⁶ por ejemplo, en lo relativo a:

– la igualación financiera de los *Länder*, prevista en el artículo 107.2 GG, lo que motiva incluso el nacimiento de una obligación común de la Federación y de los *Länder* de prestar ayuda económica a aquel *Land* que se encuentre en situación de emergencia presupuestaria; asimismo, será preciso que cada *Land* tenga en consideración «las repercusiones financieras» de sus propias leyes «en relación con los *Länder* menos solventes»;¹⁰⁷

– el entendimiento de todas las partes, lo que conlleva que en las relaciones de los *Länder* entre sí impere el principio del común acuerdo o unanimidad, impidiéndose así que un *Land* pueda quedar sometido a la decisión mayoritaria de algunos o de todos los restantes;¹⁰⁸

– la toma en consideración de los intereses de las demás partes integrantes de la estructura estatal federativa; sobre todo, en aquellos supuestos en los que la Federación y los *Länder* por sí solos no puedan atender debidamente las necesidades del bien común, la acción política conjunta de todos ellos se sustentará en la derivación, a partir de la lealtad federal, de deberes recíprocos de información, armonización, consideración y cooperación, tanto desde un punto de vista procedimental como material;¹⁰⁹ y

105 *BVerfGE* 34, 9 (29). En contra de esta jurisprudencia, véase Müller, M. D. *Auswirkungen...*, p. 159, para quien «la iniciativa legislativa no impide por sí sola ya la eficacia de una ley de *Land* sobre la misma materia. El efecto barrera comienza sólo con la publicación, porque según el artículo 82.1 GG, la publicación concluye el acto de creación jurídica. Hasta la publicación el legislador de *Land* puede adoptar una regulación legal de *Land*. De la exigencia de comportamiento federal amistoso no se sigue ninguna anticipación del comienzo del efecto barrera porque ello contradiría el en esa medida diáfano tenor literal del artículo 72.1 GG en su nueva redacción [a partir de 1994]».

106 *BVerfGE* 8, 122 (138); 56, 296 (322).

107 *BVerfGE* 1, 117 (131); 4, 115 (149); 12, 205 (254); 32, 198 (218); 72, 330 (386 y s.); 86, 148 (260).

108 *BVerfGE* 1, 299 (315); 12, 205 (225); 41, 298 (308).

109 *BVerfGE* 3, 52 (57); 4, 115 (140); 6, 309 (361); 12, 205 (254); 29, 203 (234 y s.); 31, 314 (355 y s.); 32, 199 (218, 238); 33, 303 (357); 34, 216 (231); 72, 330 (402); 79, 203 (230); 81, 310 (337).

– la observancia por parte de los *Länder* de los tratados internacionales firmados por la Federación, correlato de la obligación de esta última de informar y de representar eficazmente los intereses de aquéllos frente a los estados extranjeros y de defenderlos frente a eventuales ataques o invasiones.¹¹⁰

• Este principio encuentra su principal razón de ser en su función de límite al ejercicio de las competencias tanto federales como de los *Länder*;¹¹¹ aunque una determinada medida se encuentre cubierta por una norma competencial no se puede, no obstante, hacer un «uso torticero» o abusivo de la misma, sin consideración y respeto a los intereses mutuos, tanto del Estado global como de los *Länder*.¹¹² En ningún caso, con base en este principio, se podrá alterar el reparto competencial constitucionalmente establecido. La lealtad federal no constituye ninguna habilitación para actuar, no crea ninguna competencia o facultad, sino que, antes bien, presupone su existencia.¹¹³

• «También el procedimiento y el estilo de las negociaciones que sean imprescindibles en la vida constitucional entre la Federación y los *Länder* o entre estos entre sí se encuentran sometidos al mandato de comportamiento federal amistoso», lo que quiere decir, entre otras cosas, que en la República Federal de Alemania los *Länder* tienen todos el mismo *status* jurídico-constitucional, es decir, son estados que en su relación con la Federación tienen derecho a recibir igual tratamiento, con independencia de la orientación política de su gobierno.¹¹⁴

• La constatación de la lesión del deber de comportamiento federal amistoso por parte del órgano jurisdiccional correspondiente tiene un ca-

110 *BVerfGE* 6, 309 (328, 361 y s.); 32, 199 (219). Lo mismo cabe decir respecto de la preparación y ejecución de los actos jurídicos comunitarios: *BVerfGE* 92, 203 (230 y s.).

111 *BVerfGE* 1, 117 (131); 1, 299 (315); 4, 115 (141 y s.); 8, 122 (138); 12, 205 (239); 13, 54 (75); 14, 197 (215); 32, 199 (218); 34, 9 (20); 43, 291 (348 y s.). En la literatura científica también es recalcado con frecuencia el amplio significado de la lealtad federal, en concreto, para la legislación de la Federación (tanto para la exclusiva y la concurrente como para la –extinta– legislación marco y la legislación básica). Se considera, por regla general, que ese principio posibilita una modulación del ejercicio de las competencias constitucionales escritas. Valga por todos: Bauer, H. *Die Bundestreue...*, p. 328 y s.; Šarčević, E. *Das Bundesstaatsprinzip...*, p. 162.

112 *BVerfGE* 4, 115 (141 y s.); 6, 3 (66); 6, 309 (361 y s.); 12, 205 (239 ss.); 14, 197 (215); 32, 199 (238); 34, 9 (20 y s.); 34, 216 (232); 43, 291 (348); 81, 310 (337); 92, 203 (230).

113 *BVerfGE* 34, 9 (44); 76, 1 (77).

114 *BVerfGE* 12, 205 (255 y s.).

rácter objetivo, esto es, no presupone la acreditación de una «infidelidad» o de una malicia; en absoluto implica un reproche.¹¹⁵

Aunque de esta exposición enumerativa del contenido de los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal en relación con el principio de lealtad federal no se pueda deducir con facilidad, en tanto que no se ha atendido prioritariamente en su realización a un criterio cronológico, ciertamente la jurisprudencia constitucional ha mostrado a este respecto una notable evolución.¹¹⁶ Así, en un primer momento, este principio fue concebido de manera muy favorecedora de la posición de los *Länder*, representando el punto álgido de esta línea jurisprudencial la Sentencia de la televisión de 28 de febrero de 1961 (*BVerfGE* 12, 205), en la que el Tribunal lleva a efecto una interpretación sumamente extensiva de la lealtad federal a favor de los *Länder*, lo que motiva una crítica generalizada que conduce a que el Tribunal en los años siguientes de esa década apenas sí acuda a este principio como criterio fundamentador de sus pronunciamientos.¹¹⁷

Con la paulatina acentuación de los rasgos cooperativos en el federalismo alemán, la jurisprudencia constitucional sobre la lealtad federal comienza a experimentar un renacimiento a fines de los años sesenta¹¹⁸ que desemboca en la Sentencia de 26 de julio de 1972 (*BVerfGE* 34, 9), en la que el Tribunal, apelando al «ajuar» inalienable de los *Länder* como reflejo de su cualidad de estados, readmite de nuevo el principio de la lealtad federal como argumento de fondo de su fundamentación. A partir de entonces se sucederán los pronunciamientos en los que, con mayor o menor intensidad, se acudirá a este principio para justificar el fondo de la decisión,¹¹⁹ si bien habrá que esperar a la Sentencia de 24 de junio de 1986 (*BVerfGE* 72, 330), relativa al equilibrio financiero de los *Länder*, para que el principio de comportamiento federal amistoso recupere toda su importancia como criterio básico de la argumentación jurisprudencial.¹²⁰

115 *BVerfGE* 8, 122 (140).

116 Oeter, S.: *Integration...*, p. 231, 240 y s. y 352 y s.

117 Entre las excepciones que cabe mencionar: *BVerfGE* 13, 54 (75 y s.); 14, 197 (215); 21, 312 (326). Si bien, en estas sentencias el Tribunal sólo acudió al principio de lealtad federal de manera complementaria (en *obiter dictum*), sin tomarlo en consideración a la hora de emitir el fallo.

118 *BVerfGE* 26, 116 (137); 32, 199 (218).

119 *BVerfGE* 34, 216; 38, 231; 39, 96 (119 y s.); 41, 291 (310); 42, 103 (117 y s.); 42, 345; 43, 291 (348 y s.); 56, 298 (322); 61, 149 (205).

120 Véase también *BVerfGE* 73, 118 (196 y s.); 81, 310 (337); 84, 25 (31 y s.).

Un hito significativo de esta nueva etapa lo constituye la Sentencia de 22 de mayo de 1995 (*BVerfGE* 92, 203), en la que el Tribunal hace suyo un argumento largamente discutido en la literatura científica acerca de la necesidad de hacer efectivo el principio de lealtad federal también en los asuntos comunitarios.

En resumen, se puede concluir, con Oeter, que la jurisprudencia constitucional sobre la lealtad federal, en un principio concebida de manera más favorable a los *Länder*, en correspondencia con su originaria concepción «aliancista» debida a Rudolf Smend, con el transcurso del tiempo se acercó más a la concepción unitarista, ya ensayada en los últimos años de la República de Weimar.

Con todo, como ya se apuntó, lo más digno de destacar de esta jurisprudencia es que mediante la misma el Tribunal Constitucional Federal ha conseguido dotar a la generalidad y vaguedad del principio de comportamiento federal amistoso de un claro contenido jurídico, en forma de derechos y obligaciones tanto para la Federación como para los *Länder*, susceptibles de ser sometidos a control jurisdiccional y, en esa medida, de ser jurídicamente exigibles.

Asimismo, aunque ya ha quedado suficientemente constatado en esta sistematización jurisprudencial, se ha de tener una y otra vez presente que en la medida en que estén ya previstas normas jurídicas escritas que sean de aplicación al conflicto en cuestión, es a éstas a las que se ha de recurrir siempre y no al principio general no escrito de la lealtad federal, porque en esas normas jurídicas explícitas ya se encuentran incorporadas, con el alcance que el constituyente o el legislador les quiso otorgar, las valoraciones y ponderaciones que de tal principio pretendieran derivarse.¹²¹ A tal efecto, corresponde al Tribunal Constitucional Federal realizar una aplicación mo-

121 Véase Münch, I. von. *Staatsrecht I...*, p. 239; Alberti Rovira, E. *Federalismo...*, p. 257 y s. De otra opinión, Hendler, R. «Unitarisierungstendenzen im Bereich der Gesetzgebung (*Zum Verhältnis von Landesgesetzgebungskompetenzen zur Bundesgesetzgebung*)», *ZG*, 3, 1987, p. 214 y s., quien, en el terreno de la legislación concurrente, considera prescindible la apelación del Tribunal Constitucional Federal al artículo 72.2 GG como norma jurídico-constitucional cuya eficacia se limita esencialmente a rechazar un ejercicio competencial abusivo de la Federación, en tanto que el mismo ya vendría prohibido por medio de la aplicación del principio de lealtad federal. Como se ha dicho, esta opinión resulta inaceptable porque antepone una construcción jurisprudencial de contornos difusos a la aplicación de una norma jurídica expresa, de rango constitucional en este caso.

derada y contenida de este principio de comportamiento federal amistoso, orientada en todo momento por el contenido de las decisiones expresas ya adoptadas por el constituyente. Es precisamente aquí, en la interpretación de las normas constitucionales escritas, donde este principio, en tanto que modulador de la totalidad de las relaciones federativas, podrá desplegar toda su eficacia.¹²² En ausencia de tales normas escritas podrá dar lugar también a obligaciones y derechos concretos para una u otra parte, si bien ésta es una cuestión que se habrá de estudiar detenidamente en cada supuesto.

Por otro lado, conviene dejar claro asimismo que tampoco se puede derivar de este principio un deber exclusivo tanto de la Federación como de los *Länder* de contribuir a la realización del interés común; más bien, ese interés común ha de servir de límite infranqueable tanto para aquélla como para éstos en la persecución legítima de su interés particular.

Además, la lealtad federal, como principio al servicio de un mejor funcionamiento de las relaciones federales, no puede emplearse para justificar una excesiva homogeneización o uniformidad entre la Federación y los *Länder* que, en último término, suponga la destrucción misma del significado del federalismo como aceptación y acomodo de la diversidad en la unidad.¹²³

Finalmente, en relación con el reparto competencial, el margen de manobra del principio de comportamiento federal amistoso, como se ha encargado de precisar acertadamente el Tribunal Constitucional Federal en la jurisprudencia mencionada, se limita fundamentalmente al momento del ejercicio por parte de la Federación y/o de los *Länder* de sus respectivas competencias. Mediante la aplicación del mismo, por tanto, no puede bajo ninguna circunstancia verse alterada la titularidad de la competencia. Esta es una decisión reservada a la Ley fundamental (artículo 30 GG y concordantes). Tan sólo el alcance del ejercicio de la misma puede encontrar alguna ponderación mediante la intervención de este principio, en tanto que la separación ideal de los ámbitos competenciales de la norma constitucional no encuentra siempre una correspondencia exactamente igual de pacífica en el momento crítico de su aplicación práctica.¹²⁴

122 Como señala Isensee, J. «Idee und Gestalt...», p. 605, la lealtad federal no es ninguna norma de subsunción ya acabada sino que, en tanto que cláusula general, está destinada a la concreción exegético-constitucional.

123 Albertí Rovira, E. *Federalismo...*, p. 250.

124 Como observa Isensee, J. «Der Bundesstaat...», p. 742, el principio de lealtad federal relaciona en cierta medida a nivel del ejercicio competencial lo que a nivel de la dotación competencial se encuentra separado.

En conclusión, al principio o deber de lealtad federal o de comportamiento federal amistoso le corresponde una tarea limitada como criterio de apoyo a la interpretación de las normas constitucionales relativas al reparto de competencias (artículo 30 y concordantes de la Ley fundamental). En ningún caso puede dar lugar al nacimiento de nuevas competencias o a la alteración de la titularidad de las existentes. Su campo de acción es el del ejercicio, no el de la atribución competencial. Por otro lado, en tanto que principio general inmanente al Estado federal, habrá de inspirar el conjunto de las relaciones de la Federación y los *Länder* y de éstos entre sí. No obstante, también aquí, siempre que sea posible, habrá que buscar alguna conexión con disposiciones jurídico-constitucionales escritas que ofrezcan ya alguna «pista» sobre el *modus procedendi* en cada concreta relación jurídica entre las partes integrantes del Estado federal. En último término, toda estructura estatal políticamente descentralizada, como la República Federal de Alemania, precisa, como *conditio sine qua non* de su propia existencia y de su adecuado y eficaz funcionamiento, de unos modos de actuación por parte de todos los integrantes de la misma basados en la práctica de la lealtad, cualesquiera que sea el ámbito funcional en el que se desarrollen.

VIII · Interpretación y justiciabilidad de las normas constitucionales sobre reparto de competencias

La interpretación de las normas constitucionales de distribución de competencias, en principio, no tiene por qué diferenciarse sustancialmente de la de cualquier otro precepto integrante de la Ley fundamental. Los métodos interpretativos clásicos (sistemático, literal o gramatical, histórico y teleológico, principalmente) también están llamados aquí a resolver las dudas que puedan surgir sobre el sentido o el alcance de una concreta disposición constitucional atributiva de competencias a la Federación o a los *Länder*. Sin embargo, es cierto que, por su singular importancia para el orden jurídico-político del Estado federal, el Tribunal Constitucional Federal, sobre todo, y la doctrina científica, han establecido algunas peculiaridades en relación con la hermenéutica de estas disposiciones.

En primer lugar, se ha de destacar que, a diferencia de lo que sucede en otros sistemas federales, en la República Federal de Alemania el Tribunal Constitucional Federal, una de cuyas funciones esenciales, como

ya destacara Hans Kelsen,¹²⁵ consiste en dar respuesta a los conflictos de competencias entre las distintas partes integrantes del Estado global, sí ha desplegado una labor jurisprudencial netamente protectora de los ámbitos competenciales de los Estados miembros o *Länder*.¹²⁶ Es posible, así, encontrar numerosas sentencias en las que el Tribunal no ha tenido reparos en proclamar la inconstitucionalidad de alguna ley federal por vulneración del orden constitucional de reparto de competencias.¹²⁷ Esto, que de por sí no tiene nada de extraordinario en tanto que desde un punto de vista teórico las disposiciones constitucionales sobre distribución de competencias vinculan en igual medida tanto a la Federación como a los *Länder*, desde otra perspectiva más práctica no deja de tener su importancia, pues es generalmente sabido que en los estados federales sucede muchas veces que la Federación, dada su preeminencia política, económica o financiera, cuenta con una especie de «benplácito» de la jurisdicción constitucional, que apelando a la generalidad y al carácter más bien político de esas disposiciones competenciales, no entra a conocer o tiene reticencias en declarar la invalidez de las leyes federales que les dan forma, pese a que en ocasiones su contenido exceda claramente los límites de la competencia que la Federación tiene atribuida por la Constitución federal, algo que, por otra parte, también ha sucedido en buena medida en la República Federal de Alemania, en donde conviven en un difícil equilibrio ambas líneas jurisprudenciales: protección de los ámbitos competenciales de los *Länder* frente a excesos normativos de la Federación, por un lado, y amplia o generosa interpretación de las normas competenciales federales, permitiendo la extensión de su campo de aplicación más allá de los (difusos) límites constitucionalmente establecidos, por el otro.¹²⁸

Entre los criterios hermenéuticos a los que ha acudido el Tribunal Constitucional Federal alemán para controlar la validez de las leyes de la Federación o de los *Länder* dictadas en desarrollo de las atribuciones com-

125 Kelsen, H. *Allgemeine Staatslehre...*, p. 220 y s.

126 Frowein, J. A. «Konkurrierende Zuständigkeit und Subsidiarität (Zur Kompetenzverteilung in bündischen Systemen)», en Badura, P. y Scholz, R. (ed.) *Wege und Verfahren des Verfassungslebens* (Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag), München, 1993, p. 403.

127 *BVerfGE* 1, 14 (35); 3, 407; 15, 1; 22, 181 (210); 26, 281 (294, 297); 26, 338; 61, 149; 67, 256; 82, 159.

128 Sobre esta «paradoja» de la jurisprudencia constitucional, véase Oeter, S. *Integration...*, p. 330 y s.

potenciales correspondientes, destaca, por la frecuencia de su invocación, el histórico.¹²⁹ Mediante el mismo, se pretende realizar un entendimiento de la competencia de conformidad con el sentido que la misma tenía en el momento de su formación. Dado que la mayoría de los vigentes títulos competenciales de la Federación fueron fijados ya, con pequeñas variaciones, en la Constitución de Weimar de 1919, resulta preciso establecer una conexión histórica con este texto constitucional y acudir así al sentido que aquéllos tenían durante el período de vigencia del mismo a fin de determinar su alcance o contenido actual, y no al sentido lingüístico que quepa derivar de la norma competencial objeto de análisis en el momento de su concreta aplicación.¹³⁰

A través de este método interpretativo, el Tribunal, en realidad, lo que pretende es poner freno a las naturales tendencias expansivas de las competencias federales, congelando tendencialmente los títulos competenciales de la Federación en interés de la seguridad y de la previsión jurídicas.¹³¹ Porque, en efecto, una interpretación de las competencias federales de acuerdo a su tenor literal y a la luz de las circunstancias concretas del momento de su aplicación, llevaría con toda probabilidad a un entendimiento sumamente amplio de las mismas, lo que, en último término, conduciría a una situación en la que la Federación podría siempre encontrar fundamento jurídico o legitimación para su actuación normativa.

Sin poner en cuestión aquí las «buenas intenciones» del Tribunal Constitucional Federal a la hora de optar por un método interpretativo de este tenor, cuyo fin último no es otro que dejar libre la mayor parte posible de los ámbitos materiales a la regulación de los *Länder* (ya de por sí seriamente disminuidos en la Constitución federal), tampoco se pueden ignorar los inconvenientes de esta opción. Al igual que sucedía en Austria con la llamada «teoría de la petrificación» (*Versteinerungstheorie*),¹³² los riesgos

129 *BVerfGE* 7, 29 (44); 33, 52 (61); 33, 125 (152); 36, 193 (206); 43, 20 (29); 61, 149 (175).

130 Isensee, J. «Der Bundesstaat...», p. 742; Frowein, J. A. «Konkurrierende...», p. 403.

131 Oeter, S. *Integration...*, p. 413 y s.

132 Los criterios hermenéuticos empleados por el Tribunal Constitucional austriaco para resolver los posibles conflictos competenciales que pudieran surgir entre la Federación y los *Länder* han sido muy variados, si bien destaca por la frecuencia de su invocación la llamada «teoría de la petrificación» (*Versteinerungstheorie*), en virtud de la cual el Tribunal, haciendo uso del método interpretativo histórico-sistemático, ha pretendido «mantener el equilibrio competencial en el momento en que éste se estableció por primera vez», estudiando a tal efecto «qué es lo que contenía una determinada expresión

de adoptar en Alemania el método histórico como criterio predominante de interpretación apuntan básicamente en una dirección, en concreto, a la grave dificultad que el mismo supone para proceder a una hermenéutica de las materias competenciales acorde a las nuevas demandas sociales o a las nuevas necesidades que vayan surgiendo con el paso del tiempo, como consecuencia de la constante evolución de los conocimientos científicos o tecnológicos, del desarrollo económico o de la situación política. De

cuando entró a formar parte de la Constitución». En este sentido, el «momento de la petrificación» (*Versteinerungspunkt*), por lo general, será el 1 de octubre de 1925, fecha en que entraron en vigor los preceptos atinentes a la división de competencias, si bien las numerosas reformas habidas con posterioridad permiten situar aquél en el momento de la entrada en vigor de las mismas: *VfSlg* 2721/1954; también *VfSlg* 1327/1939; 1994/1950; 2670/1954/ 3472/1958; 4204/1962; 5573/1967; 12165/1989. Véase Ermacora, F., Baumgartner, G. y Strejcek, G. *Österreichische Verfassungslehre*, Wien, Verlag Österreich, 1998, p. 260; Walter, R. y Mayer, H. *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Wien, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlungen, 9ª ed., 2000, p. 153; Vernet i Llobet, J. *El sistema federal austriaco*, Madrid, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Marcial Pons, 1997, p. 161 y s.

La adopción de este método por parte del Tribunal Constitucional constituye una prueba de la importante capacidad de autocontención a que él mismo se somete. Consciente de que, en último término, sólo es un intérprete más (aunque sea el superior) de la Constitución, el Tribunal se muestra escrupulosamente respetuoso con ella, no reconociéndose a sí mismo legitimidad alguna para modificar la distribución de competencias que la norma fundamental establece como muestra del equilibrio de poder entre la Federación y los *Länder*, modificación que, en su caso, sólo corresponde llevar a efecto en sede política o constitucional. Véase Schäffer, H. *Prólogo* a la obra de Vernet i Llobet, J. *El sistema federal austriaco...*, p. 13 y s.

Aunque, como se ha destacado, la finalidad primordial de este criterio hermenéutico no es otra que respetar todo lo posible el reparto de competencias establecido en la Constitución federal y, a tal efecto, proteger a los *Länder*, lo cual se consigue con la «petrificación» de las competencias expresas, de las que es titular, en su mayoría, la Federación, las desventajas que van asociadas al mismo no son de índole menor, en tanto que supone un serio obstáculo para una interpretación de las competencias de acuerdo con las nuevas necesidades derivadas del desarrollo económico, político, científico, técnico, etc. De ahí que este método interpretativo haya sido objeto constante de críticas por parte de la doctrina, que han llevado al Tribunal Constitucional a suavizar o matizar sus consecuencias por medio de la introducción de nuevos criterios hermenéuticos que suponen, en realidad, una evolución de aquél: «principio de desarrollo intrasistemático» (*Prinzip der intrasystematischen Fortentwicklung*); «competencias anexas» (*Annexkompetenzen*) o «principio de adhesión» (*Adhäsionsprinzip*): *VfSlg* 2425/1952; 2721/1954; 11777/1988; 11864/1988. Véase Ermacora, F., Baumgartner, G. y Strejcek, G. *Österreichische Verfassungslehre...*, p. 260; Walter, R. y Mayer, H. *Grundriß...*, p. 134 y s.; Vernet i Llobet, J. *El sistema federal austriaco...*, p. 162 y s.

ahí que se haya de adoptar con todas las reservas y cautelas posibles este criterio histórico como método primordial de interpretación de las normas competenciales.

Se encuentra también muy extendida en la jurisprudencia constitucional, así como en parte de la doctrina científica, la opinión de que los títulos competenciales a favor de la Federación han de ser interpretados de manera estricta o, incluso, restrictiva.¹³³ Dado que las competencias de la Federación, a nivel general en el artículo 30 GG y en el concreto ámbito de la legislación en el artículo 70.1 GG, al menos, están formuladas, al contrario que las de los *Länder*, de manera excepcional, la interpretación de los títulos competenciales federales ha de ser restrictiva. Toda norma de carácter excepcional demanda una interpretación de este tipo –se argumenta. A favor de esta alternativa juega también el hecho de que por medio de la misma se consigue superar, en cierto modo, el desequilibrio existente entre las atribuciones competenciales de la Federación y de los *Länder*, claramente favorable a la primera.

Aunque los propósitos de esta argumentación han de ser valorados en su justa medida, lo cierto es que la misma, pese a todo, tampoco resulta fácil de aceptar por una razón fundamental: desde un punto de vista metodológico es dudosa una propuesta así porque el sentido y el alcance de las determinaciones competenciales, como los de cualquier otra norma jurídica, han de ser establecidos a través de la interpretación, mientras que con la solución mencionada se parte ya de un determinado resultado interpretativo orientado a un fin.¹³⁴ Es decir, se parte de un *a priori* o de un determinado presupuesto sobre el sentido que se ha de dar a la interpretación del título competencial federal, lo que ya predetermina decisivamente el sentido y el alcance del mismo, dejando de esta forma, en buena medida, carente de razón de ser a la propia labor interpretativa, que, por definición, ha de desarrollarse sin ningún condicionamiento previo.

Además, el argumento de que las disposiciones excepcionales se han de interpretar restrictivamente tampoco resulta muy convincente por otras razones. En primer lugar, no deja de ser cuestión muy discutible decidir

133 *BVerfGE* 12, 205 (228 y s.); 15, 1 (17); 26, 281 (297 y s.); 42, 20 (28); 61, 149 (174); 98, 265 (306 y s.). Entre la doctrina, valga por todos Schneider, T. *Die Rahmengesetzgebungskompetenz...*, p. 64.

134 Kenntner, M. *Justitiabler Föderalismus...*, p. 18 y s.

si, tal y como sostiene la opinión que aquí se discute, en efecto, las competencias de la Federación están fijadas de manera excepcional en el texto constitucional. Una observación detenida de la totalidad de los preceptos constitucionales atributivos de competencias (de manera destacada, con anterioridad a la modificación constitucional de 2006) muestra, más bien, que, al menos en el terreno de la legislación, la Federación ostenta la mayor parte de los títulos competenciales, mientras que a los *Länder* únicamente les restan competencias de carácter residual. Los artículos 30 y 70.1 GG, más que establecer una relación del tipo regla-excepción, se limitan a efectuar un reparto de las competencias entre la Federación y los *Länder* de conformidad con una técnica determinada que en absoluto presupone el carácter general o excepcional de los correspondientes títulos competenciales de aquélla o de estos últimos.

En todo caso, lo que sí cabe deducir de ese artículo 30 GG (y concordantes) es que la distribución de competencias en la República Federal de Alemania es de carácter completo, es decir, no queda espacio alguno posible para los vacíos o las lagunas competenciales. Y esto sí que habrá de ser tenido en todo momento en cuenta por el Tribunal Constitucional Federal a la hora de proceder a la interpretación de las normas constitucionales atributivas de competencias. Pero es que aun aceptando el carácter excepcional de las competencias federales, tampoco se entiende bien por qué las mismas, por ese solo hecho, han de ser interpretadas restrictivamente; más correcto parece sostener que las disposiciones excepcionales, como cualquier otra norma jurídica, se han de interpretar de acuerdo con los hechos y la función que tienen encomendada, de forma que, según el sentido y la finalidad de la norma competencial en cuestión, en algunas ocasiones será preciso realizar una interpretación estricta, mientras que en otras, por el contrario, habrá de primar una interpretación amplia de la misma.¹³⁵ Esta opinión, por cierto, no se aparta tanto de otra que alguna vez ha mantenido el propio Tribunal Constitucional Federal al referirse precisamente a la interpretación de las

135 Véase al respecto Kenntner, M. *Justitierbarer Föderalismus...*, p. 19 y s.; Merten, D. «Landesgesetzgebungspflichten kraft Bundesrahmenrechts?», en Wilke, D. (ed.) *Festschrift zum 125 jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1984, p. 447, sostiene que la tesis de que las disposiciones excepcionales se han de interpretar de manera restrictiva es inadecuada por indiferenciada; en su opinión, las disposiciones excepcionales no se han de interpretar ni de manera estricta ni de manera amplia, sino de manera correcta.

competencias federales, cuando establece que ésta habrá de ser individual, adecuada a la materia y adaptada a la función de las mismas.¹³⁶

Aunque en sí mismos no constituyan métodos de interpretación *stricto sensu*, pese a su cercanía al criterio hermenéutico teleológico, el mantenimiento de la unidad del ordenamiento jurídico y la consecución del bien común, fines a perseguir tanto por la Federación como por los *Länder*, están también presentes en la jurisprudencia constitucional, si bien en ocasiones de manera contradictoria, a la hora de interpretar la validez de determinadas leyes federales o de *Land* dictadas en desarrollo de la competencia respectiva que tengan constitucionalmente atribuida.¹³⁷

Una norma competencial de la Federación o de los *Länder* que ponga en peligro la unidad jurídica en el seno del Estado federal alemán o que dificulte o impida un ejercicio abierto, comunicativo y cooperativo de las competencias de aquélla y de éstos, será susceptible de ser declarada inconstitucional y, por tanto, nula por el Tribunal Constitucional Federal. En una estructura estatal políticamente descentralizada en ningún caso se puede renunciar al mantenimiento de la unidad jurídica, condición imprescindible de la propia existencia del Estado global, sin que ello tenga por qué significar uniformidad u homogeneización de la totalidad de los ordenamientos jurídicos de la Federación y de los *Länder*. Más bien, tal unidad jurídica proviene del respeto a una serie de principios básicos o fundamentales fijados en la Constitución federal, así como a los modos de articulación de las normas emanadas de los distintos entes estatales y a las formas de relación competencial igualmente establecidas en aquélla.

Asimismo, todas las acciones de los poderes públicos, sean federales o de los *Länder*, han de estar orientadas a la consecución del bien común, entendido éste como el mayor beneficio posible (medido en términos de bienestar) para los ciudadanos del Estado global, con independencia de la zona del territorio federal en que se encuentren. Dado que ni la Federación ni los *Länder* disponen de la suficiente dotación competencial como para cumplir por sí solos las exigencias emanadas de esa finalidad del bien común, existe una obligación de todos ellos de ejercer sus competencias de manera coordinada y armónica. Como afirma *Isensee*, «[l]as competencias

136 *BVerfGE* 37, 363 (405).

137 *BVerfGE* 45, 297 (342 y s.). En contra de considerar el punto de vista de la unidad jurídica como criterio decisorio en la interpretación de la competencia federal, véase *BVerfGE* 61, 149.

no proporcionan autarquía. Cortan conexiones vitales. Estas no pueden ser reguladas ni adecuada ni eficazmente sólo por una parte, cuando la misma únicamente ostenta competencias fragmentarias de regulación».¹³⁸ De ahí la necesidad anunciada de que la Federación y los *Länder* hayan de llevar a cabo un ejercicio cooperativo de sus respectivas competencias, de modo que cualquier disposición jurídica de rango legal de aquélla o de estos últimos que pusiera en peligro o impidiera el acercamiento hacia ese objetivo (más tendencial que definitivo) del bien común debiera ser declarada inválida por el Tribunal Constitucional Federal.

En relación todavía con esta finalidad del bien común cabe decir, asimismo, que el eventual conflicto competencial que pudiera surgir entre una ley federal y otra de *Land* que pusiera en peligro la consecución de aquél (o, mejor, el acercamiento hacia él) tampoco se deja resolver sin más apelando a la técnica de la ponderación. A pesar de que el Tribunal Administrativo Federal haya acudido en diversas ocasiones a la ponderación de los intereses administrativos con el fin de alcanzar el mejor equilibrio global de los mismos para el fin del bien común,¹³⁹ lo cierto es que esa técnica, a nivel legislativo, sólo es aplicable a la resolución de disputas entre los contenidos divergentes de las leyes federales y las de *Land*, pero no en lo referente a los fundamentos jurídico-competenciales de las mismas.¹⁴⁰

Por otra parte, la interpretación uniforme a nivel federal de los derechos fundamentales recogidos en la Ley fundamental (artículos 1-19 GG), así como el objetivo de la igualdad social (materializado en la cláusula del estado social del artículo 20.1 GG y vinculante también para los *Länder* vía artículo 28.1 GG) o de la equivalencia de las condiciones de vida en todo el territorio federal (expresamente prevista en el artículo 72.2 GG para el ámbito de la legislación concurrente, pero extensible más allá de este concreto tipo legislativo), van asociados también indefectiblemente a una mayor homogeneización o nivelación federativa de las facultades legislativas.¹⁴¹ En tanto que objetivos a perseguir, marcan ya de antemano determinadas pautas interpretativas de las competencias federales y de los *Länder*. Incluso la igualdad social o la finalidad de la equivalencia de las condiciones de vida, aunque en sí misma no constituye ninguna competencia autónoma, puede

138 Isensee, J. «Idee und Gestalt...», p. 569.

139 *BVerwGE* 29, 52 (58); 31, 263 (271); 44, 351 (358).

140 Isensee, J. «Idee und Gestalt...», p. 575.

141 Isensee, J. «Idee und Gestalt...», p. 656 y s.

llegar a actuar como directiva para el correcto ejercicio competencial. Su ámbito de proyección, si bien no puede válidamente sobrepasar los límites territoriales de los *Länder* ni los límites competenciales de la Federación,¹⁴² sí se encuentra en condiciones, sin embargo, de penetrarlos, favoreciendo así una interpretación «generosa» de los títulos competenciales de esta última, en tanto en cuanto la misma esté mejor capacitada, dada su, por lo general, superior dotación económica y financiera, para asegurar con mayores garantías ese objetivo de la igualdad social o de la equivalencia de las condiciones de vida.

A modo de conclusión provisional cabe decir que más allá de condiciones apriorísticas, de petrificaciones conceptuales o de ponderaciones de intereses que, como hemos visto, en poco ayudan a desentrañar el sentido y alcance de las normas competenciales, a lo que se ha de acudir es al empleo de determinados criterios hermenéuticos orientados a tal fin. Sin duda, entre ellos habrá de jugar un papel importante el método histórico, pero no necesariamente el preponderante o decisivo. Antes bien, en la interpretación de cualquier disposición jurídica aislada resulta concluyente la posición sistemática de la misma en el conjunto normativo. Los distintos preceptos que integran un cuerpo legislativo se encuentran en una relación insoslayable que es preciso descifrar para buscar el sentido y el alcance de cada uno de ellos. La libertad de configuración del legislador federal o de *Land*, como ha establecido el propio Tribunal Constitucional Federal, no depende únicamente de su título competencial, sino también de la presencia de otras normas constitucionales, los derechos fundamentales, sobre todo,

142 Algo que, sin embargo, en la práctica ha sucedido, gracias, sobre todo, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que ha realizado una interpretación excesivamente amplia y permisiva de la cláusula del estado social y del requisito de la «equivalencia de las condiciones de vida» del artículo 72.2 GG, que ha permitido a la Federación desplegar una actividad legislativa carente prácticamente de control, pese a que, en muchas ocasiones, no existiese título competencial en que apoyarse. Como señala Isensee, J. «Idee und Gestalt...», p. 657, al referirse a esta cuestión, «[L]a nivelación de las diferencias sociales lleva consigo la nivelación de las diferencias regionales». Lógicamente, una posición así, que no es la suya, sino más bien la que cabe deducir de la jurisprudencia constitucional aludida, ha de ser rechazada por desmedida, ya que de llevarse a sus últimas consecuencias podría conducir a un total desapoderamiento competencial de los *Länder*, algo que, como sabemos, no sólo impide la propia Constitución federal, sino que además supone ignorar injustificadamente que el objetivo de la igualdad social obliga tanto a la Federación como a los *Länder*, no más, pero tampoco menos.

que suponen un límite para aquélla.¹⁴³ Además, la finalidad perseguida por el legislador correspondiente y plasmada formalmente en la disposición objeto de discusión constituye también un importante criterio hermenéutico que habrá que tener siempre en consideración. Por último, como observa oportunamente Rengeling, tampoco se puede ignorar que, en muchas ocasiones, la determinación de los límites de la facultad de regulación de la Federación o de los *Länder* deriva directamente de las competencias de financiación de los artículos 105 y s. GG¹⁴⁴ (objeto de modificación tanto en 2006 como en 2009).

IX · El confuso empleo de los términos «competencia», «facultad» y «tarea» en la Ley fundamental de Bonn

Para concluir estas reflexiones sobre los fundamentos constitucionales del reparto de competencias entre la Federación y los *Länder* en la República Federal de Alemania, conviene llevar a efecto un esfuerzo de diferenciación conceptual que nos permita comprender mejor el significado que determinados términos tienen en el texto constitucional.

Hasta el momento se han venido utilizando los términos «competencia» (*Zuständigkeit* o *Kompetenz*), «facultad» (*Befugnis*) y «tarea» (*Aufgabe*) de manera poco rigurosa, sin aclarar si entre ellos existe o no algún tipo de diferencia. Corresponde ahora, pues, realizar el intento de delimitación jurídico-constitucional de cada uno de estos conceptos. En concreto, convendría dar respuesta a la pregunta: ¿de qué se habla cuando se habla de «competencias»?

En el artículo 30 GG se emplean simultáneamente los vocablos «facultades» y «tareas». En opinión de Vogel, el constituyente no ha querido en este precepto establecer «una distinción que fuera más allá del lenguaje ordinario».¹⁴⁵ Maunz reconoce asimismo que no son fáciles de identificar

143 *BVerfGE* 6, 309 (354); 34, 165 (181); 59, 360 (377).

144 Rengeling, H.-W. «Gesetzgebungszuständigkeit»..., p. 728.

145 Vogel, J. J. «El régimen federal...», p. 630; en el mismo sentido, Gubelt, M. «Artikel 30 GG...», p. 382; Brockmeyer, H. B. «Artikel 30 GG...», p. 664, también reconoce que con el empleo simultáneo de los conceptos «facultades» y «tareas» en el tenor literal del artículo 30 GG no se efectúa ninguna diferenciación, si bien entiende que con «facultades» se quiere significar las funciones públicas sobre las que se tiene derecho a intervenir (por ejemplo, las tareas policiales, la recaudación de impuestos...), mientras

los signos que distinguirían a unas de otras. No obstante, bajo el término «facultades» se podrían incluir las autorizaciones para el ejercicio de actos legislativos, ejecutivos y judiciales, o también las funciones de cuya ejecución se encargan los órganos estatales, mientras que las «tareas» vendrían a ser todos los demás campos de actividad que el Estado toma para sí. Pese a su formulación, el artículo 30 GG no se limitaría únicamente al ejercicio de las facultades estatales y al desempeño de las tareas públicas, sino que comprendería también tales facultades y tareas en sí mismas.¹⁴⁶ En todo caso, y como ya se tuvo ocasión de destacar en otro lugar, al margen de las facultades y tareas del artículo 30 GG no cabe imaginar ninguna otra actividad pública.

Pestalozza, por su parte, destaca cómo el término «facultad» (*Befugnis*) se utiliza en el sentido de «competencia» en los artículos 70.2 y 72.1 GG y en el de «derecho» en el artículo 72.2 GG, siendo ésta una muestra de la variedad de que gusta la Ley fundamental.¹⁴⁷ Desde una posición cercana, Hill, con motivo de sus reflexiones acerca de la función de protección a favor de los ciudadanos que cabe reconocer al orden competencial de la Ley fundamental, en tanto que el mismo significa también un aseguramiento de los derechos fundamentales, como el propio Tribunal Constitucional Federal ha reconocido en alguno de sus pronunciamientos,¹⁴⁸ entiende que el concepto «competencia» (*Kompetenz*) implica no sólo la «competencia»

que con «tareas» se hace referencia a la administración prestacional y a los demás ámbitos de actividad pública. En conjunción, se refieren a todas las actividades estatales, pero dado que tanto unas como otras sirven finalmente al cumplimiento de las tareas públicas, pueden ser entendidas estas últimas como el concepto comprensivo al cual se refiere la presunción de competencia de este artículo 30 GG.

146 Maunz, T. «Artikel 30 GG...», p. 4 y s.

147 Pestalozza, Ch. von. «Artikel 70 GG»..., p. 42; véanse también sus consideraciones a este respecto en esta misma obra: «Artikel 72 GG»..., p. 164 y s. y 188, donde reconoce que las expresiones «facultad» (*Befugnis*) de los *Länder* para legislar del artículo 71.1 GG y «derecho a la legislación» (*Recht der Gesetzgebung*) del artículo 70.1 GG se refieren a la misma cosa: la competencia de los *Länder* para legislar; lo mismo cabría decir de la diferente terminología que se emplea en los artículos 70.1 («facultades legislativas» – *Gesetzgebungsbefugnisse*), 72.1 («competencia legislativa» – *Gesetzgebungszuständigkeit*) y 72.2 GG («derecho a legislar» – *Gesetzgebungsrecht*). En el mismo sentido, Rozek, J. «Artikel 70 GG»..., p. 2187, entiende que el «derecho a legislar» a que se refiere el artículo 70.1 GG es sinónimo de «competencia» en el artículo 70.2 GG y de «facultad» en el artículo 72.1 GG (aunque él, por error, cite el artículo 72.2 GG, que, en realidad, menciona también expresamente el término «derecho a legislar»).

148 *BVerfGE* 6, 32 (41); 55, 274 (302); 56, 246 (262); 67, 256.

en el sentido de *Zuständigkeit*, sino también el «derecho a dictar una ley» (*Recht der Gesetzgebung*) para la regulación de un determinado campo material (artículo 70.1 GG).¹⁴⁹

Pieroth discrepa de la opinión precedente y mantiene que mientras que el concepto «facultad» se refiere a determinados medios autorizados de intervención en la libertad y en la propiedad, con el concepto «tarea» se quieren significar ámbitos objetivos de la actividad pública. Finalmente, el término «competencia» actuaría como un «supraconcepto» (*Oberbegriff*) que comprendería a los dos anteriores.¹⁵⁰

En medio de este «desorden conceptual» (*Begriffswirrwarr*),¹⁵¹ Stettner pone de manifiesto cómo, en realidad, entre las normas constitucionales dedicadas al reparto de competencias precisamente el término «competencia» (*Kompetenz*), pese a ser el concepto básico de todo el derecho de organización, no aparece en ningún lugar. Así, el artículo 30 GG se refiere a *Befugnisse* y a *staatliche Aufgaben*, el artículo 70.1 GG a *Recht zur Gesetzgebung*, el artículo 70.2 GG a *Zuständigkeit* y el artículo 105.2a GG de nuevo a *Befugnis*. Ello hace que con no poca frecuencia el término «competencia» (*Kompetenz*) sea entendido como «supraconcepto» que comprende las «facultades públicas» (*staatliche Befugnisse*) y las «tareas» (*Aufgaben*) a ellas asociadas. En el concreto campo de la legislación, el concepto de «competencia» va unido, desde un punto de vista exclusivamente funcional, a la pregunta de qué actor, si la Federación o los *Länder*, ostenta la misma. Se utiliza, pues, como sinónimo de facultad (*Sinonym für Befugnis*).¹⁵²

149 Hill, H. «Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern», *JuS*, Lernbogen 2/9189, p. L9.

150 Pieroth, B. «Artikel 30 GG...», p. 554. Este es el concepto de «competencia» (*Kompetenz*) que parece también emplear Erbguth, W. «Bundesstaatliche Kompetenzverteilung...», p. 317, cuando señala que el mismo «significa, desde un punto de vista jurídico, la atribución (...) del desempeño de las tareas a un detentador de poder público».

151 Severamente criticado, entre otros, por Bauer, H. *Die Bundestreue...*, p. 269 y s., quien denuncia cómo esta falta de unidad terminológica dificulta un trabajo dogmático exacto.

152 Stettner, R. «Artikel 70 GG...», p. 1311 y s. También Kunig, P. «Gesetzgebungsbefugnis von Bund und Ländern (*Allgemeine Fragen*)», *Jura*, 5, 1996, p. 254 y s., parece reconducir las «facultades legislativas» de la Federación y de los *Länder* a la cuestión de la competencia (*Zuständigkeit*). Por su parte, Heintzen, M. «Artikel 71 GG», en Mangoldt, Klein y Starck. *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II (*Artikel 20 bis 78*), München, Verlag Franz Vahlen, 4ª ed. completamente revisada, 2000, p. 2228 y s., considera igualmente que en el ámbito de la legislación se pueden emplear los conceptos «competencia», «facultad» y «derecho» como sinónimos.

Aun sin pretender aquí ofrecer una respuesta definitiva a esta ofuscada polémica conceptual, derivada en gran medida de la confusión terminológica con que estos conceptos son empleados en la Ley fundamental, sí parece conveniente, al menos, esbozar una línea de interpretación que proporcione cierta seguridad en el uso, hasta el presente polisémico, de estos términos. A tal efecto, creo que la diferenciación principal a establecer aquí es la que se da entre los conceptos «facultad» (*Befugnis*), por un lado, y «competencia» (*Zuständigkeit* o *Kompetenz*), por el otro.

Si prescindimos de la función jurisdiccional, en tanto que la misma presenta unos caracteres propios muy peculiares, al ser el medio en el que se manifiesta una actividad pública que difícilmente se puede considerar, sin más, reflejo de la actuación de la Federación o de los *Länder*, las «facultades» que un poder público puede ejercer sobre una determinada «materia» son básicamente dos: legislativas (en sentido amplio, no circunscritas exclusivamente a la ley formal) y ejecutivas (entre las que se comprenderían las de mera gestión). Cuando la Federación o los *Länder*, en la República Federal de Alemania, actúan con el fin de regular o de ejecutar una determinada materia sólo lo pueden hacer ejerciendo alguna de estas facultades a través de los órganos correspondientes.

Pues bien, esas «facultades» o «funciones» que sobre una concreta «materia» puede ejercer un poder público (Federación o *Länder*) son precisamente las que constituyen la «competencia» (federal o de *Land*) de que en cada caso se trate. Dicho de manera más sencilla: la Federación o los *Länder* son *competentes* para regular (*facultad* legislativa) o ejecutar (*facultad* ejecutiva) un concreto *ámbito material* cuando la Ley fundamental así lo prevea. A falta de regulación expresa, en virtud del artículo 30 GG, serán los *Länder* los que ostenten esa *competencia*.

¿Qué quedaría del término «tarea»? No demasiado. En realidad, cuando en el texto constitucional se dice que «el cumplimiento de las *tareas* públicas es cosa de los *Länder*» (artículo 30 GG) no se está añadiendo mucho a lo ya dicho con anterioridad, que «el ejercicio de las *facultades* estatales es cosa de los *Länder*», pues, como se ha apuntado ya, cualquier «tarea» que tenga que cumplir un poder público tendrá que llevarse a efecto por medio del ejercicio de una de las «facultades» consabidas (legislativas o ejecutivas). Es decir, la Federación o los *Länder* no cumplen tareas de carácter estatal al margen de su actividad legislativa o ejecutiva (entendidas ambas en sentido amplio).

Es justo reconocer que este intento de delimitación conceptual es más fruto de una reflexión teórica que de un seguimiento literal de los dictados constitucionales. Se podrá argumentar, con razón, que, por ejemplo, el artículo 72.1 GG primero se refiere a la «*facultad* de legislar» e inmediatamente después a la «*competencia* legislativa», con lo que parece producirse una identificación entre los dos conceptos subrayados. Es cierto. Ahora bien, ello no desmiente el hecho de que, en ocasiones, el constituyente emplea con poco rigor el lenguaje y que es tarea del intérprete hacer inteligible lo que no lo es tanto, siempre dentro del respeto más escrupuloso, sobra recordarlo, al así llamado «espíritu de la ley». Eso es lo que se ha pretendido modestamente en las reflexiones que anteceden.

X · A modo de conclusión

Tal y como se anunciaba al comienzo de estas páginas, en una organización estatal política o territorialmente descentralizada el reparto o distribución de competencias entre el Estado central y los estados miembros integrantes de la misma constituye el instrumento fundamental para discernir hasta dónde llega el poder de cada una de las partes de la relación federativa. Lógicamente, hay otros elementos que también requieren ser observados con atención, como, por ejemplo, la capacidad que, más allá de sus respectivas competencias, cada una de esas entidades estatales tiene de «interferir» en el ámbito competencial de la otra parte, a través, fundamentalmente, de los órganos (co)legisladores en que participan o en que se encuentran representadas (en Alemania, de manera clara y destacada, a través del *Bundesrat* o Consejo Federal, integrado por representantes de los gobiernos de los *Länder*). No obstante, como se decía, el reparto de competencias, y, sobre todo, las de carácter legislativo, es el que ofrece una idea más aproximada de la calidad del poder público de cada uno de los estados miembros del Estado federal.

Así pues, dada la importancia de esta cuestión en un estado territorialmente descentralizado, pues la definición del alcance del poder público de una entidad estatal es algo que atañe al núcleo duro del constitucionalismo, desde una perspectiva puramente teórica o ideal, sería preciso que los instrumentos al servicio de ese reparto competencial fueran tan precisos y exhaustivos como resultase posible.

Técnicas de distribución y delimitación competencial¹⁵³ hay muchas, y cada una responde a determinados principios. Estos, según hemos tenido ocasión de estudiar, en la República Federal de Alemania apuntan hacia la necesidad de que la claridad en el reparto y la consecuente determinación de las responsabilidades queden, en lo posible, garantizadas. Porque nada hay peor para la salud de una democracia que la confusión de responsabilidades, ya que ello, inevitablemente, acaba repercutiendo en la percepción que los ciudadanos tienen de sus instituciones.¹⁵⁴ Desde este punto de vista, la distribución de competencias en la Ley fundamental de Bonn es, evidentemente, perfectible, sobre todo en el terreno de la legislación tras la inclusión de un nuevo tipo legislativo, la legislación divergente de los *Länder*, que en nada contribuye a ese objetivo final de clarificación de responsabilidades.

Con todo, creo que los fundamentos constitucionales del reparto competencial en Alemania nos pueden aún enseñar mucho, también en este campo de la determinación de las responsabilidades, más aun teniendo en cuenta la confusión conceptual que, en demasiadas ocasiones, se produce en el seno de nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, sobre todo por parte de

153 Pese a que suelen ser utilizados como sinónimos, y más allá de su intrínseca cercanía, estos dos términos (*distribución y delimitación* de competencias) no tienen, sin embargo, un significado idéntico. La distribución o reparto de competencias consiste, como su nombre indica, en una labor (esencialmente constitucional) de identificación de ámbitos materiales cuya regulación (normativa) o ejecución se atribuye o bien al Estado central o bien a los estados miembros. La delimitación de competencias, por el contrario, presupone la existencia de ese reparto o distribución competencial, y consiste en una labor (esencialmente legal y jurisprudencial) de determinación del alcance concreto de cada una de esas competencias. Véase Arroyo Gil, A. «Competencia *versus* prevalencia en los estados territorialmente descentralizados. *Con especial referencia al Estado autonómico español*», *RJUAM*, núm. 20, 2009, p. 203 y s.

154 Esta problemática de la confusión de responsabilidades, que tanto tiene que ver con la dificultad de definir con claridad los ámbitos competenciales de la Federación y los *Länder*, y con el hecho también muy relevante de que en Alemania corresponda no sólo a la Dieta Federal, el Parlamento alemán, sino, en muchas ocasiones, también al Consejo Federal, el *Bundesrat*, participar en el proceso legislativo, fue muy bien explicada ya en los años ochenta del siglo pasado por el sociólogo alemán F. W. Scharpf, mediante la acuñación de un término, *Politikverflechtung* («imbricación o enmarañamiento político»), que pronto se hizo muy popular. Véase Scharpf, F. W. «Die Politikverflechtungs-Falle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich», *Politische Vierteljahresschrift*, 26, 1985. Véanse también la reflexiones que se hacen en torno a esta problemática en Arroyo Gil, A. *El federalismo alemán...*, p. 52 y s; y Arroyo Gil, A. *La reforma constitucional...*, p. 37 y s.

quienes están encargados de desarrollarlo y, en su caso, interpretarlo. Si estas páginas han contribuido, siquiera sea muy modestamente, a esa clarificación conceptual, paso previo para definir e interpretar adecuadamente los instrumentos de distribución y delimitación competencial, es decir, de determinación de las responsabilidades, daré el esfuerzo por bien empleado.

Bibliografía

- ALBERTÍ ROVIRA, E. *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, Madrid, CEC, 1986.
- ANDERSON, G. *Una introducción al federalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- ANSCHÜTZ, G. «Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft», (Mitbericht von Dr. Karl Bilfinger), *VVDStRL*, Heft 1, 1924.
- ARROYO GIL, A. «Competencia versus prevalencia en los Estados territorialmente descentralizados. Con especial referencia al Estado autonómico español», *RJUAM*, núm. 20, 2009.
- . «Cualidad estatal, soberanía, autonomía constitucional y competencia en la República Federal de Alemania: las constituciones de los *Länder*», *REAF*, núm. 16, 2012.
- . «La reforma del Estado federal alemán: un primer balance», en Tudela Aranda, J. y Kölling, M. (ed.) *La reforma del Estado Autonómico español y del Estado Federal alemán*, «Cuadernos y Debates», núm. 195, Madrid, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- . *El federalismo alemán en la encrucijada* (sobre el intento de modernización del orden federativo en la República Federal de Alemania), Madrid, CEPC - Fundación Manuel Giménez Abad, 2006.
- . *La reforma constitucional del federalismo alemán: Estudio crítico de la 52ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, Colección «Con(Textos)A», núm. 11, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2009.
- BAUER, H. *Die Bundestreue* (Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre), Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992.

- BERG, W. *Staatsrecht* (Grundriß des Staatsorganisationsrechts und der Grundrechte), 2ª ed., Stüttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden, Richard Boorberg Verlag, 1997.
- BLANCO VALDÉS, R. L. *Los rostros del federalismo*, Madrid, Alianza Editorial, 2012.
- BOTHE, M. «Artikel 30 GG (*Funktion der Länder*)», en Wassermann, R. *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Reihe Alternativkommentare, tomo I, 2ª ed., Neuwied-Kriftel-Berlin, Luchterhand, 1989.
- BROCKMEYER, H. B. «Artikel 30 GG (*Zuständigkeitsvermutung für die Länder*)», en Schmidt-Belibtreu, B. y Klein, F. *Kommentar zum Grundgesetz*, 9ª ed., Neuwied-Kriftel-Berlin, Luchterhand, 1999.
- CABELLOS ESPÍERREZ, M. A. «Nuevas formas de distribución competencial: la legislación divergente en el federalismo alemán». *REDC*, 96, 2012.
- DOEHRING, K. *Allgemeine Staatslehre*, 2ª ed. revisada, Heidelberg, C. F. Müller, 2000.
- ERBGUTH, W. «Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)», en Sachs, M. (ed.) *Grundgesetz Kommentar*, 2ª ed., München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999.
- . «Bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Bereich der Gesetzgebung (*Aktuelle Entwicklungen und allgemeine Grundlagen*)», *DVBl.*, 1, 1988.
- ERICHSEN, H.-U. «Die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten nach dem Grundgesetz», *Jura*, 7, 1993.
- ERMACORA, F., BAUMGARTNER, G. y STREJCEK, G. *Österreichische Verfassungslehre*, Wien, Verlag Österreich, 1998.
- FROWEIN, J. A. «Konkurrierende Zuständigkeit und Subsidiarität (Zur Kompetenzverteilung in bündischen Systemen)», en Badura, P. y Scholz, R. (ed.) *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München, 1993.
- GÓMEZ ORFANEL, G. y ARROYO GIL, A. «El reparto territorial de facultades legislativas y el Bundesrat en el federalismo alemán (1871-2006)», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 26, 2005 [publicado en 2007].
- GUBELT, M. «Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)», en Münch, I. von y Kunig, P. (ed.) *Grundgesetz Kommentar*, tomo II (*Art. 21 bis Art. 69*), 3ª ed., München, 1995.

- HEINTZEN, M. «Artikel 71 GG», en Mangoldt, H. von, Klein, F. y Starck *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II, *Artikel 20 bis 78*, 4ª ed. completamente revisada, München, Verlag Franz Vahlen, 2000.
- HENDLER, R. «Unitarisierungstendenzen im Bereich der Gesetzgebung (*Zum Verhältnis von Landesgesetzgebungskompetenzen zur Bundesgesetzgebung*)», *ZG*, 3, 1987.
- HERZOG, R. «Artikel 20 GG (*Bundesstaatliche Verfassung*)», en Maunz, T., Dürig, Herzog, R. y Scholz. *Grundgesetz Kommentar*, tomo II, C. H. Beck, entrega 18, 1980.
- HILL, H. «Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern», *JuS*, Lernbogen 2/9189.
- HUBER, E. R. *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, tomo III (*Bismarck und das Reich*), 3ª ed. revisada, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, W. Kohlhammer Verlag, 1988.
- ISENSEE, J. «Der Bundesstaat - Bestand und Entwicklung», en Badura, P. y Dreier, H. (ed.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, tomo II, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.
- . «Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz», en Isensee, J. y Kirchhof, P. (ed.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo IV (*Finanzverfassung; Bundesstaatliche Ordnung*), 2ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2000.
- JERUSALEM, F. W. «Die Staatsidee des Föderalismus», *Recht und Staat*, 142-143, Tübingen, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1949.
- KARPEN, U. y BECKER, S. «Das Bundesstaatsprinzip in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Verfassungsgeschichte der Länder», *JZ*, 19, 2001.
- KENNTNER, M. *Justitiabler Föderalismus*, (Zur Konzeption föderaler Kompetenzzuweisungen als subjektive Rechtspositionen), Berlin, Duncker & Humblot, 2000.
- KIMMINICH, O. «Der Bundesstaat», en ISENSEE, J. y KIRCHOF, P. (ed.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, Heidelberg, C. F. Müller, 1987.
- KOLLER, A., THÜRER, D., DAFFLON, B., EHRENZELLER, B., PFISTERER, T. y WALDMANN, B. *Principles of Federalism. Guidelines for Good Federal Practices – a Swiss contribution*, Zürich, St. Gallen, Baden-Baden, Dike Verlag– Nomos Verlag, 2012.
- KUNIG, P. «Gesetzgebungsbefugnis von Bund und Ländern (*Allgemeine Fragen*)», *Jura*, 5, 1996.

- MANGOLDT, H. von y KLEIN, F. «Artikel 30 GG», en Mangoldt, H. von y Klein, F. *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II, 2ª ed., Berlin und Frankfurt a.M., Verlag Franz Vahlen GmbH, 1966.
- MÄRZ, W. «Artikel 30 GG», en Mangoldt, H. von, Klein, F. y Starck. *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II. *Artikel 20 bis 78*, 4ª ed. completamente revisada, München, Verlag Franz Vahlen, 2000.
- MAUNZ, T. «Artikel 30 GG (*Funktionen der Länder*)», en Maunz, T., Dürig, Herzog, R. y Scholz. *Grundgesetz Kommentar*, tomo III, C. H. Beck, entrega 20, 1982.
- MERTEN, D. «Landesgesetzgebungspflichten kraft Bundesrahmenrechts?», en Wilke, D. (ed.) *Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Berlin, New York, Walter der Gruyter, 1984.
- MÜLLER, M. D. *Auswirkungen der Grundgesetzrevision von 1994 auf die Verteilung der Gesetzgebungs-kompetenzen zwischen Bund und Ländern*, Juristische Schriftenreihe, vol. 78, Münster, Lit Verlag, 1996.
- MÜNCH, I. von. «Zuständigkeiten im Bereich der Gesetzgebung», en Münch, I. von (ed.) *Probleme des Föderalismus* (Deutsch-Jugoslawisches Symposium - Belgrad 1984), Tübingen, C. J. Mohr (Paul Siebeck), 1985.
- . *Staatsrecht I* (Einführung; Deutschland; Teilung und Vereinigung; Staatsform; Staatsorgane; Deutschland in der Europäischen Gemeinschaft), Stuttgart-Berlin-Köln, Verlag W. Kohlhammer, 5ª ed. revisada, 1993; 6ª ed., 2000.
- NAWIASKY, H. «Bundesstaat», *Staatslexikon* (Recht, Wirtschaft, Gesellschaft), tomo II, 6ª ed., Freiburg, Verlag Herder, 1958.
- OETER, S. *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.
- PERNICE, I. «Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)», en Dreier, H. (ed.) *Grundgesetz Kommentar*, tomo II. *Artikel 20-82*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.
- PESTALOZZA, CH. von. «Artikel 70 GG», en Mangoldt, H. von, Klein, F. y Pestalozza, CH. von. *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo VIII. *Artikel 70 bis Artikel 75: Die Gesetzgebungskompetenzen*, 3ª ed., München, Verlag Franz Vahlen, 1996.
- PIEROTH, B. «Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)», en Jarass, H. D. y Pieroth, B. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Kommentar), 4ª ed., München, C. H. Beck, 1997.

- PIETZCKER, J. «Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat», en Isensee, J. y Kirchhof, P. (ed.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo IV, Heidelberg, C. F. Müller, 1990.
- RENGELING, H.-W. «Gesetzgebungszuständigkeit», en Isensee, J. y Kirchhof, P. (ed.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo IV, Heidelberg, C. F. Müller, 1990.
- ROZEK, J. «Artikel 70 GG», en Mangoldt, H. von, Klein, F. y Starck. *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II. *Artikel 20 bis 78*, 4ª ed. completamente revisada, München, Verlag Franz Vahlen, 2000.
- SACHS, M. «Artikel 20 GG (*Verfassungsgrundsätze; Widerstandsrecht*)», en Sachs, M. (ed.) *Grundgesetz Kommentar*, 2ª ed., München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999.
- ŠARČEVIĆ, E. *Das Bundesstaatsprinzip*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000.
- SCHARPF, F. W. «Die Politikverflechtungs-Fälle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich», *Politische Vierteljahresschrift*, 26, 1985.
- SCHNEIDER, H.-P. «Die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern nach dem Grundgesetz – eine Ausprägung des Subsidiaritätsprinzip?», en Kramer, J. (ed.) *Die Entwicklung des Staates der Autonomen in Spanien und der bundesstaatlichen Ordnung in der Bundesrepublik Deutschland - El desarrollo del Estado de las Autonomías en España y la evolución del Federalismo en la República Federal de Alemania* (Ein Spanisch-Deutsches Verfassungskolloquium – Coloquio constitucional hispano-alemán), Hannover, Baden-Baden, Deutsches Institut für Föderalismusforschung e.V.- Nomos-Verl.-Ges., 1996.
- SCHNEIDER, T. *Die Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes*, Kiel, Lorez-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften an den Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, 1994.
- SOMMERMANN, K.-P. «Artikel 20 GG», en Mangoldt, H. von, Klein, F. y Starck. *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo II (*Artikel 20 bis 78*), 4ª ed. completamente revisada, München, Verlag Franz Vahlen, 2000.
- STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I (*Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*), München, C. H. Beck, 1984.
- STETTNER, R. *Grundfragen einer Kompetenzlehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983.

- «Artikel 70 GG (*Gesetzgebung des Bundes und der Länder*)», en Dreier, H. (ed.) *Grundgesetz Kommentar*, tomo II (*Artikel 20-82*), Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.
- VERNET i LLOBET, J. *El sistema federal austriaco*, Madrid, Escola d'Administració Pública de Catalunya - Marcial Pons, 1997.
- VOGEL, J. J. «El régimen federal de la Ley Fundamental» (capítulo XII), en Benda, Maihofer, Vogel, J. J., Hesse, Heyde... (ed.) *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, IVAP - Marcial Pons, 1996.
- WALTER, R. y MAYER, H. *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, 9ª ed., Wien, Manzsche Verlag - Universitätsbuchhandlungen, 2000.
- WATTS, R. L. *Sistemas federales comparados*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- ZIPPELIUS, R. *Allgemeine Staatslehre* (Politikwissenschaft), 13ª ed., München, C. H. Beck, 1999.

LOS MECANISMOS DE COOPERACIÓN INTERGUBERNAMENTAL EN ITALIA: EL SISTEMA DE CONFERENCIAS

ISABEL M. GIMÉNEZ SÁNCHEZ

*Profesora contratada doctora de Derecho
Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid*

SUMARIO: I. Introducción. II. La evolución del sistema territorial italiano. 1. Etapas y reformas. 2. Contenido de la reforma del título V de la Constitución. 3. El papel de la Corte Constitucional. *a)* El principio de *leale cooperazione*. *b)* El principio de subsidiariedad. III. Los vínculos cooperativos en el sistema territorial italiano. 1. Cooperación gubernamental *versus* representación territorial. 2. El sistema de conferencias: a la espera de la *Conferenza della Repubblica*. *a)* La Conferencia Estado-Regiones. *b)* La Conferencia Estado-Ciudades-Autonomías Locales. *c)* La Conferencia Unificada. (Estado-Regiones-Ciudades-Autonomías locales). *d)* Las conferencias de servicios. IV. Algunas reflexiones a modo de conclusión. Bibliografía

I · Introducción

Resulta hasta cierto punto paradójico que un país como Italia, con su historia de relativamente reciente unificación, en cierta medida paralela a la alemana, haya acabado convertido a lo largo del siglo XX en un modelo de Estado sólo ligeramente descentralizado, prototipo de lo que se ha dado en llamar Estado regional. Sin embargo, es evidente que Italia empezó el siglo XXI inaugurando un proceso de «federalización», que en lo que se refiere a la concreta cuestión que nos ocupa, ha venido a dar lugar a un modelo de representación territorial muy particular, con algunos rasgos comunes al nuestro (la falta de un preciso diseño constitucional, el hecho de que las nuevas estructuras representativas se hayan desarrollado a partir de órganos cooperativos, o la ubicación de éstos en el nivel intergubernamental) y algunos rasgos diferentes (singularmente la existencia en Italia de un sistema

de cooperación en general unitario y concentrado en la *Conferenza Stato-Regioni*, próximamente sustituida por la *Conferenza della Repubblica*).

Sin embargo, en los dos últimos años, la crisis económica y de la deuda soberana ha venido a provocar una nueva tendencia en el diseño institucional de la estructura territorial del poder, en gran medida exigida desde la Unión Europea, quién sabe si hacia la recentralización o simplemente hacia la reducción de la estructura del Estado y sus instituciones, con la consiguiente desaparición de instancias intermedias y la creación de nuevos mecanismos de distribución del poder.

Así, vamos a intentar ofrecer un breve apunte de los rasgos más importantes del sistema de distribución territorial del poder en Italia, empezando por las reformas constitucionales que en la última década han ido perfilando las características básicas del modelo. Unas reformas que, como tendremos ocasión de comprobar, no siempre han sido coherentes en sus planteamientos, que han oscilado desde una vocación claramente federalizante durante la primera década de este siglo, a las más recientes tendencias centralizadoras, determinadas en sus líneas generales por exigencias europeas, a raíz de la crisis económica. Ciertamente, dada la inmediatez de las más recientes modificaciones constitucionales, unida a la rapidez con la que últimamente se suceden los cambios estructurales, convierten la tarea de los estudiosos en algo más parecido a la futurología que al análisis racional sosegado. Por ese motivo, aquí hemos optado por ofrecer un análisis del sistema existente hasta ayer mismo, junto con la exposición de los más recientes desarrollos llevados a cabo en el sistema italiano, intentando aventurar algunas reflexiones que, no se nos escape, resultan meras tentativas o aproximaciones...

II · La evolución del sistema territorial italiano

1 · Etapas y reformas

Si hay un rasgo que caracterizó el desarrollo del sistema territorial italiano en su primer medio siglo de vida, ése es el de haberse llevado a cabo, «*a Costituzione invariata*», esto es, sin necesidad de reformar el texto constitucional. No obstante, el proceso de implantación y desarrollo institucional de las regiones puede calificarse de incierto, con una implantación demorada durante décadas y una posterior consolidación algo titubeante, hasta el claro despegue experimentado a partir los años noventa del pasado

siglo.¹ En efecto, el sistema territorial italiano postconstitucional permaneció prácticamente congelado hasta su efectivo despliegue en los años 70, seguido de otra fase de desarrollo de la descentralización, a través de la legislación ordinaria (incluso decretos leyes), a veces forzando la letra de la Constitución. Sin embargo, la reforma constitucional propiamente dicha del regionalismo italiano no tuvo lugar hasta la decimotercera legislatura (1996-2001), en concreto, mediante tres leyes constitucionales: la 1/1999 (referida a la autonomía estatutaria y a la forma del gobierno de las regiones con autonomía ordinaria); la 2/2003 (de homogeneización de la regulación de las cinco regiones con estatuto especial) y la Ley constitucional 3/2001 (de cierre de la reforma del título V de la Constitución, el dedicado a las autonomías territoriales).

La finalidad de aquella revisión –tal como se proclamó por la mayor parte de las fuerzas políticas– fue la de sustituir el regionalismo limitado

1 En general, la doctrina constitucionalista (en este punto seguimos a Rolla, G. *L'organizzazione territoriale della Repubblica. L'ordinamento regionale e locale*, 3ª ed., Giappichelli, 2011, p. 21 y s.) suele distinguir cuatro etapas clave en el devenir del desarrollo de la estructura territorial italiana, previo a la gran reforma constitucional operada entre 1999 y 2003:

a) Una primera fase, que podría denominarse de regionalización parcial, y abarcaría desde la aprobación de la Constitución en 1947 hasta 1970, en la que únicamente se instauran las llamadas regiones de autonomía especial (Sicilia, Cerdeña, Valle de Aosta, Trentino-Alto Adige y Friuli-Venecia Giulia). Ya desde el inicio, la Corte Constitucional asume un papel esencial en la definición del modelo territorial, mediante una jurisprudencia que, en este primer momento, se va a caracterizar por su tendencia garantista de la unidad del ordenamiento jurídico.

b) Una segunda fase, de instauración de las regiones de autonomía ordinaria, que abarcaría la década de los 70, viene caracterizada por la aprobación de los estatutos regionales y las primeras transferencias de funciones administrativas del Estado a las regiones. En este periodo se produce una flexibilización de los criterios jurisprudenciales en la interpretación de las materias de competencia legislativa de las regiones, en gran medida forzado por el uso que las regiones habían venido haciendo de las mismas.

c) La tercera fase del regionalismo italiano, en la década de los 80, se caracterizó esencialmente por la estabilización del sistema. No se producen ulteriores transferencias de funciones a favor de las regiones y se asiste a una sustancial reducción del contencioso jurisdiccional.

d) La cuarta fase, inmediatamente anterior a la reforma constitucional, en los años 90, y ante la imposibilidad de acometer ésta a falta de una mayoría suficiente en el Parlamento, viene caracterizada por el intento de desarrollar por vía legislativa ordinaria el sistema regional, dotando de un papel más destacado a las regiones y sobre todo profundizando la descentralización de la función administrativa, mediante la llamada Ley Bassanini (Ley 59/1997), auténtica precursora de la reforma constitucional del título V.

y claramente asimétrico que el constituyente estableció en 1947 por un sistema de tipo federal.² A tal decisión se llega, fundamentalmente, debido a dos razones: de una parte, a la reconocida crisis del regionalismo italiano, que había llegado a una especie de callejón sin salida y se mostraba claramente insuficiente en su potencialidad;³ y, por otra parte, a la creencia en la inadecuación del mismo para dar respuesta a las demandas de autonomía expresadas por algunas de las áreas económicamente más desarrolladas del país.⁴ Será esta regulación, por lo tanto, actualmente en vigor, la que analizaremos con más detalle en las páginas que siguen, sin perjuicio de mencionar antes, brevemente, otras reformas de menor amplitud, pero no de desdeñable trascendencia, que han tenido lugar en el sistema territorial italiano a lo largo de esta última década.

-
- 2 De hecho, el *iter* reformador de la Constitución en esta materia comienza más de una década antes. En los años 1983, 1992 y 1996 se crearon comisiones parlamentarias para las reformas institucionales: en los dos primeros casos (Comisión Bozzi y Comisión Iotti - De Mita) incluso se llegaron a publicar algunas propuestas que, sin embargo, no prosperaron. Ante la imposibilidad de lograr una revisión total de la Constitución, el Parlamento optó por un planteamiento más modesto de reforma parcial de la Constitución, modificando numerosos artículos de la norma fundamental.
 - 3 No parece, no obstante, que las limitaciones del modelo regional italiano vinieran dadas sólo (ni siquiera principalmente), por un defecto del diseño constitucional, sino que otros factores políticos, jurisdiccionales y normativos tuvieron tanto o más peso en la frustración generada por el modelo resultante. Entre las causas externas, cabría apuntar la falta de madurez de los sistemas políticos regionales derivada de la ausencia de partidos autonomistas (excepción hecha de la peculiaridad transregional de la Liga Norte) y de la estructura centralizada de los partidos de ámbito estatal; la escasa relevancia normativa de la legislación regional; la escasa relevancia del ejercicio de las competencias de gestión (las administraciones regionales, más que ejemplo de modernización de la gestión administrativa, se han convertido en instrumentos clientelares); la jurisprudencia de la Corte Constitucional que desactiva definitivamente las posibilidades *in fieri* del texto constitucional. Véase, desarrollando estos y otros interesantísimos argumentos, Olivetti, M. «La reforma del sistema autonómico italiano», en Miguel Ángel García Herrera, José María Vidal Beltrán, Jorge Sevilla Segura (coord.) *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, vol. 1, INAP, 2005, p. 49 y 50.
 - 4 D'Atena, A. «La reforma constitucional del regionalismo italiano», *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, 4, 2007, p. 9-10. Dicho autor señala que, en relación con este último motivo –el más delicado, desde un punto de vista político y, sin duda, el que en estos momentos puede revestir mayor interés en una eventual comparación con el caso español– la base de la que se partía era la de considerar que el federalismo puede tener la capacidad de absorber ciertas tensiones que, de lo contrario, podrían ser susceptibles de poner en peligro la unidad nacional.

En este punto debe señalarse que en el año 2005 se aprobó una ley constitucional considerada como la «reforma de la reforma», bautizada como «devolution» y que venía a culminar algunos de los aspectos que habían quedado inacabados en la anterior revisión del título V. Una ambiciosa reforma que, sin embargo, fue finalmente rechazada por el referéndum abrogativo de 2006.⁵ Entre otros aspectos, a los efectos que aquí nos interesan, en esta reforma frustrada se abordaba finalmente –y después de muchas idas y venidas– la cuestión de la territorialización de la segunda cámara, mediante la modificación de la composición y las funciones del Senado, que pasaba a denominarse Senado Federal de la República, veía reducida su composición a 252 senadores electivos, elegidos sobre la base regional y simultáneamente a la elección de los respectivos consejos regionales (esto es, las asambleas legislativas regionales) y en el que la representación de cada región en la cámara alta se establecía mediante un criterio de proporcionalidad acorde con su población, lo que le diferenciaba del modelo federal clásico estadounidense.⁶ Este fracaso va a determinar, como se examinará más adelante, la necesidad de que la colaboración y la cooperación entre los distintos niveles territoriales deba lograrse en otros foros, potenciándose las relaciones intergubernamentales a través de las distintas conferencias.

Posteriormente, se da un paso adelante en la consecución de la autonomía financiera de las regiones con la polémica aprobación de la Ley 42/2009, de 5 de mayo, de desarrollo del artículo 119 de la Constitución, que concedía al Gobierno central una delegación legislativa sometida a los principios establecidos en la propia ley con el objetivo de establecer un nuevo sistema de financiación de los entes territoriales.⁷ Si bien a raíz de la

5 Sobre esta reforma frustrada, véase Carrillo López, M. «Nota sobre la frustrada reforma constitucional italiana de 2006», *Teoría y Realidad Constitucional*, 19, 2007, p. 215-228; y Ortega Santiago, C. «Crónica italiana: en el filo de las decisiones políticas capitales, elecciones generales y referéndum constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, 18, 2006, p. 367-380.

6 De la imposibilidad de institucionalizar un Senado que actuase como cámara de representación territorial en Italia (por causas no del todo asimilables a las nuestras), da cuenta Magiameli, S. «Il Senato federale nella prospettiva italiana», *Rassegna Parlamentare*, vol. 52, 1, 2010, p. 167-189.

7 «En el ámbito tributario, las regiones seguirán estando financiadas con tributos derivados y propios, recargos y participaciones impositivas. Las novedades más relevantes son, primera, el incremento del peso de estos tributos en la hacienda regional (y la correlativa reducción de los impuestos estatales), atendiendo a los principios de certeza y estabilidad del sistema fiscal, uniformidad de la base entre regiones, territorialidad y correlación

reforma constitucional del título V, el artículo 119 de la Constitución ya hablaba de autonomía financiera de los entes subestatales, el tardío desarrollo legislativo del precepto podría resultar llamativo, especialmente teniendo en cuenta las fuertes presiones que durante esos años estuvo ejerciendo uno de los partidos integrantes de la coalición de gobierno (Liga Norte). Y sin embargo, la realidad es que dado el retraso generalizado en el despliegue normativo necesario para la implementación del nuevo diseño territorial, fue precisamente la cuestión de la financiación una de las primeras en regularse, incluso a falta de una completa configuración de las concretas funciones que los entes territoriales iban a asumir en el nuevo diseño territorial.⁸

En cambio, actualmente, las tendencias van en otro sentido, por exigencias impuestas desde la Unión Europea. Más en concreto, tras la firma del Tratado de estabilidad, coordinación y gobierno en la unión económica y monetaria de 2 de marzo de 2012, y en particular en lo que se refiere a las disposiciones aprobadas con el llamado *Fiscal Compact*, ha tenido como principal consecuencia la inmediata aprobación de la Ley de reforma de la Constitución (Ley de reforma 1/2012, de 20 de abril), que introduce la obligación del equilibrio presupuestario a nivel constitucional. Tras dicha reforma constitucional, se hace precisa una relectura del conjunto del sistema territorial, ya que ahora se impone a los entes locales el respeto de un determinado esquema de hacienda pública definido a nivel europeo por el Estado italiano: «No es una

con las competencias de gasto regionales. Segunda, la extensión de las competencias de las regiones en los impuestos derivados al establecimiento de exenciones, reducciones y deducciones. Y tercera novedad, la previsión de la sustitución del IRAP por otros tributos, ya que, entre otros inconvenientes, aquél es un impuesto difícilmente defendible desde la perspectiva del principio de beneficio y cuya base está distribuida de una manera muy desigual entre regiones». López Laborda, J. «Comparación del sistema español de financiación regional con el de otros países de estructura federal: Bélgica e Italia», *Presupuesto y Gasto Público*, 62, 2011, p.149.

- 8 «Tutto resta nelle mani di uno Stato che continua a decidere tardi e male. Se guardiamo solo alle vicende più recenti [...] si è invertita la logica successione degli adempimenti attuativi che avrebbe voluto come prioritaria l'individuazione delle funzioni fondamentali, per poi porre mano all'attuazione del nuovo at. 119 in rapporto alle funzioni, secondo loro costo standard (non la spesa storica), all'attribuzione di ulteriori funzioni con legge regionale, e, una volta condotti a regime Comuni e Province, alla revisione della mappa territoriale per adeguare la loro dimensione all'effettivo esercizio delle funzioni. Si è preferito invertire l'ordine logico investendo nel c.d. "federalismo fiscale", che si sta attuando in rapporto a funzioni individuate in "via provvisoria" nella legge n. 42 del 2009». Merloni, F. «Il sistema amministrativo italiano, le Regioni e la crisi finanziaria», *Le Regioni*, 4, 2011, p. 600-601.

casualidad, por tanto, que el objetivo del equilibrio entre ingresos y gastos se haya buscado no solo a través de la reforma del art. 81, sino también del art. 119 de la Constitución».⁹ A esta tendencia centralizadora de las competencias económicas y presupuestarias se añade la interpretación de la Corte Constitucional, que en sus últimos pronunciamientos ha incidido en la necesidad de someter la legislación regional al principio del equilibrio presupuestario (Sentencia 70/2012) y al papel unificador que en esta cuestión corresponde al Gobierno central (Sentencia 151/2012).

En esta misma línea, debe señalarse que las más recientes modificaciones de la estructura territorial italiana también han venido dictadas siguiendo la senda del cumplimiento de las exigencias europeas de recorte del gasto público y de reducción de la estructura y dimensión del Estado. Así, desde diciembre de 2009 se suceden las medidas, normalmente adoptadas mediante decreto-ley, que operan de manera indiscriminada y, bajo la justificación de la «reducción de los costes relativos a representación política» y, sin siquiera invocar título competencial legislativo alguno, se aprueba la reducción del número de consejeros (y asesores) municipales y provinciales, se impone la fusión de municipios o se suprimen provincias.¹⁰ Por otra parte, no pocas de las reformas propuestas han quedado encalladas en fase de convalidación parlamentaria, debido a la finalización anticipada de la legislatura, dando lugar a una situación de incertidumbre institucional. Dentro de dicha tendencia destaca el Decreto-ley de 4 de diciembre de 2011¹¹ (posteriormente convertido en Ley 135/2012¹²), aplicable solo a las regiones de estatuto ordinario, que prevé la devolución de funciones de las provincias

9 Mastromarino, A. *L'autonomia tributaria degli enti substatali in Italia: il quadro costituzionale di riferimento*, Research paper, Centro Studi sul Federalismo 2012. Traducción propia.

10 Merloni, F. «Il sistema amministrativo italiano, le Regioni e la crisi finanziaria», cit., p. 601.

11 Medida adoptada por imposición de una carta del BCE de 5 de agosto de 2011. *Ibidem*.

12 Si bien la Ley 135/2012 modifica algunas cuestiones respecto del art. 17 del precedente decreto-ley, recalificando las operaciones a llevar a cabo (lo que antes era «Supresión y racionalización de las provincias y sus funciones», pasa a denominarse «Reordenación de las provincias y sus funciones»), parece establecer un procedimiento diferente y paralelo al que ya establecía el art. 133.1 de la Constitución, pensado para modificaciones puntuales en la configuración de las provincias. Para un análisis de urgencia de la reforma operada por la Ley 135/2012, véase Servetti, D. «[L. n. 135 del 2012] Riordino delle province: convertito l'art. 17 del decreto-legge sulla spending review», en *Diritti regionali: Osservatorio sulle autonomie*, en: <http://dirittiregionali.org/2012/08/30/l-n-135-del-2012-riordino-delle-province-convertito-lart-17-del-decreto-legge-sulla-spending-review/>.

a los municipios y a las regiones, manteniéndose únicamente como órganos de simple coordinación intermunicipal a la manera de nuestras diputaciones provinciales. De conformidad con esta medida, los consejos no podrán tener más de diez miembros de elección indirecta y el presidente de la provincia será elegido por y de entre el Consejo Provincial (como ocurría antes de la reforma democratizadora de 1993), de tal manera que desaparece la distinción entre Consejo y Junta. Este «desapoderamiento» de las provincias no debía tener lugar de manera automática ni inmediata, sino que se preveía su articulación mediante leyes regionales o estatales, antes del 31 de diciembre de 2012, una vez acabado el mandato de las administraciones que se encontrasen en el cargo.¹³ En este sentido, el Decreto-ley 188/2012, de 5 de noviembre establecía la reducción del número de provincias, pasando de las actuales 86 a 51 y permitía, además, una racionalización de sus competencias. El problema en este caso, fue que la disolución anticipada de las Cámaras impidió la ratificación de dicho Decreto-ley, dejando en el aire todo este proceso de reordenación de las provincias, provocando una situación de incertidumbre, agravada por la interinidad de varios consejos provinciales que se hallan en situación de interinidad. Por lo que respecta, en cambio, a las regiones autónomas, que tienen atribuida la competencia y la responsabilidad sobre los propios entes locales, varias de ellas se encuentran en estudio de los proyectos de reforma.¹⁴

13 Tendrán «exclusivamente las funciones de *indirizzo* y de coordinación de las actividades de los municipios en las materias y con los límites indicados mediante ley estatal o regional, según las respectivas competencias». Traducción propia.

14 En concreto, en el caso de Cerdeña, tras los referendos regionales del 6 de mayo de 2012, que afectaban entre otras materias a la existencia de las instituciones provinciales, se ha iniciado un proceso de reorganización administrativa de estos entes intermedios. Los «referendos sardos» de 2012 fueron diez referendos regionales, bautizados popularmente como «anticasta», propuestos por el Movimiento Referendario Sardo, que planteaban, entre otras, las siguientes cuestiones para: derogar las cuatro nuevas provincias sardas y abolir las cuatro provincias históricas; la convocatoria de una «asamblea constituyente» de reforma del Estatuto; la elección directa del presidente de la región autónoma de Cerdeña; la abolición de los consejos de administración de los entes y de las agencias regionales; así como para la reducción del número de consejeros regionales. Posteriormente, en el Consejo Regional de Cerdeña se decidió el 24 de mayo de 2012 que las provincias de esta región deberán ser reformadas o abolidas antes del 1 de marzo de 2013. En Sicilia, por su parte, la Asamblea Regional Siciliana ha decidido en marzo de 2013 por un simple acuerdo abolir las provincias y establecer las ciudades metropolitanas de Catania, Messina i Palermo, generando gran polémica doctrinal, puesto que numerosos autores coinciden en la necesidad de reformar previamente el Estatuto de autonomía.

No obstante, el ejecutivo presidido por el Sr. Monti, pretendió llegar mucho más lejos, defendiendo la necesidad de llevar a cabo una nueva reforma de la Constitución en el Título V, que operase en sentido opuesto a la gran revolución efectuada hace más de una década, cuando la Ley constitucional 3/2001 llevó a cabo una revisión completa del modelo de distribución territorial del poder, incrementando la autonomía de las regiones y de los demás entes territoriales (fundamentalmente, provincias y municipios).¹⁵ Así, el Consejo de Ministros aprobó el 9 de octubre de 2012 un proyecto de reforma constitucional que habría afectado, en caso de prosperar, al Título V de la Constitución.¹⁶ Dicha reforma, que suponía un giro copernicano en lo referente al modelo federalizante existente en la actualidad, finalmente no llegó siquiera a iniciar su andadura parlamentaria, debido a la disolución anticipada de las cámaras. Sin embargo, de un análisis comparativo de los distintos programas electorales presentados por los principales partidos candidatos, se comprueba claramente que en todos ellos incluyen de una u otra manera, con uno u otro alcance, la necesidad de «reordenar» o coordinar las regiones (forzados entre otros aspectos, por los sucesivos escándalos de corrupción descubiertos los últimos meses en varias regiones).¹⁷

Fundamentalmente se trataba de una reforma empujada por la necesidad de reforzar los poderes de control financiero y presupuestarios del Estado sobre las regiones, en concreto estableciendo la posibilidad de ordenar mayores controles sobre los presupuestos regionales, así como imponiendo también a las regiones de Estatuto especial la exigencia del equilibrio presupuestario. La reforma, en palabras del propio Gobierno, estaba basada en el principio de la unidad jurídica y económica de la República como valor fundamental del ordenamiento.¹⁸ Si bien el proyecto no ha sido finalmente

15 Rapicavoli, C. «Riforma del Titolo V: si torna al passato», *Leggioggi.it*, 15 de octubre de 2012.

16 <http://www.funzionepubblica.gov.it/lazione-del-ministro/disegno-di-legge-costituzionale---riforma-del-titolo-v.aspx>.

17 http://www.repubblica.it/politica/2013/01/25/news/dalle_tasse_ai_diritti_fino_alle_riforme_istituzionali_ecco_i_programmi_delle_coalizioni_a_confronto-51287995/?ref=HREC1-1.

18 «El proyecto dice plantear la relación entre leyes estatales y leyes regionales de acuerdo con una lógica de complementariedad y de no conflictividad. [...] En segundo lugar, se incluyen como competencia estatal materias que hasta ahora no estaban contempladas en la Constitución y que en los últimos años habían sido objeto de discusión constitucional: la regulación jurídica del trabajo en las dependencias de las administraciones públicas o la regulación general de los entes locales.

aprobado, y plantea en sí mismo una revolución radical en el planteamiento del sistema, sí hay un par de aspectos que nos gustaría destacar del mismo, por su directa relación con el tema que ahora nos ocupa. En primer lugar, se insertaban en el ámbito de la legislación exclusiva del Estado algunas materias que hasta ahora eran objeto de legislación concurrente, especialmente la de la coordinación de las finanzas públicas y del sistema tributario. Otros puntos a destacar, siempre en clave de unificación jurídica y económica del conjunto del ordenamiento, era el reconocimiento en el ámbito constitucional de la competencia del Tribunal de Cuentas para controlar actos y presupuestos de la regiones, el establecimiento del principio de equilibrio presupuestario y de contribución a la consecución de los objetivos de las finanzas públicas como principios válidos también respecto de la autonomía de las regiones de estatuto especial.

2 · Contenido de la reforma del título V de la Constitución

Tras la apresurada exposición anterior, hemos de detenernos ahora en el análisis de los aspectos más relevantes de la reforma general del sistema de distribución territorial operado mediante la modificación del título V de la Constitución operada en 2001. De esta reforma, la mayor llevada a cabo desde la aprobación de la Constitución, en 1947, se ha dicho que no existe parte del diseño territorial originariamente delineado por el constituyente que no haya sido alterado –de manera más o menos profunda. Muy brevemente, permítasenos señalar ahora algunas de las principales modificaciones llevadas a cabo en el título V de la Constitución italiana, sin ánimo de detenernos en ellas, simplemente con el objeto de delimitar en sus líneas básicas el actual sistema de distribución territorial del poder, como paso previo necesario para abordar en su contexto el objeto del presente trabajo. Nos limitaremos pues a destacar los principales rasgos del diseño territorial

Tercero, se atribuye a la ley estatal un papel más amplio en el ámbito de la legislación concurrente, previendo que corresponde a la ley del Estado no ya establecer los problemáticos “principios fundamentales” sino la “regulación funcional que garantice la unidad jurídica y económica de la República”. Se fijan límites menos rígidos entre potestad reglamentaria del Gobierno y potestad reglamentaria de las regiones, implantando una regla que pretende ser más sencilla: el Estado y las regiones pueden aprobar reglamentos para la ejecución de sus propias leyes.» Tenorio, P. «Italia y las autonomías», *La Razón*, 30 de octubre de 2012.

italiano resultante a raíz de las modificaciones operadas en el título V de la parte II de la Constitución, sabiendo ya que, pese a las propuestas de reforma, a fecha de hoy continúan siendo Derecho vigente.

La primera innovación destacable se refiere a la afirmación contenida en el nuevo artículo 114, según el cual «la República está constituida por los municipios, las provincias, las ciudades metropolitanas, las regiones y el Estado». De esta forma, por primera vez los distintos entes territoriales se ven equiparados, al menos en línea de principio, sin que la norma fundamental establezca ninguna jerarquización entre los diversos niveles de gobierno. Además, en el nuevo título V se mantiene la discutida distinción entre regiones de autonomía ordinaria y de autonomía diferenciada, con la consecuencia más destacable de haberse debido operar un cierto reequilibrio entre ambas, a causa de los mayores poderes que la reforma ha asignado a las primeras. Asimismo, y en cierta medida siguiendo el modelo español, ha introducido un tercer tipo de regiones (artículo 116.3), que abre el camino para introducir nuevas «especialidades» en la autonomía, ya no basada en razones históricas, sino siguiendo el principio dispositivo (descentralización asimétrica).

En segundo lugar, otra reforma esencial se refiere al uso de la técnica de la enumeración en materia de competencias legislativas. En efecto, la nueva regulación, a diferencia de la precedente (y de lo que habitualmente sucede en los Estados regionales), reconoce al Estado competencias «enumeradas» y a las regiones la competencia general y residual. En concreto, el nuevo artículo 117 atribuye al Estado la competencia exclusiva en las materias mencionadas en el párrafo 1; al Estado y a las regiones, las competencias «concurrentes», según un reparto de tipo vertical, en el que al Estado le corresponde la fijación de los principios fundamentales, y a las regiones establecer las normas particulares, siguiendo un esquema en cierta medida equivalente a nuestra dicotomía «bases-desarrollo»;¹⁹ y por último, el nuevo artículo 117 atribuye a las regiones la competencia residual, referida a «toda materia no reservada expresamente a la legislación del Estado» (párrafo 4).²⁰

19 Art. 117. 3 de la Constitución: «En las materias de competencia concurrente corresponde a las regiones la potestad legislativa, con excepción de la determinación de los principios fundamentales, reservada a la legislación del Estado».

20 «Pero no es eso todo. A través de la cláusula residual, se reconoce a las regiones una competencia de tipo tendencialmente exclusiva. Una competencia, por tanto, que no debe

Por tanto, se trata de una modificación ciertamente radical y de sentido opuesto al que establece la Constitución española. Básicamente, decae la general presunción de competencia en favor del legislador estatal, cuya potestad ya no se configura como regla, sino como excepción. Según señala D'Atena, «[I]o único que impediría considerar la competencia contemplada en el artículo 117, párrafo 4, como exclusiva a todos los efectos, son las llamadas competencias «finalísticas» (o transversales) del Estado»,²¹ que serían aquellos numerosos supuestos en los que la Constitución identifica la competencia legislativa estatal a través de la enunciación, no ya de las correspondientes materias, sino de las finalidades que deben ser alcanzadas. Las competencias así definidas permiten al legislador central entrar a legislar en materias que *a priori* recaerían sobre las regiones por aplicación de la cláusula residual. Ello se da, por ejemplo, en relación con la protección de la competencia, la protección del medio ambiente y del ecosistema, o la garantía de los niveles esenciales de las prestaciones que se deben asegurar unitariamente en todo el territorio nacional.²²

confundirse con las competencias a veces impropriamente llamadas exclusivas de las regiones especiales, las cuales encontraban –y encuentran todavía en la medida en que sobreviven– ciertos límites en decisiones atribuibles al legislador estatal». Estos límites eran de gran importancia, ya que se trataba de los principios generales del ordenamiento y el de las grandes reformas económico-sociales del Estado. D'Atena, A. «La reforma constitucional del regionalismo italiano», cit., p.15.

21 *Ibidem*.

22 «En la lista del art. 117.2 de la Constitución resultan numerosas las actividades reservadas al Estado con un valor “transversal”, susceptibles de incidir sobre un amplio espectro de competencias legislativas propias de las regiones; es el caso, por ejemplo, de la reserva estatal para tutelar el ambiente, el ecosistema, la competencia y el ahorro y además para disciplinar el ordenamiento civil y penal, la jurisdicción y las normas procesales, la seguridad, la inmigración y la política exterior. En estas materias, el ordenamiento constitucional ha dado una particular función de unión a la competencia estatal, conforme a la determinación de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales que deben garantizarse en todo el territorio nacional. Tal función es necesaria para calificar la naturaleza social de la República italiana y para permitir la actuación del principio de solidaridad (art. 2 de la Constitución) y el principio de igualdad substancial (art. 3.2c de la Constitución)». Rolla, G. «La descentralización en Italia: un difícil equilibrio entre autonomía y unidad», Hernández (h.), Antonio M. (dir.), *La descentralización del poder en el Estado contemporáneo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional-Instituto Italiano de Cultura de Córdoba-Instituto de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2005.

Una tercera innovación destacable se ha producido en materia de relaciones entre las funciones legislativas y ejecutivas. En efecto, el nuevo texto supone la superación del principio del paralelismo de las funciones previsto por la anterior regulación constitucional, de conformidad con el cual, las funciones ejecutivas correspondían al mismo ente que tenía atribuido el ejercicio de las funciones legislativas. La reforma ha acogido, en cambio, el principio de disociación de funciones, de manera que mientras la legislación corresponde al Estado y a las regiones, las funciones ejecutivas están, en principio, asignadas a los municipios. Dicha atribución a los municipios de la competencia ejecutiva general, viene modulada por la posibilidad que el art. 118 de la Constitución establece de que una ley ordinaria (estatal o regional) encaminada a «asegurar el ejercicio unitario» de las mencionadas funciones, adoptada «sobre la base de los principios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación», pueda derogar dicha competencia. Precisamente del principio de subsidiariedad y la deriva posteriormente adquirida por el mismo a raíz de su interpretación por la Corte Constitucional, trataremos más adelante.

Un cuarto elemento destacable de la reforma del año 2001 lo encontramos en materia de control estatal de los actos regionales. Seguramente la previsión del control estatal sobre las regiones ha constituido históricamente uno de los elementos más característicos del regionalismo italiano. No hay que olvidar que los diversos controles estatales sobre los actos de las regiones previstos por la Constitución de 1947 afectaban a la totalidad de los actos (legislativos o no) regionales y no se limitaban a controlar la legalidad de los mismos, sino que alcanzaban también a su oportunidad, siendo frecuentemente un control preventivo.²³ En este sentido, una reforma que persiguiera una efectiva autonomía de las regiones no podía menos que afectar a la amplitud e intensidad con la que estos estaban previstos en la anterior regulación constitucional. Para ello, primero, la Ley constitucional 1/1997 eliminó la aprobación estatal de los estatutos regionales; en un segundo momento, la Ley constitucional 3/2001 suprimió el control gubernamental sobre las leyes regionales (que ahora sólo tiene lugar por vía jurisdiccional, mediante impugnación *a posteriori* por parte del Estado ante la Corte Constitucional) y el juicio sobre la oportunidad de las leyes (originariamente confiado al Parlamento); y, por último, derogó expresa-

23 Caretti, P. y Tarli Barbieri, G. *Diritto regionale*, 2ª ed., Giappichelli, 2009, p. 33.

mente las normas sobre control de los actos administrativos de las regiones y los entes locales.²⁴

3 · El papel de la Corte Constitucional

Esta reforma suscitó graves problemas interpretativos y aplicativos, en gran medida provocados porque el texto reformado no habilitaba mecanismos transitorios; de ahí que uno de los aspectos más criticados (y criticables) de esta nueva estructura territorial haya sido la intervención excesiva de la Corte Constitucional. Sin embargo, la doctrina ha señalado como culpable de la situación no al árbitro, sino a los jugadores. Realmente, tanto el Estado como las regiones han tenido su parte de responsabilidad en la cuestión. Por un lado, se ha criticado al Estado el no haber fomentado la cooperación con las regiones²⁵ y de actuar como si la reforma del título V nunca hubiera tenido lugar;²⁶ mientras que a las regiones se les ha reprochado el haberse limitado a recurrir sistemáticamente la legislación estatal, desde las leyes de presupuestos a las de reformas sectoriales, muchas veces utilizando dichas impugnaciones de forma partidista.²⁷

La consecuencia ha sido la de descargar sobre la Corte Constitucional la responsabilidad de bloquear o no el sistema político institucional y, dado que, evidentemente, no habría podido hacerlo, la Corte Constitucional ha debido restringir los márgenes de la interpretación de la reforma del título V y lo ha hecho, en términos bastante claros, ampliando los espacios de maniobra del Estado central, especialmente mediante la interpretación amplísima llevada a cabo en la cláusula de subsidiariedad y en el principio de colaboración leal, como tendremos ocasión de analizar seguidamente. De todos modos, en los últimos años, el contencioso ante la Corte Constitu-

24 D'Atena, A. «La reforma constitucional del regionalismo italiano», cit., p.18.

25 Según ha considerado la misma Corte Constitucional, por ejemplo en los asuntos de los presidentes de los Parques y de las Autoridades Portuarias, sentencias 21/ 2006 y 386/2005.

26 Ruggiu, I. «Il sistema delle conferenze ed il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali», *Le Regioni*, 2-3, 2011, p. 530.

27 Se ha criticado que estas reclamaciones no se llevaban a cabo con la finalidad de reivindicar espacios concretos de actuación (lo cual podría haberse logrado fácilmente mediante la simple ocupación de los mismos directamente a través del propio ejercicio de la competencia legislativa), sino simplemente para impedir la intervención estatal.

cional se ha reducido en términos cuantitativos debido fundamentalmente a dos causas: la primera es que ya hay jurisprudencia constitucional que va estableciendo una doctrina interpretativa en aquellas materias más polémicas; y la segunda de las causas es que tanto el Gobierno como las regiones han comenzado a aplicar la negociación legislativa, renunciando a recurrir en primera instancia al artículo 127 de la Constitución.

En definitiva, el diseño actual del reparto competencial entre el Estado y las regiones sólo puede entenderse partiendo de la premisa de que se trata de un modelo no definitivamente cerrado en la Constitución y cuyas premisas normativas probablemente iban por delante de la realidad institucional, sin prever un régimen transitorio que permitiera una adecuada adaptación del modelo. Una de las principales críticas que, en este sentido, parece reflejar la posición mayoritaria de la doctrina italiana es la de la ausencia de previsión constitucional de un mecanismo de cierre que permitiera al Estado dotar de coordinación y uniformidad algunas cuestiones básicas. Esta carencia del modelo tuvo que ser cubierta por la jurisprudencia constitucional, que lo hizo forzando la interpretación de la letra de la Constitución mediante su entendimiento «expansivo» de dos principios: el de cooperación leal y el de subsidiariedad.²⁸

a · El principio de leale cooperazione

El principio de *leale cooperazione* deriva directamente del principio más general de colaboración entre las distintas entidades estatales. Su existencia se encuentra implícita en cualquier regla de distribución de competencias y comporta concretas obligaciones para cada una de las partes. Éstas tienen la obligación de llevar a cabo todas aquellas actuaciones necesarias a fin de que cada sujeto pueda estar en condiciones de ejercitar correcta y eficazmente sus propias competencias. En Italia, en un primer momento, el

28 Tarli Barbieri, G. «La Sentenza 322/2009 della Corte Costituzionale: cosa rimane dell'autonomia regionale?», en *Forum costituzionale* y en: http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2009/0051_322_2009_tarli.pdf. Hay, además, quien añade a la colaboración leal y a la apelación a la subsidiariedad, aquella jurisprudencia relativa a las materias superpuestas, en las que la Corte Constitucional ha impuesto las mismas consecuencias respecto a la necesidad de colaboración entre el Estado y las regiones. Ruggiu, I. «Il sistema delle conferenze ed il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali», *Le Regioni*, 2-3, 2011, p. 541.

principio de colaboración leal es incorporado al ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional que, en diversas ocasiones, a partir de la Sentencia 64/1987 ha venido afirmando que dicho principio se encuentra en la base de las relaciones entre el Estado y las regiones.

En este sentido, se fueron aprobando numerosas medidas legislativas en un intento de mejorar la actuación de los niveles institucionales, por ejemplo, facilitando el intercambio de información. Otras medidas en esta línea han pasado por posibilitar la creación de oficinas comunes, por ejemplo en materia de contratos públicos, o de creación de una ventanilla única para las empresas.²⁹

Dicho principio fue finalmente constitucionalizado en la reforma de 2001, aunque solo en relación con la intervención sustitutiva del Gobierno respecto de los niveles descentralizados. No obstante, el juez constitucional ha utilizado este principio de cooperación leal para justificar la imposición de procedimientos que aseguren un adecuado equilibrio entre la actuación de los órganos estatales y las competencias regionales. Concretamente, la Corte Constitucional ha intentado contemporizar una doble exigencia: de un lado, de cara a asegurar la funcionalidad de la intervención pública, evitando vacíos de regulación, ante la falta de actuación legislativa de las regiones; de otro, para evitar que el Estado ocupe definitivamente ámbitos materiales reservados a la intervención regional, subvirtiéndose así, por la puerta de atrás, el reparto competencial establecido por la Constitución, a partir de la reforma de 2001. Por ello, la Corte Constitucional ha ampliado el significado del principio de colaboración leal, afirmando que la obligación de colaborar lealmente afecta no sólo al ejercicio de la actividad administrativa, sino también al de la función legislativa. Siguiendo este planteamiento, ha llegado incluso a declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada, no por su contenido normativo, sino por el modo (unilateral) a través del cual el legislador ha esta-

²⁹ Para ello, se ha favorecido la firma de convenios como instrumento útil para posibilitar la simplificación administrativa: por ejemplo, en materia de estado civil y de certificación registral, el mantenimiento del sistema estadístico nacional y la ejecución de la red informática unitaria de las administraciones públicas. Asimismo, el art. 6 del Decreto legislativo 112/1997 sobre la regulación de la Conferencia Estado-Regiones, establece el favorecimiento del mutuo intercambio de informaciones sobre la actuación de las administraciones centrales y territoriales y el inicio de protocolos de acuerdo para la constitución de bancos de datos inter accesibles desde todas las administraciones del Estado. Ceccherini, E. «La participación del sistema autonómico en la formación de la voluntad del Estado», *Revista de Estudios Políticos*, 111, 2001, p. 196 y s.

blecido sus determinaciones. O, incluso, ha establecido que, en presencia de determinados presupuestos, la introducción de mecanismos de colaboración entre el Estado y las regiones, no constituye una decisión libre del legislador ordinario, sino que es perfectamente controlable por la Corte.³⁰

b · El principio de subsidiariedad

Tal como recogíamos al enunciar las principales innovaciones introducidas por la reforma del título V en el diseño territorial italiano, la Constitución italiana contiene ahora dos remisiones al mencionado principio: una primera referida a la subsidiariedad en sentido vertical, esto es, como criterio de distribución de las funciones ejecutivas de los entes territoriales (artículo 118, párrafo 1);³¹ y la subsidiariedad en sentido horizontal, de favorecimiento de la actividad autónoma de los ciudadanos en actividades de interés general (artículo 118, párrafo 4).³²

Sin embargo, la Corte Constitucional ha acabado utilizando este principio para introducir un nuevo título competencial legislativo que habilite al legislador estatal a intervenir fuera de las materias enumeradas en los dos primeros apartados del art. 117 de la Constitución y que, en aquellas materias de competencia concurrente con las regiones, le permita poder ir más allá del establecimiento de las bases, incluso pudiendo adoptar normas de desarrollo inderogables por parte de las regiones.³³ En efecto, ya en las sentencias 303/2003 (relativa a las obras públicas de interés nacional) y 6/2004 (relativa a producción y distribución nacional de la energía) la Corte Constitucional consideró que el principio de subsidiariedad no sólo consien-

30 Gorlani, M. *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Giuffrè, 2004, p. 616 y s.

31 «Las funciones ejecutivas se atribuirán a los municipios salvo que, para asegurar el ejercicio unitario, sean conferidas a las provincias, a las ciudades metropolitanas, a las regiones o al Estado, con base en los principios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación.» (art. 118.3 de la Constitución).

32 El art. 118.4 impone, a los entes territoriales el deber de favorecer «la autónoma iniciativa de los ciudadanos, de manera particular o asociada, para el desarrollo de actividades de interés general, sobre la base del principio de subsidiariedad». Una interesante propuesta de modificación del principio, ajustándolo a su significado teórico-real, en Carrer, M. y Rossi, S. «La sussidiarietà: metamorfosi e trasfigurazione», *Quaderni Costituzionali*, 2, 2012, p. 259-284.

33 Olivetti, M. «La reforma del sistema autonómico italiano», cit., p. 59-60.

te medidas de tipo ejecutivo (a las que expresamente se refiere el artículo 118.1 de la Constitución), sino también legislativas, mediante normas estatales que «expropian» competencias legislativas regionales, tanto concurrentes como incluso exclusivas. Para ello, la intervención estatal basada en el principio de subsidiariedad, tal como lo ha interpretado la Corte Constitucional italiana, «debe encontrar justificación en la exigencia de tutelar intereses nacionales no fraccionables y está sometida a la condición de un necesario acuerdo (*intesa*) con las regiones afectadas»³⁴ y el instrumento adecuado para lograrlo, no es otro que las conferencias. Por otro lado, como la Corte Constitucional ha destacado, la decisión adoptada por las conferencias no es vinculante para el Parlamento a la hora de aprobar las leyes, ya que el principio de colaboración leal no puede condicionar la autonomía parlamentaria (Sentencia 437/2001 y, más recientemente, la 159/2008); aunque en alguna ocasión (Sentencia 401/2007) ha matizado que, en cualquier caso, los acuerdos en sede de conferencias representan un instrumento privilegiado para conciliar exigencias unitarias y gobierno autónomo del territorio, por lo que sostiene que el principio de colaboración leal exige a las partes mantener el compromiso alcanzado.

En otras palabras, la Corte Constitucional ha consentido al Estado invadir la competencia legislativa de las regiones, apelando al principio de subsidiariedad y adecuación, pero ha exigido como contraprestación la existencia de específicas formas de colaboración entre el Estado y las regiones que garanticen la defensa de los intereses de estas. La paradoja es, entonces, que la Corte Constitucional ha introducido el principio cooperativo –expresado fundamentalmente a través del mecanismo de las conferencias territoriales– para compensar un previo debilitamiento de la autonomía de las regiones permitido por la propia Corte a través de su extensiva interpretación del principio de subsidiariedad.³⁵ Asimismo, en este ámbito se ha producido una transición en el nivel de cooperación exigido por la Corte Constitucional en el grado de cooperación exigible, oscilando desde la *intesa* («acuerdo») en sentido débil, a la *leale cooperazione* en sentido fuerte.³⁶

34 *Ibidem*. Traducción propia.

35 Magiameli, S. «Riflessioni sul principio cooperativo, prima della riforma delle Conferenze», *Istituzioni del federalismo: Rivista di Studi Giuridici e Politici*, extra 2, 2010, p. 265 y s.

36 Agosta, S. «Dall'intesa in senso debole alla leale cooperazione in senso forte? Spunti per una riflessione alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale tra (molte) conferme e (qualche) novità», *Quaderni Regionali*, 23, 2004, p. 703-728.

III · Los vínculos cooperativos en el sistema territorial italiano

Una de las mayores limitaciones de la reforma constitucional venía representada precisamente por la ausencia de mecanismos de cooperación y de previsiones de sedes adecuadas de colaboración entre el Estado y las regiones. En realidad, sólo se recogía la participación de las regiones en algunas funciones del Estado:³⁷ elección del presidente de la República, iniciativa legislativa en leyes estatales, solicitud de referéndum derogatorio de leyes del Estado y referéndum confirmatorio de una ley constitucional...³⁸ O, más recientemente, el artículo 27.5 de la Ley 42/2009 también ha previsto la participación de los presidentes de las regiones de estatuto especial y de las provincias autónomas en las reuniones de Consejo de Ministros respecto de las normas de desarrollo de los respectivos estatutos en materia de coordinación financiera.

Pero sin duda, la cuestión de más difícil solución venía representada por la reforma de la segunda cámara; no tanto porque la necesidad de una instancia representativa de las regiones suscitara dudas, sino fundamentalmente porque la introducción del Senado federal habría implicado la supresión del Senado actual, y ello implicaba vencer fuertes resistencias in-

37 Es cierto que antes de la reforma del título V en algunos estatutos de regiones de autonomía especial se aludía a la obligación de invitar al presidente de la región a las reuniones del Consejo de Ministros en aquellos supuestos de discusión de cuestiones de particular interés de las regiones.

38 En cuanto a la participación constitucionalmente prevista de las regiones en las funciones propias del Estado, debemos destacar las siguientes previsiones (véase Caretti, P. y Tarli Barbieri, G. *Diritto regionale*, cit., p. 321 y s.):

1. Elección del presidente de la República. Participan tres delegados de cada región, elegidos por el Consejo Regional.
2. Iniciativa de leyes estatales. Cualquier consejo regional puede presentar incluso propuestas de reforma de la Constitución.
3. Participación en las decisiones concernientes a la fusión de regiones existente, creación de nuevas regiones, agregación/separación de municipios/provincias. Se hace por ley del Estado pero se consulta a los consejos regionales afectados y a la población en referéndum.
4. Poder de solicitar referéndum derogatorio de leyes del Estado (al menos 5 consejos regionales).
5. Poder de solicitar el referéndum confirmatorio de una ley constitucional (si no ha obtenido mayoría parlamentaria de 2/3), también al menos 5 consejos regionales.

ternas a la propia institución.³⁹ A ello habría que añadir otras circunstancias concomitantes que no han contribuido ciertamente a alcanzar un acuerdo respecto de la configuración de un Senado - cámara de representación territorial, tal como ocurre en el caso español: fundamentalmente la ausencia de un modelo regional acabado, en permanente construcción, así como las discusiones en torno a la configuración concreta de la cámara territorial, tanto en su representatividad (elección directa o indirecta, representativa de los consejos regionales o de las juntas, sólo de las regiones o también de los entes locales), como en el alcance de las funciones atribuidas.⁴⁰ Ante la imposibilidad política de llegar a ningún acuerdo en esta cuestión, la Ley constitucional 3/2001 recurrió a una solución de compromiso, autorizando a los reglamentos parlamentarios a establecer la participación de representantes de las regiones y de los entes locales en un órgano ya existente: la Comisión Bicameral para las Cuestiones Regionales (formada por 20 diputados y por 20 senadores). Esta Comisión, conocida como la *bicameralina*, tiene dos funciones relevantes previstas en la reforma constitucional: por un lado, dicha Comisión debe ser obligatoriamente consultada cuando el Parlamento apruebe una ley-marco o una ley en materia financiera regional; por otra parte, si el Parlamento quiere separarse del parecer de la Comisión, la votación debe tener lugar en el pleno y por mayoría absoluta.

1 • Cooperación gubernamental *versus* representación territorial

La imposibilidad política de alcanzar a un acuerdo acerca del modelo de cámara de representación territorial ha provocado, a modo de compensación, un crecimiento desmesurado del sistema de conferencias, donde se reúnen los vértices de los ejecutivos de Estado y entes territoriales. La evolución de la práctica de las conferencias intergubernamentales en Italia es, en este sentido, especialmente revelador: si en un primer momento estaban pensa-

39 Magiameli, S. «Il Senato federale nella prospettiva italiana», *Rassegna Parlamentare*, vol. 52, 1, 2010, p. 167-189. De «suicidio institucional» hablaba D'Atena («La reforma constitucional del regionalismo italiano», cit., p. 22).

40 *Ibidem.*, p. 335 y s. Bin, R. y Ruggiu, I. «La rappresentanza territoriale in Italia. Una proposta di riforma del sistema delle Conferenze, passando per il definitivo abbandono del modello Camera delle Regioni», *Istituzioni del Federalismo: Rivista di Studi Giuridici e Politici*, 6, 2006, p. 903-954.

das fundamentalmente para facilitar la cooperación en el nivel ejecutivo, como una más de las técnicas de cooperación que el Estado puede utilizar, algunas de ellas han pasado a desempeñar un papel político esencial, hasta adquirir un nuevo estatus institucional «que las ha transformado en órganos de naturaleza federal o parafederal, implicadas (aunque de manera informal) en los procesos de producción legislativa y en la adopción de decisiones de política general interna o europea».⁴¹

En el plano institucional italiano, por tanto, la cooperación entre los distintos niveles de autonomía ha encontrado su concreta realización preferentemente a través de órganos multilaterales intergubernamentales y de competencia general, como la Conferencia Estado-Regiones, la Conferencia Estado-Ciudades-Autonomías Locales y la Conferencia Unificada Estado-Regiones-Ciudades-Autonomías Locales, a las cuales se añaden las conferencias regiones-autonomías locales; si bien no faltan otras experiencias significativas más similares a la experiencia española, como la Conferencia de Servicios (órgano con competencia *ratione materiae* y temporal). Frente a la dispersión existente en España, en Italia el cauce de cooperación-representación es único y aparece concentrado en una sede institucional fundamentalmente unitaria: la *Conferenza Stato-Regioni*.

En Italia, las conferencias han adquirido un papel institucional fundamental, pese a tener constitucionalmente atribuida una competencia meramente consultiva, por lo que no tienen jurídicamente ningún poder para tomar decisiones. En primer lugar, por la relevancia que la Corte Constitucional les ha venido atribuyendo, puesto que, como comentábamos con anterioridad, en la práctica la Corte ha usado las conferencias casi como parámetro del grado de cooperación, incluso llegando a anular leyes del Estado alegando que no habían previsto el parecer previo de la Conferencia Estado-Regiones. Además, no debe olvidarse el extraordinario peso político del órgano en el conjunto del sistema, que desde un cierto punto de vista le convierte en una especie de «órgano paraconstitucional», en el sentido de haberse convertido en una instancia de codecisión, convertido frecuentemente en una alternativa crítica al Gobierno central, en una instancia de control que en demasiadas ocasiones la mayoría de gobierno impide asumir

41 Ruggiu, I. «Órganos y dinámicas de representación territorial en los Estados compuestos. Italia y España a debate», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 67, 2003, p. 187.

al propio Parlamento.⁴² Sin embargo, no faltan voces que consideran que las conferencias constituyen «el agujero negro de la democracia», donde todo se pacta fuera de las instituciones, no existen debates y se limitan a ratificar decisiones oscuras e informales, sin respetarse los procedimientos democráticos, ni la regulación normativa.⁴³

Desde una perspectiva práctica, no obstante, un modelo de representación territorial de cooperación entre los ejecutivos de los distintos ámbitos territoriales, presenta indudables ventajas, esencialmente por dos razones: en primer lugar, porque las decisiones pueden adoptarse con mayor rapidez; en segundo lugar, porque la designación de los representantes por los ejecutivos regionales puede favorecer el distanciamiento de las directrices políticas del partido. La constatación de las indudables ventajas técnicas que trae aparejado este modelo representativo no puede, sin embargo, ocultar las consecuencias institucionales que del mismo se derivan, fundamentalmente la «desparlamentarización» de las decisiones políticas.⁴⁴ Por ello, se ha señalado la tendencia registrada en los últimos años según la cual las regiones cada vez están más interesadas y comprometidas en el procedimiento legislativo desarrollado en el Parlamento, de manera que los representantes territoriales han intentado participar en las actividades del Parlamento enviando representantes propios a la Comisión Parlamentaria para Asuntos Regionales. Paradójicamente, el progresivo incremento del peso específico de las regiones ha puesto de manifiesto la insuficiencia de la *Conferenza Stato-Regioni*, no obstante su consideración como un eficaz foro institucional, por lo que cada vez más las propias conferencias tienden

42 Ruggiu, I. «Il sistema delle conferenze ed il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali», cit., p. 536 y s.

43 Caprio, G. «Una vera Conferenza delle Regioni per l'attuazione del federalismo», Forum di *Quaderni Costituzionali*, junio 2008, en: http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0050_caprio.pdf.

44 «Sin embargo, las relaciones entre centro y periferia parecen haber emprendido un camino que discurre a través de procesos de participación ligados principalmente al *interstate federalism* (un mecanismo de representación de los intereses infranacionales mediante la negociación intergubernamental) más que al *intrastate federalism* (fenómeno por el cual los intereses regionales encuentran cabida y publicidad a través de instituciones centrales, como podría ser la cámara alta)». Ceccherini, E. «La participación del sistema autonómico en la formación de la voluntad del Estado», *Revista de Estudios Políticos*, 111, 2001, p. 178.

a «operar como terceras cámaras y usar al Parlamento como interlocutor alternativo», punteando así al propio Gobierno central.⁴⁵

2 · El sistema de conferencias: a la espera de la *Conferenza della Repubblica*

Frente a la dispersión existente en España,⁴⁶ en Italia el cauce de cooperación-representación es único y aparece concentrado en una sede institucional fundamentalmente unitaria: la *Conferenza Stato-Regioni*. El sistema italiano manifestó desde el principio una tendencia a la concentración orgánica favorecida por la propia regulación normativa que, de forma paulatina, vino a potenciar el papel de la *Conferenza Stato-Regioni* y que, asimismo, fue suprimiendo los distintos organismos mixtos centro-periféricos existentes. Así, mientras que el sistema italiano se ha articulado de manera que todas las cuestiones que afectan a los territorios se deciden en la *Conferenza Stato-Regioni*, en España existen multitud de órganos cooperativos, las conferencias sectoriales, especializadas en cuestiones materiales diversas.⁴⁷

En la doctrina italiana se han señalado dos razones esenciales que estarían en la base de la opción por modelos de cooperación unitarios y concentrados. La primera de ellas sería de índole económico-racional, apoyada en «un principio de «economía institucional» que, para garantizar un funcionamiento correcto de los diferentes órganos clave del sistema, impone un alto grado de racionalidad en la articulación institucional»;⁴⁸ por su parte, el segundo argumento en pro de la concentración de los mecanismos

45 Ruggiu, I. «Il sistema delle conferenze ed il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali», cit., p. 538-539.

46 García Morales, M. J. «Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico: estado de la cuestión y problemas pendientes», en M^a Jesús García Morales, José Antonio Montilla Martos, Xabier Arbós Marín: *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 25 y s.

47 Por el contrario, la opción propuesta en la experiencia española parece seguir otra dirección. De hecho, las relaciones intergubernamentales se establecen a través de dos instrumentos: de un lado, conferencias multilaterales pero sectoriales; y de otro, acuerdos bilaterales (convenios), esto es, realizados entre el Estado y la comunidad autónoma concreta sobre un aspecto específico. La conferencia de presidentes tiene una relevancia más anecdótica que decisoria, principalmente debido a su carácter no permanente.

48 Ruggiu, I. «Órganos y dinámicas de representación territorial en los Estados compuestos. Italia y España a debate», cit., p. 205.

de cooperación gubernamental estaría basado en razones de oportunidad política, ya que dicha concentración parece favorecer la aparición de un sentimiento de identidad territorial, así como de un tipo de representación unitaria de todas las regiones frente al Estado.

En este punto, no obstante, debemos señalar que en los últimos años se han presentado un par de proyectos de ley en el sentido de unificar el sistema de conferencias intergubernamentales, mediante la creación de una Conferencia de la República (o de los niveles de gobierno), que debía sustituir las actuales tres conferencias que a continuación analizaremos y que llevan funcionando desde 1997. En realidad los citados proyectos de ley no alteraban demasiado la situación presente, puesto que se limitaban a establecer una delegación legislativa al Gobierno para que regule este órgano con la finalidad de simplificar los procedimientos de colaboración entre el Estado y las autonomías. Se preveía una única Conferencia (primero llamada Conferencia de la República, luego Conferencia permanente para los niveles de gobierno), como sede plenaria, compuesta por dos secciones: una para las cuestiones de interés regional (Sección Estado y Regiones), y otra para las cuestiones relativas a los entes locales (Sección Estado y Autonomías Locales); al mismo tiempo, se simplificaban los procedimientos, se suprimían comités, comisiones y todos los demás órganos de cooperación existentes en el interior de las administraciones públicas, con la excepción de los creados por la Ley 42/2009 sobre el federalismo fiscal.⁴⁹

49 Candido, A. «Arriva la Conferenza della Repubblica: ma cosa cambia», *Diritti regionali: Osservatorio sulle autonomie*, en: <http://dirittiregionali.org/2011/07/04/arriva-la-conferenza-della-repubblica-ma-cosa-cambia/>. El 19 de septiembre de 2011 se inició la tramitación parlamentaria del proyecto de ley relativo a la delegación al Gobierno para la constitución y regulación de la Conferencia permanente para los niveles de gobierno (A.C. n. 4567), que sustituía al proyecto de ley presentado en febrero por el Consejo de Ministros. Básicamente conservaba los contenidos sustanciales, excepto por lo referido a la denominación del órgano encargado de representación de los intereses intergubernamentales. Este proyecto de ley, que había obtenido el informe favorable de la Conferencia Unificada, y recogido las observaciones sugeridas por la Conferencia de las Regiones y de las Provincias Autónomas, sin embargo, se vio atascado en el trámite de discusión parlamentaria y nunca llegó a aprobarse.

a · La Conferencia Estado-Regiones

La Conferencia permanente para las relaciones entre el Estado, las regiones y las provincias autónomas está presidida por el presidente del Consejo de Ministros y compuesta por los presidentes de las regiones y las provincias autónomas, aunque además, en función de la materia a tratar, pueden también participar en sus reuniones los ministros afectados y representantes de otras administraciones del Estado o de entes públicos y en el que la vicepresidencia recae en el ministro de Asuntos Regionales.

Este órgano, en palabras de la Corte Constitucional, no se configura como «un órgano perteneciente al aparato ni estatal ni autonómico (...) sino que representa la sede privilegiada de confrontación y negociación política entre el Estado y las regiones y las provincias autónomas», lo que le convertiría en una especie de tercer nivel institucional entre Estado y regiones. No obstante, como ya hemos comentado, pese a que, en la práctica la Conferencia pretenda suplir las carencias de canales participativos de las regiones en las actuaciones estatales, no debemos olvidar que se trata de un órgano de la presidencia del Gobierno: allí está adscrito, la presidencia y la convocatoria corresponden al presidente del Gobierno y de allí depende la Secretaría. En definitiva, no representa tanto una voz de las regiones en el Estado central, como más bien un órgano dónde se comprueba que el punto de vista regional sea compatible con el estatal.

Las funciones de la Conferencia Estado-Regiones aparecen reguladas en el Decreto legislativo 281/1997,⁵⁰ que básicamente la configura como un órgano de carácter generalístico, con algunas atribuciones importantes, entre las que destacan: la función consultiva sobre los actos del Gobierno de interés regional, especialmente los normativos; el nombramiento de los responsables de entes y órganos que desempeñan actividades o prestan

50 La Conferencia se regula por vez primera en el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 12 de octubre de 1983, el cual por una parte, lo considera como una especie de comité interministerial (en cuanto a su composición) y, de otra, lo concibe no permanente, desde el momento que su convocatoria se deja a la voluntad discrecional del presidente del Gobierno. Posteriormente, el art. 12 de la Ley 400/1988 (Regulación de la actividad de Gobierno y ordenación de la presidencia del Consejo de Ministros) perfecciona y estabiliza la fisonomía de este órgano; el cual se convierte en un órgano «mixto», que se reúne periódicamente y se propone absorber las competencias atribuidas por la legislación a otros órganos mixtos. Ceccherini, E. «La participación del sistema autonómico en la formación de la voluntad del Estado», cit., p. 186.

servicios instrumentales para el ejercicio de funciones concurrentes entre Gobierno, regiones y provincias autónomas; la codeterminación del contenido de los actos estatales de dirección y coordinación; la información, asegurando el intercambio de datos e informaciones entre el Gobierno y las regiones; la determinación de los criterios de repartición de los recursos financieros a asignar a las regiones y las provincias autónomas; la deliberación en las materias establecidas por la ley; la propuesta respecto de órganos del Estado y de entes públicos, y el enlace de la política comunitaria con las exigencias de las regiones.⁵¹

Dada la trascendencia del órgano, la relevancia de sus funciones y la generalidad de asuntos que trata, la Conferencia ha debido potenciar su ritmo de trabajo de manera que aunque solo estaba prevista su reunión cada seis meses, en la práctica las reuniones tiene lugar un par de veces a la semana, lo que permite un contacto constante y fluido entre representantes regionales y estatales. Además, se ha dotado de un aparato administrativo propio, la Secretaría, que la organiza y gestiona desde el punto de vista técnico.

b · La Conferencia Estado-Ciudades-Autonomías Locales

Dicha Conferencia «tiene tareas de coordinación en las relaciones entre el Estado y las autonomías locales, y de estudio, información y comparación sobre las problemáticas relacionadas con las determinaciones de política general susceptibles de incidir en las funciones propias o delegadas de municipios y provincias, y es sede de discusión y examen de los problemas relativos a la ordenación y al funcionamiento de los entes locales, así como de las iniciativas legislativas y los actos generales de gobierno relativos a ello» (artículo 9 del Decreto legislativo 281/1997). Asimismo, tiene la función de favorecer la información y las iniciativas para la mejora de la eficiencia de los servicios públicos, así como de promover acuerdos o pactos de programa.

La Conferencia Estado-Ciudades-Autonomías Locales está presidida por el presidente del Consejo de Ministros y compuesta por algunos ministros (de Interior, de Asuntos Regionales, del Tesoro y Presupuesto, de Ha-

⁵¹ *Ibidem*, p. 187.

cienda, de Trabajos Públicos, de Sanidad); los presidentes de asociaciones representativas de los municipios, las provincias y las comunidades de montaña (*comunità montane*); 14 concejales y 6 presidentes de provincias.

Aunque la normativa determina que deberá reunirse al menos cada tres meses y, además, cada vez que lo solicite el presidente del Gobierno (teniendo en cuenta las solicitudes de los presidentes de las asociaciones representativas de los entes locales), la práctica ha determinado que en todas las conferencias se establezca un calendario semestral donde las fechas de reunión quedan prefijadas, de manera que no se depende de la voluntad del ejecutivo central para su convocatoria.⁵²

c · La Conferencia Unificada. (Estado-Regiones-Ciudades-Autonomías Locales)

Incluso previamente a la reforma del título V de la Constitución, en Italia se había venido produciendo una sustancial equiparación entre las entidades regionales y el sistema de autonomías locales, especialmente en lo relativo a las relaciones entre éstas y el Estado, por lo que la Conferencia Unificada supone la principal innovación del tantas veces citado Decreto legislativo de 1997, al plasmar también orgánicamente dicha equiparación. Al igual que en las demás conferencias, en principio, el acuerdo se manifiesta por unanimidad de los miembros de ambos grupos, pero cuando no sea posible lograrlo, el consentimiento se expresará por la mayoría de los representantes de cada uno de los dos grupos que la integran.

Las funciones que tiene normativamente asignadas son las de deliberar, promover y ratificar acuerdos, emitir dictámenes y designar representantes respecto de las materias y las funciones de interés común a las regiones, provincias, municipios y comunidades de montaña. En cualquier caso, es competente en todos aquellos supuestos en los que las regiones, provincias, municipios, comunidades de montaña o bien alguna de las dos conferencias deban pronunciarse sobre un mismo objeto. Su informe es preceptivo en los proyectos de ley de presupuestos y leyes financieras, así como los rela-

52 Y ello a pesar de que siempre fue muy respetuoso con los plazos de convocatoria. Ruggiu, I. «Il sistema delle conferenze ed il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali», cit., p. 535.

tivos a la transferencia de funciones administrativas del Estado al sistema territorial.⁵³

d · Las conferencias de Servicios

En este caso se trata de organismos que, a diferencia de las precedentes instituciones, se caracterizan por las notas de la temporalidad, sectorialidad y especificidad, en las que se encuentran representados sólo los sujetos implicados en la elaboración y ejecución de un proyecto, y una vez cumplida su finalidad se produce la disolución del órgano. Este mecanismo de cooperación intergubernamental permite un tratamiento más especializado y coordinado, con un seguimiento y coordinación constantes, aunque sus efectos jurídicos tienen un alcance más limitados, ya que «sólo desplegará efectos el pronunciamiento firme adoptado por la administración competente. Esta última, de hecho, es libre de asumir o no los resultados del acuerdo adoptado por la Conferencia de Servicios».⁵⁴

La regulación de las conferencias de Servicios ha sufrido una profunda reforma por el artículo 49 del Decreto-ley 78/2010, posteriormente convertido en Ley 122/2010, de 30 de julio. Precisamente, este artículo ha sido objeto de un recentísimo pronunciamiento de la Corte Constitucional (Sentencia 179/2012), referido a la previsión de que en caso de disenso ex-

53 Existe otra figura equivalente a las conferencias de ámbito estatal, que son las conferencias «regiones-autonomías locales» en las leyes regionales sobre funciones locales, conformada por los representantes de los ejecutivos regionales y municipales; son organismos de competencia general y no sectorial; generalmente, emiten recomendaciones y dictámenes acerca de los proyectos de reordenación de las funciones de los entes locales y efectúan comprobaciones y reconocimientos sobre el proceso de actuación de las leyes regionales que afectan a los intereses locales; además, desarrollan funciones de coordinación y enlace entre las regiones y el sistema autonómico, así como tareas de propuesta, de consulta y de estudio sobre cuestiones de interés local. Ceccherini, E. «La participación del sistema autonómico en la formación de la voluntad del Estado», cit., p. 190.

54 «La Conferencia de Servicios, como regla general, comprende la presencia simultánea tanto de una fase de concertación –dirigida a precisar los programas de los sujetos que allí intervienen–, como de una fase procedimental –encaminada a acelerar los plazos de realización de determinados proyectos. En relación con su función de agilización y aceleración del procedimiento, resulta útil la adopción de acuerdos (*intesse*), convenios (*concerti*), aceptaciones (*nullaosta*) o cualquier otro modo de manifestación del asentimiento, con independencia de su denominación, por parte de otras administraciones públicas». *Ibidem*.

preso manifestado por una región o una provincia autónoma en alguna de las materias de su competencia, si no se alcanzara el acuerdo (*intesa*) en el plazo de treinta días, se atribuiría la competencia de decisión al Consejo de Ministros (con la participación de los presidentes de las regiones o de las provincias autónomas afectadas) «en ejercicio de su poder sustitutivo». En esta Sentencia, sin embargo, la Corte Constitucional ha considerado inconstitucional dicho precepto, por cuanto vulnerador del principio de cooperación leal, al apelar directamente al poder de sustitución estatal, sin prever ulteriores procedimientos que faciliten alcanzar el acuerdo y superar las divergencias.⁵⁵

IV · Algunas reflexiones a modo de conclusión

Ciertamente, el modelo de cooperación entre los distintos niveles territoriales en Italia está configurado como un auténtico sistema de conferencias: una red de relaciones centro-periferia que implica ya a todos los niveles de gobierno y que se desarrolla conforme a reglas de continuo debate en común respecto de la práctica totalidad de las cuestiones de interés común. Sin embargo, hemos expuesto ya como la realidad subyacente es otra, lo que se pone de manifiesto en el hecho de que la legislación estatal (incluso aquella posterior a la reforma del título V), pese a estar formalmente sujeta al requisito de la intervención de las conferencias, continúa siendo marcadamente centralista.

El sistema de cooperación (o mejor de concertación intergubernamental) parece haber llegado a un punto de expansión excesiva, favorecido por la inexistencia de un Senado que actúe de cámara de representación territorial y por un marco de distribución competencial cuanto menos confuso e inacabado que ha llevado a la Corte Constitucional a compensar la amplitud con la que ha interpretado la competencias estatales mediante la exigencia de mecanismos de concertación, que permitan la participación de las regiones en el procedimiento de elaboración de los proyectos legislativos.

En definitiva, este sistema ha terminado por establecer y consolidar un denso tejido de relaciones entre regiones y Gobierno (o, mejor dicho,

⁵⁵ Bertolino, C. «[Corte cost. N. 179/2012] Intesa “forte” vs. potere sostitutivo», *Diritti regionali: Osservatorio sulle autonomie*, en: <http://dirittiregionali.org/2012/07/31/corte-cost-n-1792012-intesa-forte-vs-potere-sostitutivo/>.

entre los ejecutivos de los distintos entes territoriales) que ha producido significativas mejoras sobre todo en el ámbito de la cooperación administrativa, pero sigue sin resolver la cuestión de cómo incluir a las regiones (y los entes locales) en el circuito decisorio del Parlamento, es decir, cómo lograr la representación territorial. Por todo lo anteriormente señalado, cada vez parece más evidente la conveniencia de constituir una auténtica cámara de representación territorial que podría ser un remedio al proceso de alejamiento de las decisiones del Parlamento, a la par que resultaría la sede más obvia para lograr implicar a los territorios en la vida parlamentaria y en consecuencia conduciría a una mayor legitimación de las decisiones adoptadas en el propio Parlamento.⁵⁶

Bibliografía⁵⁷

- AGOSTA, S. «Dall'intesa in senso debole alla leale cooperazione in senso forte? Spunti per una riflessione alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale tra (molte) conferme e (qualche) novità», *Quaderni Regionali*, 23, 2004, p. 703-728.
- BARBERA, A. «La polverizzazione delle materie regionali e la (ormai necessaria) clausola di supremazia», *Le Regioni*, 2-3, 2011, p. 559-564.
- BELLETTI, M. «Poteri statali di garanzia e decisione ultima, commissariamenti e centralizzazione delle decisioni», *Le Regioni*, 2-3, 2011, p. 499-528.
- BERTOLINO, C. «[Corte cost. N. 179/2012] Intesa “forte” vs. potere sostitutivo», *Diritti regionali: Osservatorio sulle autonomie*, <http://diritti-regionali.org/2012/07/31/corte-cost-n-1792012-intesa-forte-vs-potere-sostitutivo/>.
- BIN, R. y PITRUZZELLA, G. *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, 2009.
- BIN, R. y RUGGIU, I. «La rappresentanza territoriale in Italia. Una proposta di riforma del sistema delle Conferenze, passando per il definitivo abbandono del modello Camera delle Regioni», *Istituzioni del federalismo: Rivista di Studi Giuridici e Politici*, 6, 2006, p. 903-954.

⁵⁶ Ruggiu, I. «Órganos y dinámicas de representación territorial en los Estados compuestos. Italia y España a debate», cit., p. 208-209.

⁵⁷ Última consulta en la web a 20 de septiembre de 2012.

- CANDIDO, A. «Arriva la Conferenza della Repubblica: ma cosa cambia», *Diritti regionali: Osservatorio sulle autonomie*, <http://dirittiregionali.org/2011/07/04/arriva-la-conferenza-della-repubblica-ma-cosa-cambia/>.
- CAPRIO, G. «Una vera Conferenza delle Regioni per l'attuazione del federalismo», *Forum di Quaderni Costituzionali*, junio 2008, http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0050_caprio.pdf.
- CARETTI, P. «Dieci anni dopo. Più o meno autonomia?», *Le Regioni*, 2-3, 2011, p. 569-574.
- . «Le riforme dei regolamenti dei Consigli regionali di fronte alle trasformazioni delle Regioni e del ruolo delle Assemblee elettive», *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, 167-168, 2010 (ejemplar dedicado a: *Le riforme dei regolamenti dei Consigli regionali*), p. 17-22.
- CARETTI, P. y BRANCASI, A. «Il sistema dell'autonomia locale tra esigenze di riforma e spinte conservatrici: il caso della Città metropolitana», *Le Regioni*, 4, 2010, p. 727-752.
- CARETTI, P. y TARLI BARBIERI, G. *Diritto regionale*, 2ª ed., Giappichelli, 2009.
- CARRER, M. y ROSSI, S. «La sussidiarietà: metamorfosi e trasfigurazione», *Quaderni Costituzionali*, 2, 2012, p. 259-284.
- CARRILLO LÓPEZ, M. «Nota sobre la frustrada reforma constitucional italiana de 2006», *Teoría y Realidad Constitucional*, 19, 2007, p. 215-228.
- CECCHERINI, E. «Intergovernmental relations in Italy: State-Regions-Autonomous Provinces Conference», *Revista de Sociales y Jurídicas*, 4, 2009.
- . «La collaborazione fra Stato ed enti territoriali negli Stati composti dell'Unione Europea», *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 18, 2008.
- . «La reforma de las regiones ordinarias en Italia», *Cuadernos de Alzate*, 30, 2004, p. 37-58.
- . «La participación del sistema autonómico en la formación de la voluntad del Estado», *Revista de Estudios Políticos*, 111, 2001, p. 173-199.
- D'ATENA, A. «La reforma constitucional del regionalismo italiano», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 4, 2007, p. 9-34.
- FALCON, G. «Dieci anni dopo: un bilancio della riforma del Titolo V», *Le Regioni*, 2-3, 2011, p. 241-250.

- GARCÍA MORALES, M. J. «Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico: estado de la cuestión y problemas pendientes», en M^a Jesús García Morales, José Antonio Montilla Martos, Xabier Arbós Marín, *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 9-72.
- GORLANI, M. *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Giuffrè, 2004.
- IANNI, V. «La messa in opera della cooperazione decentrata: spazi e strutture per una partecipazione multiattoriale. L'esperienza delle Autonomie locali italiane», http://www.discuniroma1.it/materiali/15.16.047_ian-nistudiare.pdf.
- LÓPEZ LABORDA, J. «Comparación del sistema español de financiación regional con el de otros países de estructura federal: Bélgica e Italia», *Presupuesto y Gasto Público*, 62, 2011, p.141-157.
- MAGIAMELI, S. «Il significato della riforma a dieci anni dalla revisione del Titolo V della Costituzione», *Le Regioni*, 6, 2010, p. 1235-1246.
- . «Riflessioni sul principio cooperativo, prima della riforma delle Conferenze», *Istituzioni del Federalismo: Rivista di Studi Giuridici e Politici*, extra 2, 2010, p. 257-280.
- . «Il Senato federale nella prospettiva italiana», *Rassegna Parlamentare*, vol. 52, 1, 2010, p. 167-189.
- . «Il nuovo assetto degli Enti locali nella riforma della riforma costituzionale», mayo de 2006, <http://www.issirfa.cnr.it/download/Enti%20Locali%20-%20riforma%20della%20riforma%20-%20nota.pdf>.
- MASTROMARINO, A. *L'autonomia tributaria degli enti substatali in Italia: il quadro costituzionale di riferimento*, Research paper, Centro Studi sul Federalismo 2012.
- MERLONI, F. «Il sistema amministrativo italiano, le Regioni e la crisi finanziaria», *Le Regioni*, 4, 2011, p. 599-604.
- OLIVETTI, M. «La riforma del sistema autonómico italiano», en Miguel Angel García Herrera, José María Vidal Beltrán, Jorge Sevilla Segura (coord.) *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, vol. I, INAP, 2005, p. 47-112.
- ORTEGA SANTIAGO, C. «Crónica italiana: en el filo de las decisiones políticas capitales, elecciones generales y referéndum constitucional», *Teoría y realidad constitucional*, 18, 2006, p. 367-380.

- «El Estado regional italiano, entre la actuación o la modificación de la reforma constitucional vigente», *Teoría y Realidad Constitucional*, 2005, p. 405-418.
- «La reforma constitucional del Estado regional en Italia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 75, 2005, p. 181-210.
- PASTORI, G. «Principio di sussidiarietà e riparto delle funzioni amministrative», Ponencia presentada en el Convenio sobre *Le prospettive della legislazione regionale per gli «Incontri di studio Gianfranco Mor sul diritto regionale»*, Milán, 26 de enero de 2006. www.issirfa.cnr.it.
- VANDELLI, L. «La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale», en A. Pioggia y L. Vandelli (coord.), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale: Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V*, Il Mulino, 2007.
- PIRAINO, A. «Autonomie, cooperazione e raccordi interistituzionali nell'evoluzione del sistema italiano», *Convenio sobre autonomie, cooperazione e raccordi interistituzionali nell'evoluzione del sistema italiano*, Roma, 22 de febrero de 2006, <http://dspace-ssp.al.cilea.it/bitstream/10120/441/1/Piraino.pdf>.
- RAPICAVOLI, C. «Riforma del Titolo V: si torna al passato», *Leggioggi.it*, 15 de octubre de 2012.
- ROLLA, G. *L'organizzazione territoriale della Repubblica. L'ordinamento regionale e locale*, 3ª ed., Giappichelli, 2011.
- *Diritto regionale e degli enti locali*, 2ª ed., Giuffrè, 2009.
- *L'autonomia delle comunità territoriali*, Giuffrè, 2008.
- «La reforma constitucional del ordenamiento regional en Italia», *Revista de Estudios Autonómicos*, 1, 2002 (ejemplar dedicado a: *La cooperación en el Estado autonómico*), p. 149-172.
- RUGGIU, I. «Le “nuove” materie spettanti alle Regioni speciali in virtù dell'art. 10, legge costituzionale 3/2001», *Le Regioni*, 5, 2011, p. 775-820.
- «Il sistema delle conferenze ed il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali», *Le Regioni*, 2-3, 2011, p. 529-555.
- «Il “ritorno” del principio di competenza?», *Istituzioni del Federalismo: Rivista di Studi Giuridici e Politici*, 1, 2008, p. 101-125.
- «Órganos y dinámicas de representación territorial en los Estados compuestos. Italia y España a debate», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 67, 2003, p. 181-216.

- SERVETTI, D. «[L. n. 135 del 2012] Riordino delle province: convertito l'art. 17 del decreto-legge sulla spending review», in *Diritti regionali: Osservatorio sulle autonomie*. <http://dirittiregionali.org/2012/08/30/l-n-135-del-2012-riordino-delle-province-convertito-lart-17-del-decreto-legge-sulla-spending-review/>.
- SOTOCCHIERO, A. «La cooperazione decentrata delle regioni italiane e i partenariati internazionali per lo sviluppo locale», Centro Studi di Politica Internazionale (CeSPI), 17 de dicembre de 2009, http://www.cespi.it/Laboratorio/Lab__4=2000.pdf.
- STERPA, A. «Le ipotesi di revisione della Costituzione ed il sistema delle autonomie», www.issirfa.cnr.it.
- TAMBURRINI, V. «I raccordi cooperativi nel biennio 2008-2009: Il ruolo della Conferenza Stato - Regioni», <http://www.issirfa.cnr.it/download/File/TAMBURRINI.Conferenza%202008-09-def-1.pdf>.
- «Gli istituti della leale collaborazione: la Conferenza Stato-Regioni nel 2007», www.issirfa.cnr.it.
- «La Conferenza Stato-Regioni nel biennio 2005-2006», *Quarto Rapporto annuale sullo stato del regionalismo in Italia*, cap. X, Milano, Giuffrè, 2007.
- TARLI BARBIERI, G. «La sentenza 322/2009 della Corte Costituzionale: cosa rimane dell'autonomia regionale?», *Forum costituzionale*, http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2009/0051_322_2009_tarli.pdf.
- TENORIO, P. «Italia y las autonomías», *La Razón*, 30 de octubre de 2012.
- TORRES MURO, I. «Estado y regiones en Italia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 21, 1987, p. 309-314.
- VANONI, L. P. *Federalismo, regionalismo e sussidiarietà: forme di limitazione al potere centrale*, Giappichelli, 2009.

LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA TOMA DE DECISIONES ESTATALES: MITOS Y REALIDADES

EVA SÁENZ ROYO

Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Introducción. II. El mito de la reforma del Senado. III. La realidad política de la participación de las comunidades autónomas. 1. El peso de los líderes autonómicos de los dos grandes partidos en el ámbito de la decisión estatal: el caso paradigmático de la ubicación de los cementerios nucleares. 2. Los diputados en el Congreso y la defensa de intereses territoriales. IV. Conclusión. Bibliografía.

I · Introducción

Es común en la doctrina señalar que, si bien el grado de descentralización política en España es asimilable al de un modelo federal, uno de los principales déficits que nuestro Estado autonómico se encontraría es la deficiente participación de las comunidades autónomas en la formación de la voluntad de los órganos centrales del Estado; es decir, un déficit en lo que se definiría como las relaciones de inordinación.¹

Ciertamente, desde el punto de vista normativo, la participación autonómica en decisiones estatales resulta escasa y poco funcional, ya que la Constitución española sólo prevé como formas explícitas de participación de las comunidades autónomas en órganos estatales la designación «auto-

Desde una perspectiva algo distinta y de una manera más extensa, abordo también este tema en «Parlamento, partidos y Estado Autonómico: sobre la conveniencia de suprimir el Senado», *Revista de Derecho Político*, núm. 85, 2012, pp. 171-194.

1 García-Pelayo, M. *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1984, p. 239. Recientemente, Virgala, E. «Las relaciones de inordinación en el Estado Autonómico español», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 151, 2011.

nómica» de una parte del Senado y la iniciativa legislativa de las asambleas autonómicas.

Tampoco las recientes previsiones normativas que pretendían una mejora en este ámbito han resultado en la práctica en un cambio sustantivo. Por un lado, la propuesta autonómica al Senado de candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional (LO 6/2007, de 24 de mayo) ha demostrado en la última renovación de enero de 2011 que a la dinámica territorial se superpone la dinámica partidista, como por otra parte parecía ya previsible.² Por otro lado, los cauces para hacer partícipes a las comunidades autónomas en la producción normativa estatal previstos en las reformas estatutarias de 2006 y 2007³ tampoco han resultado efectivos, bien por el carácter me-

2 Ya lo anunciaba el abogado del Estado en sus alegaciones al recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007: «Tras recordar los preceptos del Reglamento del Senado que regulan la elección de los miembros del Tribunal Constitucional, el representante del Gobierno señala que en el momento de entrar en vigor la reforma impugnada el derecho de presentación de candidatos se atribuye a los grupos parlamentarios de la cámara alta, lo cual, desde un punto de vista de la sociología política, quiere decir que son las direcciones de los partidos y fuerzas políticas con representación parlamentaria los que realmente ejercen tal derecho a través de los grupos parlamentarios. Con la reforma recurrida la titularidad inicial del derecho de presentación de candidatos a magistrado pasa a corresponder a las asambleas autonómicas en exclusiva, aunque desde un punto de vista de sociología política no resulte difícil predecir que serán las direcciones de los dos grandes partidos estatales las que, a través de sus parlamentarios en las distintas comunidades autónomas, podrán seguir proponiendo a los candidatos que consideren oportunos.» (STC 49/2008, Antecedentes núm. 9.c). También sobre la poca eficacia de dicha reforma, véase Sánchez Barrilao, J. F. «La participación de las comunidades autónomas en la elección por el Senado de los Magistrados constitucionales», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 23, 2009, p. 422.

3 Los nuevos estatutos prevén la participación autonómica en la toma de decisiones de competencia estatal que afecte a los intereses de la CA respectiva tales como la planificación hidrológica; investigación, desarrollo e innovación; ejecución en materia de seguridad nuclear; regulación y planificación del sector de la energía; elaboración de estadísticas de alcance supraautonómico; decisiones sobre inmigración con especial trascendencia para la comunidad autónoma; planificación y programación de puertos y aeropuertos de interés general; autorización de nuevas modalidades de juego y apuestas; declaración y delimitación de espacios naturales; planificación y programación de obras públicas calificadas de interés general; determinación de la ubicación de infraestructuras y equipamientos de titularidad estatal en la comunidad autónoma; planificación y coordinación en materia de sanidad y salud pública; establecimiento de servicios ferroviarios que garanticen la comunicación con otras comunidades autónomas o con el tránsito internacional; negociación de tratados internacionales, etc. Las formas de instrumentar esta participación pasan desde la elaboración de informes preceptivos por parte de la CA hasta la convocatoria de la correspondiente comisión bilateral de cooperación o

ramente informativo que prevén muchas de las previsiones estatutarias, bien por el vaciamiento de contenido que ha supuesto al respecto la STC 31/2010, al señalar que en nada limitan o impiden el pleno ejercicio de las competencias estatales (FJ 111).

También detrás de este supuesto déficit se encuentran las propuestas de reforma del Senado para convertirlo en una auténtica cámara de representación territorial.⁴ Y es que se considera necesario que un estado descentralizado políticamente tenga un órgano *ad hoc* a través del cual se posibilite la participación de los entes territoriales en la política general del Estado. Se considera que es el Senado el que permite a los entes territoriales entrar en el proceso nacional de decisión política.⁵ En definitiva, se considera al Senado como la «prueba de la pluralidad del Estado».⁶

Si bien es evidente tanto el déficit normativo en esta materia como la dificultad práctica de llevar a buen término la reforma del Senado, en las líneas que siguen trataremos de demostrar que la participación de las comunidades autónomas en la toma de decisiones estatales es una realidad en la práctica política y no depende tanto de las previsiones normativas ni de la creación de un órgano *ad hoc*.

II · El mito de la reforma del Senado

Tal y como hemos señalado, es generalizada la opinión doctrinal que aboga por la necesidad de reformar el Senado para transformarlo en una verdadera cámara de representación territorial. Esta generalizada percepción doctrinal caló en el ámbito político de manera que, tras el fracaso que supuso la reforma del Reglamento del Senado de 11 de enero de 1994 y tras

mecanismos de cooperación multilateral. Véase Elías Méndez, C. «Principales rasgos de las reformas estatutarias: ¿Hacia un Estado Autonómico cooperativo?», *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 3, 2008, p. 108 y s.

4 La bibliografía sobre el Senado y las propuestas para su conversión en cámara territorial son ingentes. En <http://www.senado.es/docynot/index.html> se puede acceder a una relación exhaustiva y actualizada de dicha bibliografía.

5 Boyeller, N. «Intergovernmental Arrangements in Spanish and Swiss Federalism», *Regional & Federal Studies*, núm. 4, 2006, p. 388.

6 Solozábal Echevarría, J. J. «El Patrón Federal como referencia propuesta de nuestras reformas territoriales», en Tudela Aranda, J. y Knüpling, F. (ed.) *España y modelos de federalismo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Fundación Manuel Giménez Abad, 2010 p. 86.

sucesivas e infructuosas ponencias para estudiar la reforma constitucional del Senado,⁷ el 15 de abril de 2004, el presidente del Gobierno, Rodríguez Zapatero, se comprometió en el debate de investidura en el Congreso de los Diputados a impulsar la reforma de dicha cámara. Para esta tarea el presidente anunció que el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales auxiliaría al Consejo de Estado en la elaboración del informe previo sobre dicha reforma. Si bien este anuncio no cuajó en una reforma de la institución, sí que dio lugar a un interesante informe del Consejo de Estado y a subsiguientes debates académicos en torno al mismo.⁸ En todos estos trabajos se parte de la conveniencia de reformar el Senado para mejorar el funcionamiento de nuestro Estado autonómico, aunque se discrepa en aspectos como la necesidad, oportunidad y viabilidad de la reforma, o en la manera de llevarla a cabo.

Si bien tengo que reconocer mi escepticismo acerca de la viabilidad de dicha reforma, entre otras muchas cosas por la oposición a la misma que han demostrado los nacionalismos,⁹ quisiera en estas líneas plantear mis serias dudas sobre la premisa inicial de que una reforma del Senado supondría una mejora sustancial en las relaciones de inordinación de nuestro Estado autonómico. Lo que aquí trataremos de demostrar es que ninguna de las propuestas de reforma planteadas desde la doctrina consigue sustituir las afinidades partidistas por afinidades territoriales, de manera que es el sistema de partidos y el peso que en su seno tienen los intereses territoriales el elemento clave para graduar el peso de las comunidades autónomas en las decisiones estatales y no la creación de una cámara *ad hoc*.

Desde el punto de vista doctrinal se plantea la necesidad de una cámara en la que adquieran voz propia las diversas partes territorialmente diferen-

7 La primera, a instancias del presidente F. González en 1995; después se creó, en diciembre de 1996, una comisión para el estudio de la reforma constitucional del Senado, y en junio de 2000, una ponencia con este mismo tema en el seno de la Comisión General de las Comunidades Autónomas.

8 Rubio Llorente, F. y Álvarez Junco, J. (ed.) *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos*, Consejo de Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

9 Los partidos nacionalistas en general prefieren relaciones bilaterales con el Estado antes que fortalecer una institución en sentido federal o de relación multilateral de todas las comunidades autónomas. Véase al respecto Castellà Andreu, J. M^a. «El debate sobre la reforma del Senado y su incidencia en la forma de estado y la forma de gobierno», *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Cortes Generales, vol. 1, 2008, p. 441.

ciadas de la comunidad política única. Es decir, una cámara que tuviese otros criterios de selección distintos al Congreso y que permitiera visualizar expresamente a los territorios.

A este respecto, se podría señalar que la segunda cámara debería introducir elementos de selección de sus miembros diferentes a los de la primera, de manera que mientras que la primera cámara fuera elegida por el voto igual de todos los ciudadanos, sin atención alguna al lugar en el que viven o depositan sus votos –lo cual exigiría ya una modificación del sistema de elección para el Congreso–, la segunda cámara introdujera criterios de carácter territorial, de forma que o bien al estilo alemán la representación territorial se hiciera a partir de su organización gubernamental, o bien se atribuyera el mismo número de representantes a todos los territorios. Esta última es la fórmula para configurar el Senado de los Estados Unidos y el *Ständerat* suizo –en este último caso, con alguna modulación. De esta forma, se diría, el cuerpo político es representado así en su unidad y en su diversidad.

Si se optara por la primera de las opciones, es decir por una cámara similar al *Bundesrat* alemán, yo señalaría tres objeciones. En primer lugar, es verdad que el *Bundesrat* alemán es una excepción en el derecho comparado y más que una cámara de representación territorial es un órgano *sui generis*. Pero esta constatación no me parece que impidiera adoptarlo como propio. Lo que me parece relevante es que su funcionamiento sigue determinado por la dinámica partidista. En el *Bundesrat* alemán cada uno de los *Länder* está presente a través de miembros de sus respectivos gobiernos y el voto de cada *Land* es siempre único. En este caso, la representación política es sustituida por una representación de los gobiernos de los distintos territorios. Sin embargo, incluso en este caso, la experiencia muestra que las voluntades en el seno del *Bundesrat* siguen la lógica propia del estado de partidos, de manera que el partido o la coalición de partidos que ocupa el gobierno de cada uno de los *Länder* utiliza el Consejo como instalación para apoyar o combatir al partido o partidos en cuyas manos está el gobierno del Estado.¹⁰ Me temo que en el caso de implantar este modelo en España, los intereses partidistas seguirían determinando el funcionamiento de la cámara, ya que también los líderes autonómicos se someten a la disciplina partidaria y su

10 Benz, A. «Las Relaciones Intergubernamentales en el Federalismo Alemán: Adopción compartida de decisiones y dinámica de la cooperación horizontal», en Tudela Aranda, J. y Knüpling, F. (ed.) *España y modelos de federalismo...*, p. 81 y s.

futuro depende de los propios partidos. De hecho, esos intereses partidistas ya se superponen en órganos de cooperación intergubernamental como el Consejo de Política Fiscal y Financiera. Recordemos las palabras expresivas del señor Beteta, por entonces consejero de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, que respecto a la reforma de 2009 del modelo de financiación señalaba: «A Madrid no le gusta el modelo, pero, por disciplina de partido, nos vamos a abstener».¹¹

En segundo lugar, señalaría que la introducción de una segunda cámara con distinto criterio de selección, en el caso que la oposición del partido que gobierna el Estado tuviera una mayoría en esta segunda cámara, podría convertir dicha cámara en una sede de bloqueo de las decisiones estatales. Recordemos a este respecto el ensayo de Thomas Darnstädt *La trampa del consenso*, que nos ilustra sobre el problema de la «república bloqueada».

Por último, señalaría que las funciones que en Alemania cumple el *Bundesrat* pueden ser llevadas a cabo sin necesidad de constituir una cámara específica al respecto. Se trata de un órgano que constituye la sede general de las relaciones entre el gobierno estatal y los ejecutivos autonómicos, si bien este tipo de relaciones se gestan y se desarrollan al margen del propio órgano.¹² Las relaciones intergubernamentales entre el centro y los territorios se han desarrollado en el resto de los estados políticamente descentralizados sin necesidad de la creación de órganos específicos, y sus resultados son muy similares. Por otra parte, su función de hacer partícipes a los gobiernos autonómicos en la elaboración de las leyes estatales también puede –y de hecho se ha puesto en práctica en España– realizarse mediante órganos de cooperación, que sin embargo no han resultado demasiado efectivos.¹³

11 Palabras que recuerda el señor Franco Rubio en la mesa redonda transcrita en Pau i Vall, F. (ed.) *La financiación autonómica. XVI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos/AELPA, 2010, p. 339.

12 Arroyo Gil, A. «Las Relaciones Intergubernamentales en el Federalismo Alemán: el Bundesrat o Consejo Federal alemán», en Tudela Aranda, J. y Knüpling, F. (ed.) *España y...*, p. 233.

13 Sobre la similitud en el funcionamiento de nuestras relaciones intergubernamentales con otros Estados Federales y específicamente sobre la utilización de las mismas para la participación de los gobiernos autonómicos en la decisión estatal, véase Sáenz Royo, E. «Las relaciones intergubernamentales de carácter vertical en el Estado autonómico: el ser, el deber ser y posibles retos de futuro», *REDC* (en prensa).

Por tanto, la transformación del Senado en una cámara de funcionamiento similar al *Bundesrat* alemán no impediría que esta nueva cámara se siguiese rigiendo por criterios partidistas, sino que además podría, en caso de concentrar una mayoría de la oposición al partido que gobierna el Estado, convertirse en una sede de bloqueo de las decisiones estatales. Por otra parte, sus funciones pueden llevarse a cabo a través de relaciones intergubernamentales que pueden adaptarse mejor a las circunstancias de cada momento.

Si se optara por la fórmula seguida en Estados Unidos, habría que señalar dos tipos de objeciones. En primer lugar, resulta que a pesar de contar con una segunda cámara, la práctica demuestra la cada vez menor influencia de los poderes estatales en la decisión federal, lo cual no hace sino reafirmar la convicción señalada de que la participación de los intereses territoriales en la decisión federal no depende de la existencia de una segunda cámara. En Estados Unidos, a pesar de la existencia de una segunda cámara, tal y como se observa por parte de la doctrina,¹⁴ existe actualmente una tendencia a la pérdida real de influencia de los poderes estatales y locales en el proceso de toma de decisiones federales, frente a una cada vez mayor influencia de grupos de interés a favor de la uniformidad en las regulaciones y, por tanto, a favor de una centralización de las competencias. Un proceso que en gran medida se explica por el progresivo encarecimiento de las campañas electorales y la necesidad de recaudar más fondos por parte de los candidatos para aparecer en los medios de comunicación de masas, para lo cual se utilizan las estructuras partidistas nacionales o se encumbran potentes grupos de interés que marginan del protagonismo histórico a las estructuras partidistas de ámbito estatal y local, con la consiguiente pérdida de influencia de éstas.¹⁵

Por otra parte, tal y como reconoce el Informe del Consejo de Estado, la solución del Senado de Estados Unidos deriva de que el Estado federal

14 Zimmerman, J. F. *Contemporary American Federalism: The Growth of National Power*, Albany, State University of New York Press, 2008, p. 58 y s; Kincaid, J. «From Cooperative to Coercive Federalism», *The Annals of The American Academy of Political and Social Science*, núm. 509, 1990, p. 149; Stephens, G. R. y Wikstrom, N. *American Intergovernmental Relations. A Fragmented federal polity*, New York, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 5-6 y 35-36.

15 Sobre los efectos que esta dinámica supone en la centralización de competencias en EEUU, véase Sáenz Royo, E. «La reforma sanitaria de Obama en el marco del federalismo americano», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 11, 2011, p. 8 y s.

es fruto del acuerdo entre estados preexistentes, y ello encaja poco con nuestro Estado autonómico, donde los territorios entre los cuales se divide el poder han sido delimitados por el poder único de un estado hasta ese momento unitario.¹⁶

Esta situación obligaría a establecer alguna relación entre la representación de los territorios y su dimensión demográfica. Así, por ejemplo, en Austria ningún *Land* puede tener más de doce miembros en el *Bundesrat*, esto es, cuatro veces más que el *Land* menos poblado, al que la Constitución le asegura en todo caso tres escaños. Pero, ¿acaso ese criterio de representación de los territorios a partir de su dimensión demográfica no es el que precisamente existe en cierta forma ya para la elección de los miembros del Congreso de los Diputados en España?

Precisamente uno de los elementos más contestados desde determinados sectores políticos del sistema electoral para el Congreso de los Diputados actual es la diferencia del valor del voto de los ciudadanos de las diferentes circunscripciones electorales. Esta diferencia del valor del voto se deriva de la asignación de un mínimo de dos escaños por circunscripción electoral, independientemente de la población (68.2 CE y 162.2 LOREG). El resto de los escaños se atribuyen en función de la población, de manera que los criterios de selección de los miembros del Congreso ya están combinando criterios de representación puramente política y criterios de representación territorial.

La creación de una segunda cámara que responda a criterios territoriales modulados por criterios demográficos no haría sino duplicar en dos órganos lo que se puede hacer —y ya se está haciendo— en uno solo, siendo además que en los dos casos la dinámica partidista sería la determinante. Quizás en este punto cabría plantearse la necesidad de modificación de la circunscripción electoral para el Congreso, sustituyendo la provincia por la comunidad autónoma. Esta medida resultaría en un sistema más equitativo en términos de proporcionalidad y, por otra parte, más representativo de las comunidades autónomas.

En definitiva, la dinámica interna de las segundas cámaras en los estados federales está determinada por la dinámica de partidos de manera similar a lo que ocurre en las primeras cámaras y el grado de participación de los entes subestatales en las decisiones federales dependerá más

16 Rubio Llorente, F. y Álvarez Junco, J. (ed.) *El informe del Consejo ...*, p. 186.

de esa dinámica partidista que de la existencia de una segunda cámara.¹⁷ La pretendida reforma del Senado se convierte, así, en un mito al atribuírsele unos resultados que nunca tendría, como lo demuestra la experiencia práctica de otros países. Las relaciones de colaboración y cooperación entre el gobierno del estado y los de los distintos territorios no necesitan para su articulación la creación de ningún órgano específico, sino que pueden encauzarse, y de hecho se encauzan, a través de instrumentos como las conferencias sectoriales.

III · La realidad política de la participación de las comunidades autónomas

El Estado autonómico ha provocado una serie de transformaciones en el funcionamiento interno de los partidos que tienen una directa repercusión en la defensa de los intereses territoriales en el proceso nacional de toma de decisiones políticas y, en definitiva, en las relaciones de inordinación de nuestro Estado autonómico. Esta forma de participación de las comunidades autónomas se pone de manifiesto en la práctica en la dinámica interna de la cámara de representación política por antonomasia, el Congreso de los Diputados.

Por una parte, está claro que los diputados que proceden de partidos que circunscriben su acción a partes determinadas del territorio nacional son públicos defensores de sus intereses territoriales, y esta defensa formará parte de la conformación de la decisión estatal (una parte esencial –sobre todo cuando no existan mayorías absolutas– si consideramos la necesidad de acuerdo del partido nacional mayoritario con las fuerzas nacionalistas¹⁸). De hecho, por efecto de nuestro sistema electoral para el Congreso, esta cámara se ha convertido en la sede principal de defensa de los intereses territoriales de las comunidades autónomas con gran implantación nacionalista, es decir, fundamentalmente Cataluña, a través de CiU, y el País Vasco, a través del PNV. La fórmula proporcional d'Hondt, adoptada desde las

17 En este sentido, también Portero Molina, J. A. «Contribución al debate sobre la reforma del Senado», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87, 1995, p. 101.

18 Sobre la mayor o menor relevancia de los partidos nacionalistas en función de la existencia o no de mayorías absolutas, véase Castellà Andreu, J. M^o. «El debate sobre la reforma del Senado...», p. 440.

primeras elecciones democráticas de 1977, aplicada a circunscripciones en las que el número de escaños es menor a diez, es decir, 44 de las 50 circunscripciones en España, tiene parecidos efectos a las fórmulas mayoritarias, es decir, favorece el bipartidismo estatal. Pero aplicada a las provincias en las que un partido nacionalista tiene una fuerte implantación (caso de CiU en Cataluña y PNV en el País Vasco), la fórmula electoral también actúa a su favor. Por tanto, el sistema electoral favorece el bipartidismo estatal y a los grandes partidos autonómicos. El resultado es la tendencia al bipartidismo en los partidos de ámbito estatal, con presencia de partidos nacionalistas que sirven de bisagra cuando no existen mayorías absolutas. En este sentido, el Congreso funciona como la sede fundamental de defensa de los intereses nacionalistas y éstos constituyen una parte importante en la conformación de la decisión estatal. Como recuerda Tudela Aranda, y por poner un ejemplo de esta influencia, el último proceso de reformas estatutarias iniciado en 2006 y el comenzado con los estatutos de Aragón y Canarias en 1996, que finalizó con la homogeneización sustancial de las comunidades autónomas, fueron consecuencia, entre otras cosas, de la necesidad de acuerdo del partido nacional mayoritario con fuerzas nacionalistas.¹⁹

Pero tampoco puede desconocerse la vinculación territorial de los diputados procedentes de partidos con acción sobre todo el territorio del Estado. También a través de los dos grandes partidos nacionales, el PP y el PSOE, y por efecto del desarrollo del Estado autonómico, adquieren un peso específico en la decisión parlamentaria diferentes intereses territoriales.

El desarrollo del Estado autonómico ha tenido como uno de sus primeros efectos las cada vez mayores cuotas de poder en manos de los líderes autonómicos de los dos grandes partidos de ámbito nacional. El progresivo proceso de descentralización política y la legitimidad democrática de los líderes autonómicos les dan a éstos un peso específico dentro de los partidos de ámbito nacional que tiene su repercusión o bien directamente en la toma de decisiones del Congreso de los Diputados, o bien indirectamente a través de los diputados elegidos en sus circunscripciones. Analizamos a continuación estos dos efectos sobre el funcionamiento del Congreso de los Diputados.

19 Tudela Aranda, J. «¿Reforma constitucional en clave federal? (Sistematización de problemas generados por las reformas y posibles soluciones)», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 151, 2011, p. 239.

1 · El peso de los líderes autonómicos de los dos grandes partidos en el ámbito de la decisión estatal: el caso paradigmático de la ubicación de los cementerios nucleares

Son muchos los ejemplos que podrían ponerse en los que se visualiza el peso de los líderes autonómicos de los dos grandes partidos, y con ello de sus particulares «intereses territoriales», en el ámbito de la decisión estatal. Sólo considerando la creciente importancia de los «poderes autonómicos» dentro de los dos grandes partidos nacionales puede entenderse, por ejemplo, la construcción de algunas infraestructuras que luego han demostrado ser innecesarias –pienso por ejemplo en el AVE Toledo-Albacete, que ha tenido que ser anulado porque sólo lo utilizaban diariamente unos 9 viajeros–, o, por ejemplo, sólo así puede entenderse el apoyo del Partido Popular al Estatuto de autonomía de Andalucía y, con ello, a preceptos similares a los del Estatuto de autonomía de Cataluña, que el mismo partido recurrió ante el Tribunal Constitucional.²⁰ Me gustaría, no obstante, centrarme en un caso de reciente resolución que me parece paradigmático de lo que aquí queremos subrayar. Es el supuesto de la ubicación de un cementerio nuclear centralizado.²¹ La fijación de esta ubicación es competencia estatal, pero se trata de una decisión difícil que ha encontrado la constante oposición durante casi treinta años de los diferentes líderes autonómicos de los dos grandes partidos.

En primer lugar, hay que señalar que ésta es una competencia exclusiva del Estado, a la que en teoría las comunidades autónomas no pueden jurídicamente oponerse. Así lo constata la STC 14/2004, de 12 de febrero, que confirma que es al Estado central al que le corresponde la decisión sobre

20 Tal y como señala el profesor Contreras, el pacto entre los dos grandes partidos sobre la reforma estatutaria andaluza se forjó por intereses políticos propios de cada partido en el ámbito de la respectiva comunidad. Véase Contreras Casado, M. «Las reformas de los Estatutos de Autonomía. Viejos y nuevos tiempos en la construcción del Estado autonómico», *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 11, 2006, p. 31.

21 Sobre el origen del conflicto y su evolución, véase Sosa Wagner, F. y Fuertes, M. *El Estado sin territorio. Cuatro relatos de la España autonómica*, Marcial Pons, 2010, p. 41-70. El caso de la tardanza en la ubicación de un cementerio nuclear centralizado es uno de los ejemplos que ponen los autores de este libro para demostrar «la falta de territorio del Estado» y la dificultad para determinar qué poder público tiene capacidad para decidir y gestionar el interés público. Para ilustrar este caso también se han consultado los diversos medios de comunicación escrita de los días 30 y 31 de diciembre de 2011, que es cuando se toma la decisión sobre la ubicación del cementerio nuclear.

la ubicación de un cementerio nuclear. Esta Sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley aragonesa de ordenación del territorio aprobada en 1998, entre cuyas directrices se afirmaba que «se prohibirá la instalación de almacenes de residuos nucleares que no hayan sido generados en Aragón». Se trata, en este supuesto, de una juridificación del conflicto político entre el interés del Estado y el interés autonómico que hacía años se estaba generando en torno a este tema. Tal y como señala la STC 14/2004, en base a la competencia estatal para establecer las bases del régimen energético, «corresponde, en suma, al legislador básico... decidir si los residuos generados en una comunidad autónoma han de ser necesariamente almacenados en la misma comunidad o si, por el contrario, resulta más adecuado distribuir estratégicamente los centros de producción y los almacenes de residuos de esta modalidad de energía, teniendo como referencia el conjunto del territorio nacional, según las pautas que estime convenientes... la normativa básica dictada en esta materia, al ordenar el sector de la energía nuclear y radioactiva, ha optado por un sistema abierto a todo el territorio nacional, y no por un modelo de gestión intraautonómica de los residuos que se produzcan». En definitiva, es el legislador básico, el Estado, el competente para determinar la gestión de los residuos radioactivos.

Se trata ésta además de una decisión que afecta al interés general y que tiene cierto carácter urgente si tenemos en consideración el coste económico de no tomarla. España es el único país de la Unión Europea que, con centrales nucleares en funcionamiento desde los años setenta (en 1968 se inaugura Zorita y en 1970 se inaugura Garoña), aún carece de sistema centralizado de gestión de los residuos radioactivos de alta intensidad. La falta de este cementerio obligó a trasladar a Francia cuatrocientas toneladas de residuos de la central de Vandellòs I, firmando un contrato para que se albergaran los residuos hasta el año 2010. Se habla de un pago aproximado de casi 250 millones de euros. Además de esa contrapartida, se cuenta que había establecidas altas penalizaciones si el primer transporte no se realizaba antes del día 31 de diciembre de 2010: alrededor de 60.000 euros por día de retraso. Ya con anterioridad también se habían enviado al Reino Unido residuos radioactivos con el compromiso de retornarlos en 2008. En 2008 se publica que España ha pagado al Reino Unido –para evitar la vuelta de los residuos de Garoña y retrasarla hasta el año 2015– 34,5 millones de euros. Por otra parte, cada día que pase a partir del 1 de enero de 2011, el coste a pagar por albergar nuestros residuos radioactivos en Francia es aproximadamente de 60.000 euros.

Pues bien, desde la aprobación del Plan energético nacional de 1983, se toma conciencia de la necesidad de gestionar los residuos radioactivos y, ya entonces, el Congreso de los Diputados insistió en la necesidad de que «el Gobierno remita a las Cortes Generales, antes de junio de 1985, un proyecto de Ley sobre emplazamientos de almacenamiento». La estrategia inicial respecto a los residuos de alta actividad era una formación geológica profunda, aunque la fuerte oposición ciudadana parece provocar sucesivos vaivenes respecto a esta propuesta inicial en los sucesivos planes generales de residuos radioactivos. Es el Plan general de residuos radioactivos de 2006 el que, ante la saturación de las piscinas de las centrales nucleares y ante la necesidad apremiante de solucionar el problema de los residuos, se marca como objetivo construir un almacén temporal centralizado (en adelante, ATC). Se apuesta con ello por un almacén en superficie y se descarta el geológico. La ubicación de un cementerio nuclear para los residuos radioactivos de alta intensidad tarda en decidirse nada más y nada menos que veintiocho años, fijándose en la localidad de Viñar de Cañas el 30 de diciembre de 2011. ¿Por qué esta tardanza?

Sin duda alguna, es una decisión política difícil que provoca muchas manifestaciones en contra. Pero sobre todo encuentra la oposición de los líderes autonómicos de los dos grandes partidos nacionales.

Ya en 1987, Enresa comenzó trabajos en Salamanca en busca de un lugar donde enterrar los residuos nucleares. Se montó tal escándalo que un joven José María Aznar (PP), entonces en la oposición en Castilla y León, hizo bandera de su oposición al cementerio y acabó de presidente de la Junta en junio.

En 1988, frente a la posible ubicación en Trillo, el entonces presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha aseguraba «que no se instalaría el almacén de residuos nucleares en Trillo», estando en el gobierno de la nación su mismo partido político. El ministro de Industria y Energía empezó a modificar su criterio. Desde entonces hasta la actualidad, las diferentes propuestas para su ubicación han encontrado la firme oposición de los líderes autonómicos correspondientes.

Finalmente, el 30 de diciembre de 2011 se fija la ubicación en Viñar de Cañas (Cuenca). Previamente, los líderes autonómicos del PSOE (Barreda) y del PP (Dolores de Cospedal) habían manifestado su oposición a la ubicación del cementerio en Castilla-La Mancha, lo cual acarreó sendas polémicas. El señor Barreda se enfrentó con el ministro de Industria de su mismo partido, quien, en unas primeras declaraciones que luego tuvo que

rectificar, señaló que «es una decisión municipal y lo que opine el señor Barreda no tiene ninguna importancia». Por su parte, Dolores de Cospedal (PP) llegó a expedientar al alcalde de Yebra (Guadalajara) por aspirar a albergar el almacén nuclear.

Parece, pues, que finalmente llega a primar el interés general sobre el interés territorial o, como bien expresaría el señor Barreda: «Cospedal manda más en el PP que yo en el PSOE. Si yo conseguí que Sebastián me dijera que sólo vendría si yo no me oponía, ella podía haber hecho lo mismo». Según Barreda, Cospedal ha preferido ser «secretaria general del PP que presidenta de Castilla-La Mancha».

No obstante, en el proceso nacional de decisión política se toman en consideración los intereses autonómicos. Por una parte, se descarta Ascó en Tarragona, el favorito en las quinielas, por la fuerte oposición del presidente autonómico catalán (Artur Mas) a que el cementerio se ubique en Cataluña. Por otra parte, también se tienen en consideración los intereses autonómicos del Partido Popular en Castilla-La Mancha y en la Comunidad Valenciana. Guadalajara, que era candidata preferente para la ubicación, ha sido una provincia clave en las elecciones autonómicas (finalmente fue la que dio la victoria a Cospedal frente a José María Barreda en 2011), mientras Cuenca es un remanso político. Desde 1986, todas las elecciones generales han acabado con el mismo resultado: dos escaños para el PP y uno para el PSOE. Los populares no se jugaban mucho allí, así que a pesar de situarse más abajo en el orden de preferencia según el Informe de propuesta de emplazamientos candidatos para albergar el almacén temporal centralizado (ATC) y el centro tecnológico asociado, se considera preferible desde un punto de vista político. Por último, también se descarta Zarra (Comunidad Valenciana) a pesar de estar también por delante de Viñar de Cañas en el orden de preferencia. Terminaremos esta narración con las expresivas declaraciones del presidente de la Comunidad Valenciana (PP), según el cual, la no ubicación en Zarra ha sido posible:

«(...) gracias a la defensa que desde este Consell se ha hecho para que no pueda venir ese almacenamiento de productos nucleares a nuestro territorio, hemos conseguido, de forma complementaria con la sensibilidad del nuevo gobierno, que no venga a la Comunidad Valenciana. Quiero agradecer al Ministro, José Manuel Soria, el que haya entendido lo que son nuestras peticiones y no haya elegido Zarra como destino para ese cementerio».

Creo que éste es un claro ejemplo del peso que ejercen los líderes autonómicos en el proceso nacional de decisión política, incluso cuando ésta

corresponde en exclusiva, según la normativa vigente, al Estado. Veamos a continuación el papel que a este respecto juegan los diputados nacionales en el Congreso de los Diputados.

2 · Los diputados en el Congreso y la defensa de intereses territoriales

Es una realidad que hoy en el Parlamento español, el partido político constituye un elemento esencial de la relación representativa. Hoy por hoy, los partidos políticos no se limitan a facilitar el proceso electoral al reducir a unos pocos los programas en litigio o a facilitar el funcionamiento de las cámaras a través de los grupos parlamentarios. Son ellos los protagonistas tanto del proceso electoral como del funcionamiento interno de las cámaras. La inclusión en las listas electorales del diputado depende del partido político y el hecho de que el candidato se haya presentado por las listas de un partido no comporta sólo un vínculo asociativo, aunque el reconocimiento constitucional del mandato representativo haga que no incida sobre el título jurídico de la elección.²² En definitiva, los partidos políticos son los protagonistas de la vida parlamentaria a través de los grupos parlamentarios.

Al margen de las cuestiones que suscita el reconocimiento constitucional del mandato representativo, lo que aquí nos importa subrayar es que es a partir de la dinámica partidista interna como se explican las dinámicas parlamentarias. Efectivamente, los diputados actualmente están sometidos a la disciplina partidaria, pero además, por efecto de la descentralización de las estructuras partidistas, los diputados nacionales están sometidos fundamentalmente al aparato burocrático autonómico del partido. La vinculación del diputado con el territorio particular no es resultado de un sistema electoral como el anglosajón, sino que es resultado de nuestro sistema de partidos y la federalización de los mismos. Esto explica la defensa de intereses territoriales que en gran medida desempeñan los diputados nacionales de los dos grandes partidos políticos, el PP y el PSOE.

Ciertamente, para los «barones territoriales» de los partidos resulta poco atractivo un escaño en las Cortes Generales. De hecho, salvo el diputado que aspire a ser presidente del Gobierno, el Congreso de los Diputados

²² Sobre esta cuestión, recientemente Torres del Moral, A. «Réquiem por el mandato representativo», *Revista de Derecho Político*, núm. 81, 2011, p. 31.

no suele servir de «ante-cámara» para acceder a la condición ministerial,²³ a diferencia de las demás democracias europeas,²⁴ y juega un papel cada vez más reducido en la configuración de la carrera política profesional, que se desarrolla mejor en niveles territoriales inferiores, bien en política autonómica, bien en política local.

Pero son los líderes territoriales de los partidos de ámbito nacional los que en su mayor parte, y con alguna excepción, proceden a la selección de los candidatos al Congreso, convirtiéndose éstos en gran medida en defensores de intereses partidistas territoriales. De hecho, su re-inclusión en listas dependerá no de la dirección nacional del partido ni de la dirección del grupo parlamentario, sino fundamentalmente del aparato burocrático del partido en su territorio. Por tanto, en caso de supuesta discrepancia en una decisión parlamentaria entre la dirección nacional del partido y la dirección autonómica, el diputado nacional tendrá claro de parte de quién debe estar. Esta realidad, sin bien no muy patente porque se desarrolla en el ámbito interno de los partidos y sólo excepcionalmente se expresa como indisciplina parlamentaria, es ese dato lo que en gran medida explica algunos comportamientos parlamentarios.

Así, por ejemplo, y volviendo al tema de la ubicación de un cementerio nuclear, no debe sorprendernos que, si bien en diciembre de 2004 todos los grupos parlamentarios presentes en la Comisión de Industria y Energía del Congreso de los Diputados acordaron por unanimidad la construcción de un almacén temporal centralizado, en el año 2006 se lea en los periódicos que entre los diputados que habían aprobado en el Congreso la creación del almacén, algunos ahora alentaban las protestas contra la ubicación del mismo en su territorio.²⁵ O bien que sobre este mismo tema, el del cementerio nuclear, nada menos que el portavoz de la Comisión de Industria, Turismo y Comercio del grupo parlamentario socialista en el Congreso, diputado por la circunscripción de Guadalajara, cuando a comienzos de 2010 el Ayuntamiento de Yebra (Guadalajara) presenta su candidatura para albergar el cementerio nuclear y el señor Barreda expresa su oposición, mantenga la

23 Botella, J. «Parlamento y carreras políticas», en Ramirez, M. *El Parlamento a debate*, Madrid, Trotta, 1997, p. 149-152.

24 Véase Blondel, J. y Thiébaud, J.-L. (ed.) *The Profession of Government Minister in Western Europe*, London, MacMillan, 1991, p. 44 y s.

25 Sosa Wagner, F. y Fuertes, M. *El Estado sin territorio...*, p. 59.

misma posición que la de su líder autonómico, y no la del Gobierno de la nación, que en su caso es a quien en teoría apoya.²⁶

Resultan a este respecto también muy ilustrativos los casos de decisiones estatales en materia de aguas que conllevan conflictos territoriales y que reflejan la posición territorialista que mantienen los diputados nacionales.

En 1993 se presenta el primer anteproyecto de plan hidrológico en el que, junto a importantes obras, se consideraban también los trasvases entre las cuencas. En concreto, se preveía un trasvase del Ebro de más de 2.000 hm³. Comienza entonces una tensión entre las regiones que se vio incrementada con el paso del tiempo y el agravamiento de una época de gran sequía (1993-1995). Los entonces presidentes de Castilla-La Mancha (PSOE) y Aragón (PSOE) se enfrentaron a los trasvases acordados por el gobierno socialista, provocando también enfrentamientos con los presidentes autonómicos de Murcia y Valencia, también socialistas.

Tras la victoria electoral del Partido Popular, se retrasa la aprobación de la planificación hidrológica. Por entonces se aprueban los diferentes planes de cuenca, que utilizaban diferentes parámetros para describirlas. Para su coordinación se hace necesario elaborar un «libro blanco del agua». En él se proponía el trasvase de cerca de 1.000 hm³ a las cuencas mediterráneas. Con estos datos se elabora y presenta el Proyecto de ley de plan hidrológico nacional, en el que se fijaron las condiciones para la transferencia del caudal del Ebro. La tramitación se inició y fue muy contestada. El PSOE se opuso al proyecto y ofreció como alternativa la construcción de más de una treintena de desaladoras. No obstante, si bien la posición de las direcciones nacionales de los partidos era clara, las fracturas territoriales dentro de cada partido pronto se hicieron notar. En el PSOE, Aragón manifestó una oposición contundente al trasvase, si bien los socialistas de la Vega Baja y Vinalopó (Comunidad Valenciana) y Almería apoyaron la aprobación del Plan. En el Partido Popular las discrepancias se produjeron entre los representantes de Aragón y Cataluña.

26 Sin duda alguna era una posición delicada la de ser portavoz de la Comisión de Industria y manifestarse en contra de la ubicación del ATC en Guadalajara. Sin embargo, las presiones territoriales pesaron más que la defensa del interés general, e incluso terminó acudiendo a la manifestación celebrada contra el ATC. Para ver sus manifestaciones en contra de la instalación del ATC en Guadalajara, véase: <http://www.psoe.es/provincia-deguadalajara/docs/437498/page/comunicado-jesus-alique-diputado-nacional-del-psoe-guadalajara.html>; los medios de comunicación locales publican su decisión de ir a la manifestación en: <http://www.elheraldodelhenares.es/pag/noticia.php?cual=4113>.

La defensa de intereses territoriales en el Congreso de los Diputados resulta evidente si analizamos los votos y las ausencias en la aprobación final del Plan hidrológico nacional.

En primer lugar, el plan se aprobó con los votos de los diputados de CiU, que reconoció que había conseguido compensaciones económicas para la zona y, sobre todo, la creación de un consorcio presidido por la Generalitat de Cataluña para aprobar un plan específico del delta del Ebro. También contó con los votos de los representantes canarios, que asimismo habían conseguido el compromiso de ciertas inversiones. Queda con ello de manifiesto cómo el Congreso se convierte en la sede principal de defensa de los intereses territoriales de las comunidades autónomas con implantación nacionalista.

Pero resulta también llamativo cómo los diputados socialistas, que siguiendo la dirección nacional debían oponerse a la aprobación del Plan, anteponen los intereses territoriales. En estos supuestos, más que una indisciplina parlamentaria propiamente dicha, con votos diferentes a los marcados por la dirección del partido nacional, se produjeron ausencias de la sede parlamentaria durante dicha votación, de manera que no queda constancia de voto en contra. Así sucedió con diputados socialistas de Murcia, Almería o Alicante a la hora de la aprobación de la Ley 10/2001, de 5 de julio, de Plan hidrológico nacional.

En materia de aguas son muchos los ejemplos de ausencias parlamentarias de diputados que manifiestan así su defensa de intereses territoriales. Así, por ejemplo, una vez derogadas las disposiciones relativas al trasvase de las aguas del Ebro por el Real decreto-ley de junio de 2004, se producirían situaciones semejantes con diputados del PP de Aragón frente a proposiciones presentadas por su partido a favor de los trasvases. La cuestión todavía no ha concluido. Cuando se escriben estas líneas vuelve a resurgir el debate del trasvase del Ebro y con él la territorialización del conflicto. Volveremos a ver cómo es la dinámica partidista territorial la que explique muchos de los comportamientos parlamentarios.

IV · Conclusión

Tal y como hemos tratado de demostrar en el epígrafe anterior, la participación de las comunidades autónomas en la toma de decisiones estatales es una realidad en nuestra práctica política y no depende tanto de las previsiones normativas o de la creación de un órgano *ad hoc*.

Quizás en el plano teórico no pueda sostenerse que el Congreso sea estrictamente una cámara de representación territorial si entendemos por tal «[que] la representación se articula de manera tal que a través de ella adquieren voz propia las diversas partes territorialmente diferenciadas de la comunidad política única»,²⁷ es decir, que los territorios se incorporen como tales al proceso de formación de la voluntad del Estado. Pero la participación de los intereses territoriales en la decisión estatal es una realidad en el Congreso y la misma no requiere necesariamente de una cámara de representación territorial.

Del análisis del funcionamiento del Congreso de los Diputados y su evolución en los últimos años derivada del desarrollo del Estado autonómico se concluye la importancia que tienen los partidos en la práctica parlamentaria y, con ello, el peso creciente de los intereses no sólo nacionalistas, sino también territoriales en las decisiones estatales. En definitiva, el grado de participación de los entes territoriales en la decisión estatal no depende tanto de la existencia de una cámara institucional dirigida a tal fin, sino del sistema de partidos y de los elementos circunstanciales que explican su funcionamiento. Y respecto a todo ello podemos afirmar que en España la práctica política favorece dicha participación.

Bibliografía

- ARROYO GIL, A. «Las Relaciones Intergubernamentales en el Federalismo Alemán: el Bundesrat o Consejo Federal alemán», en Tudela Aranda, J. y Knüpling, F. (ed.) *España y modelos de federalismo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - Fundación Manuel Giménez Abad, 2010.
- BENZ, A. «Las Relaciones Intergubernamentales en el Federalismo Alemán: Adopción compartida de decisiones y dinámica de la cooperación horizontal», en Tudela Aranda, J. y Knüpling, F. (ed.) *España y modelos de federalismo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Fundación Manuel Giménez Abad, 2010.
- BLONDEL y THIÉBAULT (ed.) *The Profession of Government Minister in Western Europe*, London, MacMillan, 1991.

27 Rubio Llorente, F. y Álvarez Junco, J. (ed.) *El informe ...*, p.184.

- BOTELLA, J. «Parlamento y carreras políticas», en Ramírez, M. *El Parlamento a debate*, Madrid, Trotta, 1997.
- BOYELLER, N. «Intergovernmental Arrangements in Spanish and Swiss Federalism», *Regional & Federal Studies*, núm. 4, 2006.
- CASTELLÀ ANDREU, J. M^a. «El debate sobre la reforma del Senado y su incidencia en la forma de estado y la forma de gobierno», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Cortes Generales, vol. 1, 2008.
- CONTRERAS CASADO, M. «Las reformas de los Estatutos de Autonomía. Viejos y nuevos tiempos en la construcción del Estado autonómico», *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 11, 2006.
- DARNSTÄDT, T. *La trampa del consenso*, Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2005.
- ELÍAS MÉNDEZ, C. «Principales rasgos de las reformas estatutarias: ¿Hacia un Estado Autonómico cooperativo?», *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 3, 2008.
- GARCÍA-PELAYO, M. *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1984.
- KINCAID, J. «From Cooperative to Coercive Federalism», *The Annals of The American Academy of Political and Social Science*, núm. 509, 1990.
- PAU i VALL, F. (ed.) *La financiación autonómica. XVI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Tecnos/AELPA, 2010.
- PORTERO MOLINA, J. A. «Contribución al debate sobre la reforma del Senado», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87, 1995.
- RUBIO LLORENTE, F. y ÁLVAREZ JUNCO, J. (ed.) *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos*, Consejo de Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- SÁENZ ROYO, E. «La reforma sanitaria de Obama en el marco del federalismo americano», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 11, 2011.
- . «Las relaciones intergubernamentales de carácter vertical en el Estado Autonómico: el ser, el deber ser y posibles retos de futuro», *REDC* (en prensa).
- SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. «La participación de las comunidades autónomas en la elección por el Senado de los magistrados constitucionales», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 23, 2009.

- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J. «El Patrón Federal como referencia propuesta de nuestras reformas territoriales», en Tudela Aranda, J. y Knüpling, F. (ed.) *España y modelos de federalismo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Fundación Manuel Giménez Abad, 2010.
- SOSA WAGNER, F. y FUERTES, M. *El Estado sin territorio. Cuatro relatos de la España autonómica*, Marcial Pons, 2010.
- STEPHENS, G. R. y WIKSTROM, N. *American Intergovernmental Relations. A Fragmented federal polity*, New York, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- TORRES DEL MORAL, A. «Réquiem por el mandato representativo», *Revista de Derecho Político*, núm. 81, 2011.
- TUDELA ARANDA, J. «¿Reforma constitucional en clave federal? (Sistematización de problemas generados por las reformas y posibles soluciones)», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 151, 2011.
- VÍRGALA, E. «Las relaciones de inordinación en el Estado Autonómico español», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 151, 2011.
- ZIMMERMAN, J. F. *Contemporary American Federalism: The Growth of National Power*, Albany, State University of New York Press, 2008.

EL NUEVO SISTEMA DE ALERTA TEMPRANA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: SU APLICACIÓN EN ESPAÑA

MAYTE SALVADOR CRESPO

*Profesora contratada doctora,
Universidad de Jaén*

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes de la participación de los parlamentos nacionales en los asuntos relacionados con la Unión Europea. III. El nuevo papel de los parlamentos nacionales en el Tratado de Lisboa. 1. La función de los parlamentos nacionales incluidos en el Tratado de Lisboa. IV. Los protocolos sobre la participación de los parlamentos nacionales incluidos en el Tratado de Lisboa. 1. El Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea. 2. El Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. V. Las nuevas funciones de la Comisión Mixta Congreso-Senado para Asuntos Europeos. VI. Conclusiones. Bibliografía.

I · Introducción

La cuestión de la participación de los parlamentos nacionales en la construcción europea no es novedosa sino que viene siendo discutida desde hace varias décadas. No obstante, en el caso de España la problemática ha revestido tal vez un perfil muy bajo tanto en los medios políticos como en los académicos, hecho motivado quizás por la combinación entre la debilidad institucional de las Cortes Generales en la democracia española y el relativo consenso pro-europeo.

En todo caso, la problemática existe porque el proceso de integración ha conllevado la transferencia de toda una serie de competencias del nivel nacional al nivel europeo, una transferencia que ha supuesto trasladar la toma de decisiones hacia instituciones supranacionales –en las que los

estados miembros están representados por los poderes ejecutivos—, con la consiguiente disminución del papel de los parlamentos nacionales en sus respectivos sistemas políticos: en su función legislativa, en la presupuestaria y en la de control del ejecutivo. Esta alteración en el ejercicio de las funciones normativas y de rendición de cuentas derivadas de la soberanía estatal es la que provocó en un principio la discusión sobre el déficit democrático de la Unión y sobre su falta de legitimidad, al combinarse esta pérdida de competencias de los parlamentos nacionales con la falta de transparencia en el proceso de toma de decisiones o con el inicial débil papel del Parlamento Europeo (PE), entre otros.

Incluso aun cuando se pueda predicar que el proceso de integración goza del respaldo mayoritario de los ciudadanos de los estados miembros y que el Parlamento Europeo (PE) ha reforzado últimamente su posición institucional en el sistema, es innegable que los parlamentos nacionales se han visto relegados a un papel secundario dentro del contexto de la construcción europea, papel que no se corresponde con la importancia que tienen reconocida en sus respectivos sistemas constitucionales, quedando limitada políticamente tanto su actuación como su posición institucional.

Para afrontar dichas críticas, en parte, se ha fomentado a nivel europeo la participación de los parlamentos nacionales en la toma de decisiones en la UE, señalando la importancia de su implicación en el proceso de integración y el mantenimiento de relaciones recíprocas con el PE; todo ello, con el fin de lograr una mayor legitimidad democrática y de acercar Europa a los ciudadanos, haciendo el funcionamiento de la Unión más transparente.

La pregunta de partida sería si el Tratado de Lisboa contribuye de manera más decidida que sus predecesores a reforzar la participación de las Cortes Generales y de los parlamentos autonómicos en los asuntos de la Unión Europea (UE).¹ En el supuesto concreto de las Cortes Generales, podría contribuir a superar un control parlamentario débil con respecto de la posición que defiende el Gobierno en las instituciones de la UE, un control fundamentalmente centrado en las grandes orientaciones políticas,

1 Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el pasado 1 de diciembre de 2009 existen dos tratados fundamentales que contienen la normativa sustancial del derecho originario de la Unión Europea: el Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) y el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), sustituyendo este último al Tratado de la Comunidad Europea.

pero prácticamente inexistente en el seguimiento de las propuestas legislativas.

II · Antecedentes de la participación de los parlamentos nacionales en los asuntos relacionados con la Unión Europea

La participación de los parlamentos nacionales en el sistema político comunitario puede llevarse a cabo de dos maneras posibles. Una de ellas sería mediante el control de la actividad comunitaria de los ejecutivos nacionales (participación indirecta o individual mediante el ejercicio de influencia política sobre sus gobiernos cuando éstos actúan en sede europea, por tanto dentro del marco estatal). En este caso suelen destacarse tres modelos constituidos a partir de las medidas que prevé cada parlamento para el control de la actividad comunitaria de sus gobiernos: el *Folketing* danés;² el modelo germano-británico; el modelo francés; el resto de los estados miembros.

La otra forma se vehicula a través de una actuación directa o colectiva en el nivel comunitario (aquella que se realiza en el propio sistema político de la Unión a través de la colaboración con otros parlamentos nacionales y

2 La comisión parlamentaria del *Folketing* actúa en nombre de la cámara y recibe al ministro correspondiente antes de que se celebre el Consejo de Ministros donde se pretende adoptar una iniciativa normativa para oír sus explicaciones, debatirla y fijar un mandato de negociación, que, si bien carece de naturaleza normativa, vincula políticamente al ministro y le indica la postura que tendrá que defender en Bruselas. Tal sujeción se asegura mediante otra comparecencia del ministro *a posteriori* para dar cuenta de su actuación en Bruselas.

El Parlamento británico y el francés, convencidos de la importancia de la institución parlamentaria en su entramado constitucional, tampoco están dispuestos a cederla al gobierno. En el caso inglés se ha establecido la técnica de la *scrutiny reserve*. Esta institución no solamente impide que el gobierno pueda separarse unilateralmente del mandato dado por la respectiva comisión parlamentaria cuando la propuesta se modifica en el seno de la UE; implica también que aquél no puede negociar ningún acuerdo si éste no ha podido ser previamente examinado por su parlamento.

En Francia, el control parlamentario de los asuntos europeos ha alcanzado rango constitucional, y se han producido muchas mejoras en el control parlamentario a través de prácticas parlamentarias como la toma en consideración de la posición del Parlamento francés en la elaboración de actos comunitarios, que ha introducido la reserva de examen parlamentario en el derecho francés. Véase Matia Portilla, F. «Parlamento Europeo y Parlamentos Nacionales. Doble legitimidad en el marco de la UE», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 19, 2003, p. 202-203.

con el PE). En este segundo caso, los instrumentos a utilizar son la Conferencia de Parlamentos; la COSAC (conferencia de órganos especializados en asuntos europeos); la Conferencia de Presidentes, y la participación de los parlamentos nacionales en la Convención.

Si nos remontamos a los tratados fundacionales, se observa cómo no estaba prevista ninguna participación de los parlamentos nacionales en el proceso de toma de decisiones comunitario. Pero, aunque los parlamentos de los estados miembros perdieron cierto protagonismo durante las primeras décadas del proceso de integración a favor de los gobiernos nacionales, desde los años noventa se puede verificar una actividad creciente de las cámaras legislativas en los asuntos europeos.

El Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 por los veintisiete estados miembros de la Unión Europea ha continuado el proceso iniciado en el Tratado de Maastricht de 1992, de profundización en la participación de los parlamentos nacionales en los asuntos de la Unión Europea.³ Por una parte, con el nuevo artículo 12 del Tratado de la Unión Europea, que detalla y amplía las funciones de los parlamentos nacionales en el funcionamiento de la Unión, funciones después desarrolladas en otros preceptos del Tratado. Por otra, mediante dos protocolos anejos dedicados a esta materia: el Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea y el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

3 Estos cuarenta años de espera se deben en gran medida a que, en su origen, las comunidades europeas se habían centrado en la estrategia de integración por el mercado antes que por la política, y sector por sector. Cuando los objetivos económicos se fueron alcanzando, era cuestión de tiempo que se plantease nuevamente la cuestión de la integración desde una perspectiva más política. El problema se centraba, principalmente, en cómo dotar de legitimidad democrática dicha integración política. El Consejo Europeo de Roma de 1990 señaló que para incrementar la legitimidad democrática de la Unión, el progreso de la Comunidad hacia la Unión Europea debía ir acompañado del desarrollo del papel del PE en la esfera legislativa y en el control de las actividades de la Unión, lo cual, unido al papel de los parlamentos nacionales, «apuntalaría la legitimidad democrática de la Unión». Se abrió así un debate sobre el papel de los parlamentos nacionales y su posible participación en los asuntos comunitarios que llevó a la inclusión de dos declaraciones anejas al Tratado de la Unión Europea que trataron de dar respuesta a esta cuestión.

A modo de resumen, presentamos el siguiente cuadro:

Cuadro 1. Cronología de la inclusión de los parlamentos nacionales en la UE

Junio de 1979	Primera elección directa al Parlamento Europeo, con lo que los europarlamentarios dejan de ser delegados de los parlamentos nacionales.
Mayo de 1989	Creación de la COSAC.
Febrero de 1992	Se firma en Maastricht el Tratado de la Unión Europea, que incluye una declaración sobre la importancia de los parlamentos nacionales en la UE y en la que se estipula que éstos deben disponer de las propuestas legislativas de la Comisión con la antelación suficiente para información o para que puedan ser examinadas (entra en vigor en España en noviembre de 1993).
Octubre de 1997	Se firma el Tratado de Ámsterdam, con un protocolo que reconoce jurídicamente a la COSAC (entra en vigor en mayo de 1999).
Diciembre de 2001	Declaración de Laeken sobre el futuro de la UE, en la cual se expresa la voluntad de involucrar a los parlamentos nacionales en la toma de decisiones a nivel europeo.
Febrero de 2001	Se firma el Tratado de Niza, que contiene una declaración sobre la necesidad de considerar el papel de los parlamentos nacionales en la futura Convención Europea (entra en vigor en febrero de 2003).
Octubre de 2004	Se firma el Tratado de la Constitución Europea, que incluye un protocolo sobre el papel de los parlamentos nacionales en la UE y otro sobre los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, que pretenden dotar a los parlamentos nacionales de un papel importante dentro de la UE.
Diciembre de 2007	Firma del Tratado de Lisboa, incluyendo un protocolo sobre el papel de los parlamentos nacionales y otro sobre los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, que pueden otorgar a los parlamentos nacionales un papel importante dentro de la UE (entra en vigor en diciembre de 2009).

Como puede verse en el cuadro 1, el tratado de Maastricht fue el primero en abordar el encaje de los parlamentos nacionales dentro de la estructura comunitaria. En él se mencionaba que los parlamentos nacionales juegan un papel en el proceso legislativo comunitario, que deben ser informados a tiempo acerca de las propuestas legislativas y que debe existir cooperación entre los parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo mediante la concesión de facilidades mutuas adecuadas y mediante reuniones periódicas (Tratado de Maastricht, declaraciones anexas núm. 13 y 14).

Por tanto, a partir del Tratado de Maastricht de 1992 se abren tres momentos importantes en el reconocimiento del papel de los parlamentos nacionales en el proceso de construcción comunitaria:

1. El señalado Tratado de 1992, que reconoce por primera vez un papel activo de los mismos mediante dos declaraciones anejas.

2. El Tratado de Ámsterdam, que supuso un paso más, incorporando un protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea (con carácter vinculante). Con este fin, en 1998 la Conferencia de Presidentes de los parlamentos europeos decidió la creación de la Conferencia de Órganos Especializados en Asuntos Europeos, la COSAC,⁴ y en 1999, el protocolo de la COSAC, anexo al Tratado de Ámsterdam, daba carta de naturaleza a este foro interparlamentario. La COSAC se convirtió

4 La COSAC reúne dos veces al año a los representantes de las comisiones de Asuntos Europeos de los parlamentos nacionales así como a representantes del Parlamento Europeo. De acuerdo con el Tratado de Ámsterdam, la COSAC puede estudiar «cualquier propuesta o iniciativa legislativa relacionada con la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia que pueda tener consecuencias directas en los derechos y libertades de las personas». La COSAC también puede «dirigir al Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión cualquier contribución que juzgue conveniente sobre las actividades legislativas de la Unión, en particular respecto de la aplicación del principio de subsidiariedad, el espacio de libertad, seguridad y justicia, así como respecto de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales». Tratado de Ámsterdam, Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea, artículos 2.5 y 2.6. Teóricamente, un mandato como éste otorga gran potencial a la COSAC. Pero cabe señalar que el Protocolo no asigna a la COSAC el poder de que sus decisiones sean vinculantes. De igual manera, el Protocolo no otorga, al menos de manera formal, ningún poder de escrutinio a la COSAC, ya que aunque menciona el derecho de los parlamentos nacionales a recibir puntual información sobre la legislación europea, no crea ninguna obligación para el responsable de tal transmisión de información.

así en el primer intento de involucrar en términos reales a los parlamentos nacionales en la arquitectura europea.⁵

3. La cumbre de Niza de 2000, que incluyó entre los temas a analizar por la Convención Constitucional y la Conferencia Intergubernamental (CIG) que habría de tener lugar entre 2003-2004 el papel que debían tener los parlamentos nacionales en la futura construcción de la Unión Europea; Convención y posterior CIG que daría lugar al Tratado por el que se establece una constitución para Europa y en el que se recogían nuevas previsiones relativas a la participación de los parlamentos nacionales en el sistema político comunitario. Como es sabido, dicho Tratado no llegó a entrar en vigor, pero la mayor parte de sus disposiciones han sido incorporadas en el recientemente ratificado Tratado de Lisboa.

De entre las propuestas de la Convención, que ahora forman parte del Tratado de Lisboa, cabe destacar el Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales (Protocolo núm. 1) y el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Protocolo núm. 2).

Estos dos protocolos mejoran significativamente los mecanismos de escrutinio a disposición de los parlamentos nacionales, ya que crean las condiciones para que éstos tengan acceso a la información sobre la actividad legislativa y a su vez expresen su opinión conforme a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En relación con el acceso a la información, al contrario que el Protocolo de Ámsterdam, el de Lisboa obliga a la Comisión a enviar directamente a los parlamentos nacionales cuando se publiquen todos sus documentos de consulta (libros verdes, libros blancos y comunicaciones). La Comisión les transmitirá, asimismo, el programa legislativo anual, así como cualquier otro instrumento de programación legislativa o de estrategia política al mismo tiempo que lo transmita al Parlamento Europeo y al Consejo. Los parlamentos nacionales recibirán también directamente los órdenes del día y los resultados de las sesiones del Consejo.

El acceso a la información no es suficiente si no se dispone de tiempo para analizarla. En este sentido, el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad establece que los parlamentos nacionales disponen de un período de ocho semanas, durante el cual el procedimiento legislativo es interrumpido, para realizar una opinión razonada

5 La mención en el Tratado de Ámsterdam de «la concesión de facilidades mutuas adecuadas» hizo posible que el Parlamento Europeo ofreciese espacio en su edificio en Bruselas para las oficinas de representación de los parlamentos nacionales.

si consideran que el principio de subsidiaridad y/o de proporcionalidad no han sido respetados. Esto supone una mejora significativa respecto a Ámsterdam, ya que en el protocolo de Ámsterdam sólo se requería un período de seis semanas entre la transmisión de una propuesta legislativa y su aprobación, con lo cual el proceso legislativo no quedaba interrumpido, haciendo la tarea de control de los parlamentos nacionales prácticamente imposible.

Cuadro 2. Evolución de la participación de los parlamentos nacionales (y de las Cortes Generales) en la UE

Septiembre de 1952	Se reúne por vez primera, en el marco de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), una asamblea parlamentaria compuesta por 78 diputados designados por sus respectivos parlamentos en los seis estados fundadores.
Marzo de 1957	Se firma en Roma el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea que incluye una asamblea parlamentaria, cuyos 142 diputados están aún designados por los parlamentos de los estados miembros, y que es competente para el conjunto de las comunidades europeas: CECA, CEE y Euratom.
Junio de 1979	Primera elección directa del Parlamento Europeo. Los eurodiputados dejan de ser delegados de los parlamentos nacionales.
Diciembre de 1985	Aprobación en España de la Ley 47/1985, que configura la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Comunidades Europeas, pocos días antes de que se produzca la adhesión de España.
Julio de 1988	Aprobación en España de la Ley 18/1988, que por primera vez refuerza, aunque mínimamente, los poderes de la Comisión Mixta para las Comunidades Europeas de las Cortes Generales.
Mayo de 1989	Creación de la COSAC.
Febrero de 1992	Se firma en Maastricht el Tratado de de la Unión Europea que incluye una declaración sobre la importancia de los parlamentos nacionales en la UE y en la que se estipula que éstos deben disponer de las propuestas legislativas de la Comisión con la antelación suficiente para información o para que puedan ser examinadas.

Mayo de 1994	Aprobación en España de la Ley 8/1994, por la que las Cortes modifican la regulación de la Comisión Mixta, que pasa a denominarse para la Unión Europea, para adaptarse al Tratado de Maastricht que había entrado en vigor en noviembre de 1993.
Octubre de 1997	Se firma el Tratado de Ámsterdam con un protocolo que reconoce jurídicamente a la COSAC.
Febrero de 2001	Se firma el Tratado de Niza, que contiene una declaración sobre la necesidad de considerar el papel de los parlamentos nacionales en la futura Convención Europea.
Diciembre de 2001	Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea en la que se expresa la voluntad de involucrar más a los parlamentos nacionales en la toma de decisiones de la UE y en la que se convoca la Convención que impulsará el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.
Octubre de 2004	Se firma el Tratado de la Constitución Europea, que incluye un protocolo sobre el papel de los parlamentos nacionales en la UE y otro sobre los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, que pretenden otorgar a los parlamentos nacionales un papel importante dentro de la UE.
Septiembre de 2005	Se constituye en el seno de la Comisión Mixta para la Unión Europea un grupo de trabajo que realice un informe para estudiar la aplicación por las Cortes Generales de los protocolos incluidos en el Tratado de la Constitución Europea.
Junio de 2007	El Consejo Europeo decide formalmente abandonar la ratificación del Tratado de la Constitución Europea y convoca la Conferencia Intergubernamental con el mandato de negociar un nuevo tratado que simplemente reforme el Tratado de la UE y el Tratado de las comunidades europeas, manteniendo la mayor parte de los cambios institucionales incluidos en el Tratado constitucional.
Diciembre de 2007	Se firma el Tratado de Lisboa, que mantiene los dos protocolos incluidos en el no ratificado Tratado constitucional sobre el papel de los parlamentos nacionales en la UE y sobre aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Diciembre de 2007	La Comisión Mixta para la Unión Europea aprueba el Informe sobre la aplicación por las Cortes Generales del Tratado de Lisboa, adaptando los trabajos realizados desde 2005 relativos al Tratado de la Constitución Europea.
Diciembre de 2009	Aprobación en España de la Ley /2009, por la que las Cortes modifican la regulación de la Comisión Mixta para la Unión Europea para adaptarla al Tratado de Lisboa, que había entrado en vigor en diciembre de 2009.

Fuente: elaboración propia

III · El nuevo papel de los parlamentos nacionales en el Tratado de Lisboa

En el Tratado de Lisboa la función de los parlamentos nacionales se recoge en un artículo de carácter general⁶ y en el Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la UE, el cual recoge por un lado disposiciones relativas a la información que le ha de ser suministrada y, por otro, disposiciones relativas a la cooperación interparlamentaria.

1 · La función de los parlamentos nacionales incluidos en el Tratado de Lisboa

Dentro del nuevo título II del TUE, que contiene las disposiciones relativas a los principios democráticos, el artículo 12 recoge hasta seis funciones que se les reconocen a los parlamentos nacionales en la Unión con el objeto de contribuir a un mejor funcionamiento de la misma. Los parlamentos:

serán informados por las instituciones de la Unión y recibirán notificación de los proyectos de actos legislativos de la Unión de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea.

⁶ Así se había establecido por el Consejo Europeo en su mandato a la CIG según se recoge en las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 21 y 22 de junio de 2007 (11177/07). Anexo I, modificaciones del TUE, título II, p. 26.

Esta previsión no es nueva, puesto que aparecía ya en el anterior Protocolo sobre la función de los parlamentos nacionales y en el Protocolo anejo a la Constitución Europea. La novedad que aporta el Tratado de Lisboa es que por primera vez aparece incorporado en el cuerpo del Tratado además de en un protocolo anejo.

(...) velarán por que se respete el principio de subsidiariedad de conformidad con los procedimientos establecidos en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Se trata de otra novedad, puesto que en el anterior Protocolo sobre la función de los parlamentos nacionales no se contenía ninguna previsión al respecto.⁷ Los parlamentos podían valorar el respeto al principio de subsidiariedad a través de la COSAC y de una manera no vinculante para las instituciones comunitarias.⁸

Otra cuestión no prevista en los anteriores tratados, aunque sí se recogía en el fallido Tratado Constitucional,⁹ es la participación de los parlamentos nacionales dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia, «en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión en dicho espacio, de conformidad con el art. 61C del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea», así como que los mismos «estarán asociados al control político del Eurojust y a la evaluación de las actividades del Eurojust, de conformidad con los artículos 69G y 69D de dicho Tratado.»

Los parlamentos participarán en los «procedimientos de revisión de los tratados», lo cual se recoge tanto en este artículo de carácter general como en el artículo 48.¹⁰

7 Cabe mencionar que esta previsión también se recoge en el párrafo 2º del apartado 3 del nuevo artículo 3ter del TUE.

8 El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa también recogía esta misión de los parlamentos nacionales en su art. I.11.

9 En el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se recoge en los art. III.260, III.273 y III.276.

10 El Tratado de Lisboa ha recogido lo ya acordado en la CIG de 2004 y establece que se habrá de notificar a los parlamentos nacionales cualquier proyecto de revisión del Tratado y que, en el caso de que se decida proceder a la misma, se convocará una Convención en la cual estarán integrados representantes de los parlamentos nacionales. Además se prevé también la participación de los parlamentos en el procedimiento de revisión simplificado, para ciertas disposiciones contempladas en la tercera parte del Tratado de funcionamiento de la Unión, que permitirá pasar de la regla de la unanimidad a la de la mayoría cualificada y la sustitución de un procedimiento especial de elaboración de actos legislativos por un procedimiento legislativo ordinario, todo ello sin necesidad de

Mediante esta previsión se pretende que los parlamentos nacionales puedan examinar las propuestas legislativas antes de que se pronuncien las instituciones de la Unión. Ahora bien, cada parlamento nacional tendrá que adoptar los procedimientos pertinentes para el tratamiento de la información que se les remita. Se garantiza la obtención de información por los parlamentos nacionales pero dependerá de la práctica parlamentaria de cada estado miembro la utilización de dicha información para realizar un control efectivo e influir en la construcción europea.

Se les informará de «las solicitudes de adhesión a la Unión, de conformidad con el art. 49 del presente Tratado», previsión tan solo contenida con anterioridad en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Los parlamentos «participarán en la cooperación interparlamentaria entre los parlamentos nacionales y con el Parlamento Europeo». El método más utilizado y generalizado de cooperación multilateral es la COSAC, aunque cada parlamento puede desarrollar prácticas propias (comisiones conjuntas de miembros del parlamento nacional y del PE, participación periódica de los parlamentarios nacionales en las reuniones de las comisiones del PE pero sin derecho a voto...).

La importancia del Tratado de Lisboa en relación con los parlamentos nacionales es haber introducido por primera vez en el cuerpo del Tratado referencias expresas a la función de los parlamentos nacionales dentro del sistema político comunitario.¹¹ De esta manera, la nueva organización institucional de la UE aumenta no sólo el impacto directo de los parlamentos nacionales sobre el proceso legislativo de la UE, sino también incrementa su papel de control y orientación política con respecto a sus gobiernos.

convocar una Convención ni una Conferencia Intergubernamental (CIG). En estos casos, se transmitirá dicha iniciativa del Consejo Europeo a los parlamentos nacionales que, en un plazo de seis meses, pueden oponerse a la utilización de este procedimiento, bastando la oposición de un solo parlamento de un estado miembro para impedir su utilización.

11 Se trataba de una recomendación formulada con anterioridad por el grupo IV de los grupos de trabajo de la Convención Europea que preparó el Proyecto de Tratado constitucional y que abogaba por incluir la función de los parlamentos en el texto del Tratado y no en un protocolo anejo, como finalmente se hizo.

IV · Los protocolos sobre la participación de los parlamentos nacionales incluidos en el Tratado de Lisboa

El esfuerzo democratizador que se quiso imprimir con la fracasada Constitución Europea ha tenido su continuidad en la reforma de los tratados operada en Lisboa. La crítica al déficit democrático de la Unión se había venido sustentando sobre el argumento de la escasa o más bien nula capacidad de los parlamentos nacionales y regionales sobre las decisiones que se adoptaban en Bruselas.

Durante el trabajo de la Convención, el grupo IV de trabajo se centró en pensar soluciones para resolver este déficit a partir de dos grandes cuestiones: ¿cuál es el papel que deben desempeñar los parlamentos en la nueva arquitectura de la UE? ¿Es necesario crear nuevos órganos o procedimientos que permitan una mejor participación de los parlamentos en el proceso de construcción europea?

En el fondo de estas dos cuestiones subyacía el intento de dar respuesta a las demandas de una mayor legitimidad democrática, acercando los centros de decisión al ciudadano y garantizando la participación de los parlamentos en la toma de decisiones y el control político de la UE.

El Tratado de Lisboa hace suyas estas cuestiones e incorpora dos protocolos, el Protocolo núm. 1 sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea y el Protocolo núm. 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad con el objeto de reforzar el papel de los parlamentos nacionales en la elaboración de la legislación comunitaria. Estas nuevas funciones que se atribuyen a los parlamentos nacionales acogen los dos protocolos que con idéntico título se incluyeron en su día en el Tratado constitucional de 2004.¹²

¹² Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (DO C 115, 9 de mayo de 2008, p. 201-205 y 206-208, respectivamente). Los protocolos son fruto de viejas aspiraciones de algunos estados miembros, sobre todo Francia y Países Bajos. En realidad, el anterior Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea (añadido por el Tratado de Ámsterdam en 1997) ya contemplaba, de manera similar, este deber de informar a los parlamentos nacionales, pero el Protocolo anejo al Tratado de Lisboa (2007) lo hace de manera más completa e introduce nuevos matices.

1 · El Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea

Este Protocolo se divide en dos títulos: el primero, relativo a la información que debe darse a los parlamentos nacionales, y el segundo, a la cooperación interparlamentaria.

De acuerdo con el artículo 1 del Protocolo número 1, la Comisión deberá dar cuenta a los parlamentos nacionales de cuantos documentos de consulta (libros verdes, blancos y comunicaciones) elabore, así como de su programa legislativo anual y cualquier otro instrumento de programación legislativa o de estrategia política; según su artículo 2, las propuestas de actos legislativos se transmitirán, además de al PE y al Consejo, a los parlamentos nacionales.

También se amplían los sujetos que deben proporcionar la información, encargándose las instituciones comunitarias de transmitir directamente la misma (Comisión, Parlamento Europeo, Consejo de Ministros, Consejo Europeo o Tribunal de Cuentas, según sea el autor de la iniciativa), y no los gobiernos nacionales. Se trata de paliar la situación en la que se incurría con la anterior regulación, que provocaba retrasos en el envío de la información y dificultaba la labor de estudio e informe de la documentación por parte de los parlamentos nacionales. Ahora lo que se quiere conseguir es que el envío de la información a los parlamentos nacionales se realice de manera simultánea al de las demás instituciones europeas y respecto a los documentos de consulta de la Comisión, cuando se publiquen.

A partir de ese momento, se supera la fase de información y se pasa a la fase de control. Los parlamentos nacionales, conforme a sus respectivos marcos constitucionales, tienen que verificar si la propuesta normativa cumple con el principio de subsidiariedad.¹³

Si la propuesta que llega a los parlamentos no respetara el principio de subsidiariedad (artículo 3 del Protocolo número 1), éstos podrán dirigir un dictamen motivado en un plazo que se amplía de las seis previstas en el Tratado constitucional de 2004 a las ocho semanas que se fijan en el Tratado de Lisboa.¹⁴ Este aumento del plazo, además de favorecer una

13 En el caso español se ha aprobado la Ley 24/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para su adaptación al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

14 Si bien el mandato de la CIG que redactó el Tratado ya contemplaba el aumento del plazo (doc. 11218/07, 26 de junio de 2007, p. 4).

reflexión más pausada, tiene la ventaja añadida de que los parlamentos nacionales de estados descentralizados políticamente como el español puedan recabar la opinión de los parlamentos regionales; precisamente el artículo 6 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad determina que «incumbirá a cada Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas». La ampliación de dicho plazo y la participación de los parlamentos regionales en el proceso han tenido una buena acogida entre estos últimos.¹⁵

Dentro de este primer título, se recoge asimismo la posibilidad de presentar, por parte de los parlamentos nacionales, un dictamen motivado al PE, al Consejo y a la Comisión, cuando consideren que un proyecto de acto legislativo no es conforme con el principio de subsidiariedad. Esta previsión constituye una novedad, pues hasta ahora los parlamentos nacionales sólo podían pronunciarse sobre el respeto de dicho principio a través de la Conferencia de Comisiones Especializadas en Asuntos Europeos (COSAC)¹⁶ y, además, de forma no vinculante para las instituciones comunitarias.

La cooperación interparlamentaria se recoge en el título II del Protocolo. En primer lugar, el Protocolo establece que el PE y los parlamentos nacionales definirán conjuntamente la manera de organizar y regular una cooperación interparlamentaria más eficaz. La actividad de control se beneficia así de la cooperación interparlamentaria, en particular a través de un instrumento técnico –el IPEX– que constituye una base de datos parlamentarios abierta a los parlamentos y a todos los interesados y que permite un conocimiento muy rápido de las propuestas que están siendo objeto de mayor atención por parte de otros parlamentos en ese ámbito,¹⁷ si bien eso no exime a los gobiernos de la obligación de enviar toda la in-

15 Esta opinión favorable se recoge en el párrafo tercero del preámbulo de la declaración institucional sobre parlamento, regiones y Europa de la Conferencia de Presidentes de los Parlamentos Autonómicos de España (COPRECA) 2009, adoptada en Cartagena, Murcia, el 5 de mayo de 2009.

16 Acrónimo de la expresión, en francés, de Conferencia de Comisiones Especializadas en Asuntos Europeos. Se trata una reunión periódica de comisiones especializadas en asuntos europeos. Reconocida en el Protocolo 1 del Tratado de Lisboa, la COSAC cuenta además con sus propias normas de funcionamiento y con un secretariado propio, compuesto por un miembro permanente y por funcionarios de la troika presidencial, compuesta por el parlamento que ostenta la presidencia, el parlamento que ostentó la presidencia en el último semestre y el que la ostentará en el siguiente semestre.

17 Véase la <http://www.ipex.eu/ipex>.

formación necesaria que permita a los parlamentos evaluar el alcance de las propuestas.¹⁸

Por lo que respecta a la COSAC, señala que la misma podrá dirigir al PE, al Consejo y a la Comisión cualquier contribución que juzgue conveniente; que fomentará el intercambio de información y prácticas idóneas entre los parlamentos nacionales y el PE y entre sus comisiones especializadas; y que podrá organizar conferencias interparlamentarias sobre temas concretos, al margen de su tradicional reunión semestral. Pero en realidad apenas aporta novedades con respecto a lo ya previsto en Ámsterdam. Además, de nuevo se vuelve a recalcar que «las aportaciones de la Conferencia no vincularán a los parlamentos nacionales ni prejuzgarán su posición».¹⁹

La cooperación interparlamentaria en el caso español ha sido particularmente débil, si bien ha recibido un cierto impulso tras asumir la presidencia de la Unión durante el primer semestre de 2010.²⁰ Las Cortes españolas han sido uno de los últimos parlamentos en disponer de una representación permanente en Bruselas,²¹ lo que ha conllevado a su vez una presencia limitada de España en otros foros, como demuestra el hecho de que fuera el único parlamento en no enviar representación al grupo de trabajo sobre el control del principio de subsidiariedad creado en el seno de la COSAC.

Más positiva desde el punto de vista de la colaboración interparlamentaria ha sido la puesta en práctica del modelo de trío de presidencias a partir del acuerdo de colaboración adoptado el 5 de noviembre de 2008 por parte los representantes de los parlamentos español, belga y húngaro, que

18 Sobre esta cuestión, véase Auel, K. «Democratic accountability and national parliaments: redefining the impact of parliamentary scrutiny in EU affairs», en *European Law Journal*, vol. 13, 2007, p. 487-504, en especial p. 489 y s.

19 Véase el art. 10 del Protocolo.

20 El 1 de enero de 2010, España asumió la presidencia de turno de la UE. El país que ejerce la presidencia tiene como principal tarea organizar y dirigir durante un semestre los trabajos del Consejo de la Unión Europea, donde están representados los estados miembros. En la práctica implica que hasta el 30 de junio de ese año, los representantes españoles en el Consejo y sus órganos subsidiarios (comités y grupos de trabajo) habrán sido los responsables de fijar el orden del día y de presidir las aproximadamente 3.000 reuniones que hayan tenido lugar en Bruselas y Luxemburgo, y las 300 que se celebraron en España.

21 El presidente de la Comisión Mixta solicitó que se decidiera de forma inmediata contar con esta representación antes del inicio de la presidencia, petición que fue aceptada por la Mesa del Congreso, y que ya había sido objeto de una pregunta parlamentaria que ponía en evidencia esta carencia. *Diario de las Cortes Generales*, 25 de noviembre de 2008, núm. 28, p. 22.

asumirán consecutivamente durante este período de tiempo dicha función. Este mecanismo de colaboración se puso en marcha por la presidencia alemana de 2007 para hacer frente al corto plazo de seis meses de cada presidencia y tiene como misión principal elaborar un programa de trabajo que abarque las tres presidencias –es decir, tres semestres– y en el que se integre el programa concreto de cada una de ellas, con una agenda común.²² Además, el acta final del Tratado de Lisboa formalizó este procedimiento con unas nuevas reglas que entraron en vigor en 2010, al empezar a ejercer sus funciones el trío formado por España, Bélgica y Hungría.

2 · El Protocolo sobre la aplicación del los principios de subsidiariedad y proporcionalidad

La introducción del principio de subsidiariedad en los tratados no es una novedad del Tratado de Lisboa. El Tratado de Ámsterdam añadió un protocolo destinado a regular la aplicación del principio de subsidiariedad y, por otra parte, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión ya habían adoptado en 1993 un acuerdo institucional sobre esta misma materia. En el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa también se regulaba este principio en el apartado tercero del artículo I.XI, que versaba sobre los principios fundamentales en materia de competencias de la Unión y lo hacía literalmente en los mismos términos en los que el nuevo artículo 5.3 del Tratado de la Unión Europea lo recoge actualmente.

El artículo 5.3 del Tratado de la Unión, en la redacción proporcionada por el Tratado de Lisboa, recoge en los siguientes términos el principio de subsidiariedad: «en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso

22 Jurídicamente se apoya en el artículo 2.4 del Reglamento interno del Consejo, que establece lo siguiente: «Cada 18 meses, las tres presidencias que vayan a ejercer prepararán, en estrecha cooperación con la Comisión y una vez realizadas las consultas adecuadas, un proyecto de programa de actividades del Consejo para ese período». Finalmente, el acta final del Tratado de Lisboa pretende formalizar este procedimiento de forma que la presidencia rotatoria del Consejo tenga un plazo de 18 meses compartida por un trío de los estados miembros, con el fin de proporcionar mayor continuidad. La excepción a esta regla sería la presidencia del Consejo de Asuntos Exteriores, que corresponde en cualquier caso al recién creado puesto de Alto Representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad.

de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión».

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Por su parte los parlamentos nacionales velarán por el respeto de dicho principio con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo.

Corresponde a la Unión conforme al artículo 5 de este Protocolo una motivación de los proyectos de actos legislativos en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Esta motivación se concretará en una ficha que deberá incluirse en todo proyecto de acto legislativo y que aportará los elementos necesarios que permitan evaluar el impacto financiero y, cuando se trate de una directiva, sus efectos en la normativa que han de desarrollar los estados miembros, incluida, cuando proceda, la legislación regional. Las razones que justifiquen la conclusión de que un objetivo de la Unión puede alcanzarse mejor en su nivel se sustentarán en indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos. Los proyectos de actos legislativos tendrán debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Unión, los gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales, los agentes económicos o los ciudadanos, sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar.

Pero una de las novedades más interesantes recogida en el Protocolo núm. 2 del Tratado de Lisboa sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad son las modificaciones introducidas en el artículo 7.3 del Protocolo sobre subsidiariedad y proporcionalidad en el denominado «sistema de alerta temprana». El sistema de alerta temprana nació como un nuevo mecanismo político para el control del principio de subsidiariedad previsto en el Protocolo sobre subsidiariedad anexo al Tratado por el que se establece una nueva Constitución para Europa diseñado en el grupo de trabajo I de la Convención Europea (CONV 286/02), dirigido por el eurodiputado español Iñigo Méndez de Vigo, con el objetivo de aumentar el grado de implicación de los parlamentos nacionales en los procesos de toma de decisiones comunitarios y abierto en la Conferencia Intergubernamental a la participación de los parlamentos regionales. Esta propuesta consiguió rechazar la idea de otro grupo de crear un órgano nuevo *ad hoc*. De los

trabajos de esta Convención deriva el Protocolo 2 anejo al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, y en el que se recoge, derivado de lo establecido en los anteriores protocolos anejos a los anteriores tratados (Ámsterdam y Maastricht), el interés por aumentar el papel de los parlamentos nacionales en el ámbito comunitario, y el sistema de alerta temprana.²³

Se trata de un mecanismo original que asocia por primera vez a los parlamentos nacionales de forma directa en el proceso decisorio, otorgándoles una función específica en el marco del control del principio de subsidiariedad.²⁴ Se trata de un control que se lleva a cabo con anterioridad a la adopción de una decisión por parte de los parlamentos nacionales, sin afectar a las negociaciones que se llevan a cabo sobre el contenido de una propuesta y sin introducir nuevos órganos que compliquen el organigrama institucional. Y obviamente, tampoco pone en duda el carácter jurídico del principio de subsidiariedad y la posibilidad de acudir al TJCE para que resuelva posibles diferencias entre la posición de las instituciones legislativas de la UE y los parlamentos nacionales.²⁵

Mediante este sistema, los parlamentos nacionales, a los que previamente las instituciones europeas les han remitido los proyectos de iniciativas legislativas, pueden, si lo desean, elaborar un dictamen motivado que exponga las razones por las que considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad. El dictamen deberá ser remitido a la institución autora en el plazo de ocho semanas.²⁶ Dichos dictámenes serán en cualquier caso tenidos en cuenta por las instituciones comunitarias, pero en el caso de que el número de dictámenes de parlamentos nacionales sobre una misma

23 Véase Alvarez Conde, E. y Lopez de los Mozos, A. E. «Los parlamentos nacionales y la Unión Europea: el mecanismo de alerta temprana», en *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 65, 2006, p. 149-188. También Ares Castro-Conde, C. «El sistema de alerta temprana para el control del principio de subsidiariedad en la Unión Europea y los parlamentos autonómicos: diagnosis y prognosis», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 136, p. 213-250.

24 Sobre esta cuestión, véase Laso Pérez, J. «Parlamentos nacionales y control de subsidiariedad», en Aldecoa Luzárraga, F. N. González Alonso, L. N. y Guzmán Zapater, M. (coord.) *La Presidencia de la Unión Europea en 2010: propuestas para una agenda ambiciosa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, p. 83-97.

25 Podría decirse que con este mecanismo se fortalece el vínculo entre ambos mecanismos puesto que se invita a la presentación de un dictamen motivado con carácter previo con el objeto de reforzar las argumentaciones ante un posible recurso ante el TJCE.

26 Si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en un grupo de estados miembros, el presidente del Consejo transmitirá el dictamen a los gobiernos de esos estados miembros.

iniciativa supere un determinado umbral, la institución europea autora tiene la obligación de volver a examinar la iniciativa. Tras este estudio, la institución que haya impulsado el proyecto podrá decidir, de forma motivada, si lo mantiene, lo modifica o lo retira.

Ahora bien, los matices que realmente suponen un auténtico control de los parlamentos nacionales en el funcionamiento legislativo de la Unión se incluyen a partir de los artículos 7 y siguientes del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En ellos se contiene el procedimiento que inicia la posibilidad de bloqueo de la iniciativa, posibilidad no contemplada con anterioridad.²⁷

A los efectos del cómputo general, cada parlamento nacional tendrá dos votos (artículo 7.1), atribuyéndose uno a cada una de las cámaras si se trata de un sistema bicameral. En el caso español al final se ha optado por darle los dos votos a la Comisión Mixta Congreso-Senado. Cuando los dictámenes contrarios a la propuesta de acto legislativo representen «al menos un tercio del total de votos atribuidos a los Parlamentos nacionales... el proyecto deberá volverse a estudiar», reduciéndose el umbral a un cuarto si se trata de un acto enmarcado en el espacio de libertad, seguridad y justicia (artículo 76 del nuevo TFUE). La propuesta, en caso de cumplirse ese tercio de dictámenes negativos, no implica un rechazo o, al menos, una modificación directa del proyecto, sino que, de acuerdo con el artículo 7.2 *in fine*, la institución de la que emanó (o grupo de estados miembros, en su caso), puede decidir, como tercera opción (aparte del rechazo o la modificación), su mantenimiento.²⁸

Con estas previsiones, el Tratado de Lisboa ha sido más generoso con los parlamentos nacionales en este punto que el Tratado constitucional, in-

Si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones, el Presidente del Consejo transmitirá el dictamen a la institución u órgano de que se trate.

27 El sistema de alerta temprana tal y como se recogía en el Protocolo sobre subsidiariedad del Tratado constitucional para Europa (art. I.11) contenía limitaciones temporales, ausencia de capacidad parlamentaria para obligar a la Comisión Europea a modificar o retirar su propuesta o el hecho de que no se concediera a los parlamentos de los estados miembros el derecho de apelar al Tribunal de Justicia de la UE *a posteriori* si consideran que un acto legislativo europeo contraviene el principio de subsidiariedad.

28 Es lo que ha sido calificado como mera tarjeta amarilla y no roja a las propuestas legislativas de la Unión, cuestión que fue especialmente criticada en su día por los Países Bajos, los mayores defensores de un mecanismo más reforzado de control, al considerarla claramente insuficiente.

corporando nuevas «posibilidades» de marcha atrás en las propuestas legislativas²⁹ que sí permiten un bloqueo definitivo en el marco del procedimiento legislativo ordinario: cuando los dictámenes negativos de los parlamentos nacionales representen al menos la mayoría simple de los votos atribuidos a éstos,³⁰ la propuesta se estudiará de nuevo y, aunque todavía puede la Comisión mantenerla (además de modificarla o retirarla), en el caso de que así lo haga son mayores las trabas que se le ponen, pues además de justificar el porqué de su negativa mediante un dictamen motivado («la tarjeta naranja»), tanto éste como los emitidos en su día por los parlamentos nacionales se transmitirán al Consejo o Parlamento Europeo, según corresponda, con la finalidad de que antes de que concluya la primera lectura se estudie (una vez más, pero ya en otro ámbito) la compatibilidad de la propuesta con el principio de subsidiariedad. Si se obtiene una mayoría de 55% de los miembros del Consejo o mayoría de los votos emitidos en el Parlamento Europeo (mayorías, pues, no imposibles de conseguir), se consideraría que la propuesta es contraria al principio y entonces se desestimaría.

Las críticas a este mecanismo se basan principalmente en que la Comisión pierde el control sobre sus iniciativas legislativas, que es considerado por muchos uno de los poderes más relevantes en el ámbito del equilibrio institucional previsto en los tratados,³¹ si bien éste podría seguir manifestándose en último término en la retirada de la iniciativa.

29 Apartado 3 del artículo 7 del Protocolo núm. 2, inexistente en el protocolo equivalente del Tratado constitucional.

30 Como cada parlamento tiene dos votos, con las cifras actuales de estados miembros serían necesarios 28 votos.

31 Críticos con este procedimiento se muestran Méndez de Vigo, I. «El Tratado de Lisboa: epílogo de los años que vivimos peligrosamente», en I. Méndez de Vigo (dir.) *¿Qué fue de la Constitución Europea? El Tratado de Lisboa: un camino hacia el futuro*, Madrid, CEU, Instituto Universitario de Estudios Europeos, 2007, p. 321-341. En su opinión, «el consenso se basaba en que los Parlamentos nacionales estaban facultados para alertar a la Comisión sobre una propuesta de ésta que en su opinión vulnerara el principio de subsidiariedad y sacarle por tanto una tarjeta amarilla, pero no tenía capacidad para mostrarle la tarjeta roja. O lo que es lo mismo, la Comisión tenía la última palabra sobre la propuesta en discusión», p. 335. La misma opinión crítica mantiene Martín y Pérez Nanclares, J. «La nueva regulación del régimen competencial en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control del principio de subsidiariedad», en Martín y Pérez de Nanclares, J. (coord.) *El Tratado de Lisboa: la salida a la crisis constitucional*, Madrid, IUS-TEL, 2008, p. 273-294. Para este último autor, la introducción del art. 7.3 en el Protocolo altera de raíz el equilibrio que se había conseguido con el Tratado constitucional, p. 286.

El nuevo artículo 7.3 añadido por el Tratado de Lisboa lo que hace en realidad es complementar los mecanismos existentes hasta ahora, estableciendo un sistema de varios grados o niveles, con consecuencias jurídicas diferenciadas en función del número de parlamentos nacionales o cámaras que hayan enviado un dictamen motivado.³² Cuando se cumplen las condiciones señaladas, la consecuencia inmediata es que la Comisión deberá adoptar un dictamen motivado en el que desarrolle sus argumentos relativos al principio de subsidiariedad; esta obligación formal no se encontraba prevista en el mecanismo de tarjeta amarilla, donde sólo tenía que explicar su posición. A partir de este momento, la Comisión deberá transmitir el conjunto de dictámenes adoptados por los parlamentos nacionales y por la propia Comisión con los puntos de vista contrarios y argumentados a las dos ramas del procedimiento legislativo comunitario –el Consejo y el Parlamento Europeo–, que a su vez tendrán que desarrollar su propia argumentación sobre el principio de subsidiariedad tomando como base de sus reflexiones los documentos recibidos y actuando como árbitros del conflicto

El hecho de que las instituciones discutan de forma aislada e independiente el respeto de las condiciones de la aplicación de la subsidiariedad de los aspectos relativos al fondo de la propuesta sí que supone también una novedad importante, puesto que evita que la discusión sobre la subsidiariedad se diluya en cuestiones más de fondo de la propuesta.

Los parlamentos nacionales guardan, asimismo, otra llave en el control del principio de subsidiariedad, en cuanto el artículo 8 del Protocolo núm. 2 les permite, aunque de manera indirecta, interponer un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia (artículo 263 TFUE) por una violación del principio que llevase a cabo un acto legislativo (será el gobierno del estado el que puede interponerlo «de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su Parlamento nacional o de una cámara del mismo»).³³ La inclusión de este sistema de control, que se ha vendido a la opinión pública

³² Véase Laso Pérez, J. *op. cit.*, p. 91.

³³ Esta es la opinión de S. Petschen, quien considera el papel que se otorga a los parlamentos nacionales un «dardo envenenado», pues «en el ámbito de la UE, los parlamentos nacionales son instrumentos de los Estados, no de los ciudadanos europeos, que tienen su propio Parlamento Europeo» (Petschen, S. «El mandato para el Tratado de Reforma: la consolidación definitiva de la Europa del *establishment* político de los Estados», en *ARI*, Real Instituto Elcano, núm. 99, 2007). La misma opinión negativa se desprende de las conclusiones incluidas en el informe sobre la crisis constitucional profundizando en la integración europea. Rodríguez Iglesias, G. C.; Powell, C. T. y Torreblanca, J. I. *Informe*

no sólo con el argumento de que beneficia la integridad del principio, sino con el de que potencia la vieja aspiración de acercamiento de la Unión al ciudadano, en este caso, a través de los parlamentos por ellos elegidos en sus respectivos estados, no ha sido objeto de una interpretación única, pues hay quien ha mostrado su disconformidad con esta intromisión de los parlamentos nacionales, convencido de que, en realidad, implica recuperar para los estados parte del control que en su día éstos aceptaron transferir a la Unión.

A esta crítica podría unirse, además, otra de naturaleza más pragmática: la compleja implantación del sistema incidirá probablemente (aun más) en la sobrecarga burocrática y la lentitud administrativa que, de por sí, parecen ser la tónica en muchos parlamentos e, incluso, en el seno de la Unión.³⁴ Por otro lado, ésta lleva años respetando el principio de subsidiariedad sin necesidad de este tipo de mecanismos, por lo que para algunos el control añadido es innecesario.³⁵

V • Las nuevas funciones de la Comisión Mixta Congreso-Senado para Asuntos Europeos

La Comisión Mixta para la Unión Europea se crea por ley como órgano especializado en asuntos europeos de las Cortes Generales.³⁶ Ha sido la Ley 24/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, de 19 de

del Real Instituto Elcano, núm. 9, junio 2007, p. 95. Ambos disponibles en <http://www.realinstitutoelcano.org/publicaciones/>.

34 Es más, la precisión del artículo 8 del Protocolo núm. 1 (cuando el sistema parlamentario no sea unicameral, todo el proceso analizado se aplicará a las dos cámaras que lo compongan) implicará mayores complicaciones administrativas para los parlamentos bicamerales, en los que la información deberá presentarse ante dos instancias.

35 Díez-Hochleitner, J. «El sistema competencial de la UE en el proyecto de Constitución elaborado por la Convención Europea», en *El Proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 254. Algo similar apunta Petschen, S. *La Constitución Europea: una visión desde la perspectiva del poder*, Plaza y Valdés, México, 2005 y por la Universidad Complutense de Madrid, p. 112.

36 La Comisión Mixta está compuesta por 19 senadores y 24 diputados. La presidencia de la Comisión corresponde legalmente al presidente de las Cortes, si bien la tradición parlamentaria ha supuesto que el presidente de las Cortes delegue esta facultad en un diputado del principal grupo de la oposición. En la actualidad, la presidencia es ejercida por Miguel Arias Cañete, diputado por Madrid del Grupo Parlamentario Popular.

mayo, la encargada de regular la Comisión Mixta para la Unión Europea y adaptarla al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

El objeto de la Comisión es garantizar una participación adecuada de las Cortes Generales en las propuestas legislativas elaboradas por la Comisión Europea y disponer de la más amplia información sobre las actividades de la UE. Con tal fin, la Comisión se reúne con carácter periódico para controlar la acción del Gobierno en materia europea. Para ello, la Comisión cuenta con una serie de instrumentos parlamentarios, como son: las comparecencias de los ministros y altos cargos de la Administración; las comparecencias de expertos; el debate y aprobación de proposiciones no de ley por las que se insta al Gobierno a realizar alguna acción en el ámbito europeo; la constitución de ponencias y grupos de trabajo para el estudio de asuntos concretos relacionados con la Unión Europea y la política comunitaria del Gobierno (estas ponencias y grupos de trabajo elaboran un informe tras las oportunas sesiones de comparecencias de autoridades y expertos en la materia), y el mantenimiento de relaciones con comisiones homólogas en los demás estados miembros de la Unión Europea, principalmente en el seno de la COSAC.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Ley 24/2009 amplía la relación de competencias de la citada Comisión Mixta, incorporando las conferidas a los parlamentos nacionales por el Tratado de Lisboa. Resumidamente:

– La Ley atribuye a la Comisión Mixta la potestad de emitir en nombre de las Cortes Generales esos dictámenes motivados sobre la vulneración del principio de subsidiariedad, sin perjuicio de que los plenos del Congreso de los Diputados y del Senado puedan avocar el debate y la votación del dictamen elaborado por la Comisión Mixta para la Unión Europea en los términos en que prevean los respectivos reglamentos de las cámaras.

– Por otra parte, la Ley acoge la posibilidad prevista en el Protocolo anejo al Tratado de Lisboa consistente en que los parlamentos nacionales puedan consultar a los parlamentos regionales que posean competencias legislativas. Esta posibilidad se articula de forma general mediante la remisión a los parlamentos de las comunidades autónomas de todas las iniciativas legislativas europeas, tan pronto se reciban, sin prejuzgar la existencia de competencias autonómicas afectadas. Dichos parlamentos disponen de un plazo de cuatro semanas para que su dictamen pueda ser tenido en cuenta por la Comisión Mixta, la cual, si aprobase un dictamen motivado sobre la vulneración del principio de subsidiariedad por un proyecto de

acto legislativo de la Unión Europea, deberá incorporar la relación de los dictámenes remitidos por los parlamentos de las comunidades autónomas y las referencias necesarias para su consulta.

– También se confiere a la Comisión Mixta para la Unión Europea la potestad de solicitar del Gobierno la interposición ante el Tribunal de Justicia de un recurso de anulación contra un acto legislativo europeo por infracción del principio de subsidiariedad, potestad que deberá ejercer en el plazo máximo de seis semanas desde la publicación oficial del acto legislativo europeo. No obstante, el Gobierno podrá descartar, de forma motivada, la interposición del recurso de anulación solicitado por alguna de las cámaras o por la Comisión Mixta para la Unión Europea, decisión que deberá justificarse mediante la comparecencia del Gobierno ante la Comisión Mixta para la Unión Europea, cuando ésta así lo solicite.

– Otros procedimientos de participación de los parlamentos nacionales en los actos de la Unión Europea previstos por el Tratado de Lisboa son los de oposición a determinadas iniciativas que puede tomar el Consejo Europeo de modificación de las reglas sobre mayorías y procedimientos para aprobar actos legislativos, lo que se ha denominado *revisión simplificada de los tratados*. En estos casos, la oposición de un solo parlamento impide que pueda tener efecto la decisión del Consejo Europeo. En el caso de las Cortes Generales, la proposición establece que corresponderá adoptar ese acuerdo a los plenos del Congreso de los Diputados y del Senado, a propuesta de la Comisión Mixta para la Unión Europea.

– Finalmente, la Ley encomienda con carácter general a la Comisión Mixta para la Unión Europea las funciones que el Tratado de Lisboa atribuye a los parlamentos nacionales en relación con la evaluación de las actividades de Eurojust y la supervisión política de Europol, si bien deja abierta la posibilidad de que también puedan intervenir en estas materias las comisiones legislativas competentes de cada cámara.

VI • Conclusiones

Las acciones impulsadas desde el nivel europeo para potenciar la participación de los parlamentos nacionales son sin duda merecedoras de elogios, pero no puede olvidarse que pueden llegar a ser incluso más relevantes las acciones que llevan y que se apoyan desde el nivel nacional –y regional– para paliar en parte la pérdida de competencias que han sufrido y articular

mejor un control de su respectivo gobierno. En último término, la mayor o menor eficacia de las previsiones establecidas a nivel europeo para integrar a los parlamentos nacionales en el proceso de integración dependerá de cada estado, de su organización y prácticas constitucionales. Algunos estados han establecido mecanismos ambiciosos de control, como Dinamarca, Holanda o Reino Unido y, más recientemente, Alemania, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la constitucionalidad del Tratado de Lisboa; otros han realizado cambios meramente formales; y todos han optado por la creación de comisiones parlamentarias para el seguimiento de los asuntos europeos, cuyo funcionamiento también está vinculado a la organización y cultura parlamentaria de cada estado.

Sin embargo, modelos como el danés o el británico no serían extrapolables a otros estados miembros y tampoco sería posible establecer un mismo modelo de control para todos, ya que cada estado miembro tiene sus propias tradiciones constitucionales y prácticas parlamentarias. Finalmente, son los propios parlamentos los que tienen que establecer los mecanismos de control y hasta ahora no se han producido autónomamente mecanismos equiparables a los señalados. Además, se aprecia en ciertos parlamentos una falta de voluntad de controlar seriamente la actuación en materia europea de sus gobiernos.

En la actualidad, la COSAC lidera un debate a nivel europeo sobre la mejora de la calidad de la participación de los parlamentos en la política europea. En este sentido se puede constatar que la UE se ha convertido en una parte integral de la política doméstica y que Europa forma más que nunca parte del debate parlamentario. A pesar de la profesionalización del trabajo en los parlamentos en asuntos europeos, se verifica también una limitación a la hora de ejercer su función de control del gobierno en negociaciones altamente técnicas a nivel europeo y por el acceso limitado a las negociaciones en el Consejo y en el Consejo Europeo.

El que las nuevas disposiciones sobre los parlamentos nacionales sean un paso adelante en la mejora de la «legitimidad democrática» de la UE, o el que puedan convertirse en un obstáculo para la toma de decisiones de la UE, dependerá del proceso de aplicación del Tratado, en particular del uso de los procedimientos de las tarjetas «amarilla» y «naranja» para garantizar el respeto al principio de subsidiariedad.

Bibliografía

- ALVAREZ CONDE, E.; A.E. LOPEZ DE LOS MOZOS. «Los Parlamentos nacionales y la Unión Europea: el mecanismo de alerta temprana», *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 65, 2006.
- ARES CASTRO-CONDE, C. «El sistema de alerta temprana para el control del principio de subsidiariedad en la unión europea y los parlamentos autonómicos: diagnosis y prognosis», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 136.
- AUEL, K. «Democratic accountability and nacional parliaments: redefining the impact of parliamentary scrutiny in EU affairs», en *European Law Journal*, vol. 13, 2007.
- DÍEZ-HOCHLEITNER, J. «El sistema competencial de la UE en el proyecto de Constitución elaborado por la Convención Europea», en *El Proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- LASO PÉREZ, J. «Parlamentos nacionales y control de subsidiariedad», en F. Aldecoa Luzárraga, L.N. Gonzalez Alonso, y M. Guzmán Zapater (coords.) *La Presidencia de la Unión Europea en 2010: propuestas para una agenda ambiciosa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009.
- MARTIN Y PEREZ NANCLARES, J. «La nueva regulación del régimen competencial en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control del principio de subsidiariedad», en J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.) *El Tratado de Lisboa: la salida a la crisis constitucional*, Madrid, IUSTEL, 2008.
- MATIA PORTILLA, F.J. «Parlamento Europeo y Parlamentos Nacionales. Doble legitimidad en el marco de la UE», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 19, 2003.
- MÉNDEZ DE VIGO, I. «El Tratado de Lisboa: epílogo de los años que vivimos peligrosamente», en I. Méndez de Vigo (dir.) *¿Qué fue de la Constitución Europea? El Tratado de Lisboa: un camino hacia el futuro*, Madrid, CEU, Instituto Universitario de Estudios Europeos, 2007.
- PETSCHEN, S. «El mandato para el Tratado de Reforma: la consolidación definitiva de la Europa del establishment político de los Estados», en *ARI, Real Instituto Elcano*, núm 99, 2007. <http://www.realinstitutoelcano.org/publicaciones/>.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.; C. T. POWELL; J. I. TORREBLANCA (coords.)
«Superar la crisis constitucional profundizando en la integración europea. Cuatro propuestas», *Informes Elcano*, núm. 9, junio 2007. <http://www.realinstitutoelcano.org/publicaciones/>.

Los estados territorial o políticamente descentralizados, los conocidos como estados compuestos (o las organizaciones que, aun sin ser estatales, presentan características propias de éstas, como es el caso de la Unión Europea) son, por regla general, también sistemas jurídico-políticos complejos, en la medida en que va en su naturaleza la necesidad de encontrar y mantener equilibrios, de carácter competencial, financiero e institucional, entre todas las partes integrantes de los mismos.

Esta obra colectiva se centra, en concreto, en el estudio de algunas de las evoluciones y reformas de las relaciones interterritoriales en una serie de sistemas políticos compuestos de nuestro entorno como son Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Italia, la propia España y la Unión Europea. La diversidad de las cuestiones tratadas y de los planteamientos expuestos son fruto de las investigaciones que han llevado a cabo sus autores en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2009-14235) que lleva por título "Las reformas de los sistemas descentralizados". Además, los resultados de esas investigaciones fueron presentados en dos seminarios que tuvieron lugar en Barcelona y Zaragoza sobre la cooperación en estados territorialmente descentralizados.

En la edición de este volumen colaboran la Fundación Giménez Abad, el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Institut d'Estudis Autonòmics de la Generalitat de Catalunya.

ISBN: 978-84-393-9022-0

