

## LA PARTICIPACIÓN DE LOS LÄNDER ALEMANES EN LAS DECISIONES DE LA UNIÓN EUROPEA <sup>1</sup>

GEORG RESS \*

### INTRODUCCIÓN. LA AMENAZA AL FEDERALISMO INTERNO ESTATAL A CAUSA DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

La estructura federal de la República Federal de Alemania (art. 20, 1 de la L.F.) no solamente está profundamente arraigada en la conciencia del pueblo alemán, sino también es una de las normas basales de esa Ley Fundamental, que, en virtud de la «cláusula de perennidad» del Art. 73,3 de la L.F. están sustraídas a toda posible revisión constitucional. Por consiguiente, no puede ser eliminada por el *pouvoir constitué*. La transformación de Alemania en un Estado centralizado o la eliminación de los Estados miembros por cualquier otra vía, podría alcanzarse solamente a través del *pouvoir constituant* mediante una nueva constitución. Esta limitación es igualmente aplicable a la inserción de Alemania en una Europa Unida. La base constitucional para esa integración en Europa es el Art. 23 L.F. cuyo número 1, párraf. 3 limita expresamente la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea en virtud del art. 79, 3 con su «cláusula de perennidad».

---

<sup>1</sup> Agradezco la colaboración de Sr. Dieter Lang por su ayuda en la elaboración de esta conferencia. Mi reconocimiento también a la Señora Abogada Liliana De Feudis y Señora Wicki Baumeister por la traducción del documento.

\* Director del Europa-Institut. Universidad del Sarre. Alemania.

La L.F. parte de la noción de *federalismo cooperativo*<sup>2</sup> por el cual atribuye a los Länder competencias propias, las llamadas *competencias exclusivas*. En estas competencias exclusivas de los Länder, por principio, le está vedado inmiscuirse al Estado global (al que también se le denomina «Bund»). De conformidad con el art. 30 L.F., pertenece básicamente a los Länder el ejercicio de todas las competencias y funciones de naturaleza estatal, salvo que la propia constitución haya dispuesto otra cosa. De hecho, la Ley Fundamental atribuye al Bund la mayor parte de las competencias de carácter legislativo<sup>3</sup>. El art. 32,1 L.F. tiene una importancia capital en la regulación de las relaciones de los Estados miembros con la Unión Europea, ya que encomienda a la competencia exclusiva del Bund las «relaciones con Estados Extranjeros». El art. 32,3 L.F. capacita a los Länder para que, con la aprobación del Bund, puedan concluir tratados internacionales con Estados extranjeros. Pero la referida norma no establece una competencia propia de los Länder<sup>4</sup>, sino que, por el contrario, hay que partir de la idea de que se trata de una delegación en sentido no técnico de las competencias del Bund<sup>5</sup>. Aunque el Tribunal Constitucional Federal califica a los Estados miembros de «Estados»<sup>6</sup>, no se trata de Estados soberanos en el sentido del Derecho internacional. Más bien, en esta perspectiva, se trata de una categorización constitucional puramente interna<sup>7</sup>. Conforme a ello los Länder no son

<sup>2</sup> Comparar *Sachs*, en: *Sachs, Grundgesetz*, art. 20, marginal 37; *Erbguth*, en: *Sachs, Grundgesetz*, art. 30, marginal 29; *Stern, Staatsrecht I*, pag. 748; *G. Kisker*, *Kooperation im Bundesstaat*, 1971, pag. 1; *K.E. Gebauer*, *Interessenregelung im föderalistischen System*, en: *Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit 1995 (Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag)*, pag. 67.

<sup>3</sup> *Erbguth*, en *Sachs, Grundgesetz*, art. 20, marginal 29; *H. Eicher*, *Der Machtverlust der Länderparlamente*, 1988, pag. 131.

<sup>4</sup> BVerfGE 2, 347, 379; comparar *Streinz*, en: *Sachs, Grundgesetz*, art. 32, marginal 53.

<sup>5</sup> Otra opinión p. ej. *Steinberger*, en *J. Isensee, P. Kirchhof (Editor) Manual del Derecho del Estado*, Vol. II; paragraf 173, marginal 27; *Streinz*, en *Sachs, Grundgesetz*, art. 32, marginal 6; *Maunz*, en *Maunz-Dürig, Kommentar z. GG*, art. 32, marginal 46 y ss. quien constata las competencias originales de los Länder en la política exterior.

<sup>6</sup> Jurisprudencia constante desde BVerfGE 1, 14, 34; 34, 9, 19; comparar *Erbguth*, en: *Sachs, Grundgesetz*, art. 30 marginal 2 y ss; *H. Stern, Staatsrecht I*, pag. 667.

<sup>7</sup> BVerfGE 34, 216, *Erbguth* en *Sachs, Grundgesetz* art. 30 marginal 4 y sigs; *Kirchhof* en *Handbuch der Staatsrechts*, vol. III paragraf. 59, marg. 20.

parte en los tratados de la Unión Europea, sino exclusivamente Alemania como tal.

La Ley Fundamental prevé esta posibilidad de transferir derechos soberanos a organizaciones internacionales, sin que en esa transferencia queden excluidas las competencias exclusivas atribuidas a los Länder. El art. 24 L.F., en su antigua redacción, ofrecía una amplia base constitucional para la transferencia de derechos de soberanía a organizaciones internacionales. En conexión con la ratificación del Tratado de Maastricht fue organizada a través del art. 23 una autorización especial constitucional respecto de la integración de Alemania en la Unión Europea.

La progresiva integración de Alemania tuvo como consecuencia necesaria que de una manera creciente fueran transferidas a las Comunidades Europeas derechos de soberanía que pertenecen a las competencias exclusivas de los Länder<sup>8</sup>. Siempre que no sean rebasados los límites de la «cláusula de perennidad» del art. 79,3 en relación con el art. 23,1,3 de la L.F., barrera a ese proceso de erosión son únicamente los principios constitucionales generales que regulan las relaciones entre el Bund y los Länder<sup>9</sup>. La condición de Estado federal presupone el principio fundamental de «lealtad federal» (*Bundestreue*)<sup>10</sup>. Este principio obliga al Bund y a los Länder a tomarse en cuenta recíprocamente en el ejercicio de sus respectivas competencias. Por consiguiente, el Bund en el ejercicio de sus competencias en el ámbito de la integración europea está obligado a respetar los intereses de los Länder<sup>11</sup>. Cómo deba esto llevarse a cabo y qué oportunidades se le ofrecen a los Länder de garantizar sus derechos así establecidos, es tema central del debate científico y político acerca de las perspectivas del federalismo alemán en la Unión Europea<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Comparar p. ej. *Erbgut*, en *Sachs, Grundgesetz*, art. 30, marginal 29.

<sup>9</sup> *Erbgut*, en *Sachs Grundgesetz*, art. 30, marginal 29; *H. Eicher, Der Machtverlust der Landesparlamente*, 1988, pag. 131.

<sup>10</sup> Desde 1871 fue reconocido el principio de colaboración (federal). jurisp. permanente, del BVerfGE 34, 216, 323; ver *Sachs*, en: *Sachs, Grundgesetz*, art. 20, marginal 45; *Bayer, Die Bundestreue*, 1961.

<sup>11</sup> Comparar, p. ej. *Streinz* en *Sachs, Grundgesetz*, art. 32, marginal 38.

<sup>12</sup> Especialmente pag. BVerfGE 92, 203 de la directiva sobre televisión; comparar la bibliografía p. ej. *Bleckmann*, en: *A. Bleckmann, Europarecht*, edi-

La Ley Fundamental ofrece muy escasa ayuda a los Länder en ese proceso. La transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea exige una ratificación interna mediante ley <sup>13</sup>. Ésta es promulgada por el Bundestag. Cuando en ella se afectan competencias exclusivas de los Estados miembros es necesaria la aceptación del Bundesrat <sup>14</sup>. El Bundesrat es un órgano federal que participa en el proceso legislativo, está compuesto por representantes de los Länder y decide por mayoría <sup>15</sup>. Este mecanismo, sin embargo, tiene que fracasar cuando los derechos soberanos, que hayan sido ya transferidos, son interpretados y aplicados por los órganos comunitarios de modo extensivo y en perjuicio de los Estados miembros. Esto rige naturalmente con tanta mayor razón cuando una norma como la del art. 235 TCE, pertenece al paquete de los derechos soberanos ya transferidos. Dicho mecanismo permite a la Comunidad la adopción, en determinadas condiciones, de medidas que no están expresamente previstas en el Tratado de la Comunidad Europea. Lo cual no otorga a la Comunidad ningún poder en blanco, pero le permite, en cambio, una ampliación de las competencias expresamente transferidas <sup>16</sup>.

Con el fin de evitar que cualquier acto de integración fracase ante el veto del Bundesrat, esta evolución debe ser tomada en cuenta, y, a pesar de todo, la protección en favor de los Länder sigue siendo muy

---

ción 6. 1997, pág. 12; comparar también los informes de *M. Hilf, T. Stein, M. Schweitzer* y *D. Schindler* VVDstRL (publicaciones de la asociación de los profesores alemanes de Derecho Político) Volúmen 53; *G.B. Oschatz/H. Risse*, Die Bundesregierung an der Kette der Länder?-Zur europapolitischen Mitwirkung des Bundesrates und *G. Ress*, Le traité de Maastricht et la position des Länder de la R.F.A., *Revue Française de Droit constitutionnel*, XI, 1995; *derpag.*, Die Europäischen Gemeinschaften und der deutsche Föderalismus, *EuGRZ*, 1987, pag 549; *derpag.*, La Ley alemana de ratificación del Acta Unica Europea: un paso hasta la «federalización» de la política europea, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*, 1988, pag. 927; *derpag.*, La participation des Laender allemands á l'intégration européenne, *Revue française de Droit constitutionnel*, 1993, pag. 657.

<sup>13</sup> art. 23 pag. 1 pag. 2 ss.

<sup>14</sup> art. 23 pag. 4 und pag. 5 ss.

<sup>15</sup> art. 50 ss.

<sup>16</sup> EuGH en relación con asunto 188-190/80 —Frankreich/Kommission—, Slg. 1982, 2545, 2573 und BVerfGE 89, 155, 192 f. (—Maastricht—); comparar sobre ello también *Grabitz*, en: *Grabitz/Hilf*, *Kommentar zur Europäischen Union*, art. 235, marginal 1 y ss.

limitada. Esto nos lleva a la pregunta sobre si un proceso de integración de la densidad como el que tiene lugar a través de la Unión Europea, tolera la pervivencia de subunidades de carácter federal con competencia propia, que constituyen, por así decirlo, un *tercer escalón*. Dicho de otro modo, ¿tiene el federalismo estatal perspectivas de futuro en la Unión Europea?

Este problema jurídico y político no se plantea, únicamente en Alemania, sino también en otros Estados de carácter federal, como por ejemplo España o Austria. Pero también en Estados centralizados gana igualmente dicho problema actualidad, puesto que en muchas regiones, tal el ejemplo de Escocia, se suscitan expectativas en favor de una federalización de los Estados miembros en el marco de la Unión Europea. Incluso en Francia, sigue siendo la *décentralisation* un problema sometido a debate.

En Alemania se ha dado un paso, desde el punto de vista interno estatal por *compensación a través de participación* <sup>17</sup>. La pérdida de competencias de los Länder, debe ser compensada por su participación en los actos del Gobierno federal en el proceso normativo de la Unión Europea. Sería pensable incluso una solución a este problema no en el plano nacional, sino en el comunitario. La creación por el Tratado de Maastricht del Comité de las Regiones (art. 198 A-art. 198 C TCEE) parece sugerir una tal dirección. Sin embargo, esto nos llevaría a una conclusión equivocada ya que el Derecho comunitario sigue siendo incluso después del Tratado de Maastricht, *ciego para el hecho regional*, (*Landes-Blindheit*) <sup>18</sup>.

## LA «CEGUERA REGIONAL» DE LA EU COMO PROBLEMA

El Tratado de Maastricht introdujo en el Título primero de la quinta parte del tratado un nuevo capítulo: el capítulo cuarto, que regula el recién creado Comité de las Regiones. Este comité se compone de «los representantes de los entes regionales y locales» (art.

---

<sup>17</sup> Comparar por ejemplo *Mosler*, en: J. Isensee/P. Kirchhof (Editor.), *Handbuch des Staatsrechts*, Volumen VII, § 175, marginal 73 y ss.

<sup>18</sup> *H.P. Ipsen*, *Als Bundesstaat in der Gemeinschaft*, FS für Hallstein, 1966, pag. 248, 257; sobre ello también *G. Ress*, *Die Europäischen Gemeinschaften und der deutsche Föderalismus*, EuGRZ 1986, pag. 549, 550.

198a apdo. 1 TCE). Esto no garantiza a los Länder o a las entidades federales de naturaleza equivalente una posición especial, que reconozca su autonomía. Son colocados en él en la misma situación que la que poseen otros entes territoriales, como por ejemplo los municipios, que carecen de autonomía; lo cual no armoniza con la posición y función que aquellos tienen según la Constitución. Este dato es confirmado por el art. 68,2 TCE, que también habla de «entes territoriales, y que se olvida de los Länder. Los Tratados comunitarios no confieren derechos o deberes especiales a los Länder alemanes o a otras formaciones autónomas de naturaleza federal equivalente. Los destinatarios de sus normas son exclusivamente los Estados y los individuos, mientras que los Länder, desde la perspectiva del Derecho comunitario, aparecen como órganos de ejecución dependientes de los Estados miembros <sup>19</sup>. Por eso mismo los Länder alemanes carecen de capacidad procesal para ser parte ante el Tribunal de las Comunidades Europeas <sup>20</sup>. El Tratado modificativo de *Maastricht II* no introducirá, ciertamente, variación alguna en esta reglamentación, ya que en la cumbre de Amsterdam solamente se han adoptado modificaciones respecto del Comité de las Regiones. La concepción fundamental sigue intacta. En consecuencia, es de esperar que tampoco en el tiempo venidero se tomará en cuenta la posición particular de los Länder alemanes.

Sin embargo, en el Derecho comunitario no escrito existen ya esbozos para una toma en consideración de la situación constitucional singular de los Estados miembros dentro de una federación <sup>21</sup>. El art. 5 del TCE y los preceptos equivalentes en los Tratados de la Comunidad del Carbón y del Acero <sup>22</sup> y del Euratom <sup>23</sup> contienen ya el principio de la fidelidad comunitaria (*Gemeinschaftstreue*) <sup>24</sup>. Éste

<sup>19</sup> Comparar por ejemplo *Bleckmann*, en: A. Bleckmann, *Europarecht*, edición 6 1997, § 12 con otra bibliografía.

<sup>20</sup> Comparar *Wenig*, en: Grabitz/Hilf, *Kommentar zur Europäischen Union*, art. 173 con otr.biblio.

<sup>21</sup> G. Röss, *Die Europäischen Gemeinschaften und der deutsche Föderalismus*, EuGRZ 1986, pag. 549, 550.

<sup>22</sup> art. 86.

<sup>23</sup> art. 192.

<sup>24</sup> v. *Bogdandy*, en: Grabitz/Hilf, *Kommentar zur Europäischen Union*, art. 5 marginal 4 y ss.; *Bleckmann*, en: A. Bleckmann, *Europarecht*, edición 6 1997, § 8, marginal 697.

obliga a las Comunidades europeas y a los Estados miembros a un respeto recíproco en el ejercicio de las respectivas competencias. Entre los intereses particulares de los Estados miembros pertenecen también los asuntos y estructuras constitucionales del propio Estado que afectan al federalismo. En ese sentido puede ser entendido también el art. F,1 de el TUE. Según esa disposición, la Unión Europea está obligada a respetar la «*identidad nacional*»<sup>25</sup> de los Estados miembros. En Alemania esa identidad nacional consiste con toda seguridad en un mínimo de autonomía de los Länder. Del art. F,1 del TUE no se deduce obligación jurídica alguna de la Unión, de respetar esas características nacionales. Se trata más bien de un deber de tomarlas en consideración<sup>26</sup>.

La aludida «ceguera regional» consiste, entre otras cosas en que la mayor parte de los Estados miembros ni siquiera conocen un esbozo de estructuras federales, y, en consecuencia, no pertenecen a las tradiciones constitucionales comunes de todos los miembros de la Unión. Incluso, es común a todos los Estados federales, que la competencia en el ejercicio del poder exterior se concentre en el Estado global. El Derecho internacional tiene igualmente esa ceguera respecto de las subunidades federales<sup>27</sup>.

En sentido contrario, el Derecho comunitario no contiene referencia alguna acerca del modo cómo los Estados miembros hayan de

<sup>25</sup> Comparar A. Bleckmann, Die Wahrung der «nationalen Identität» im Unionsvertrag, JZ 1997, 265.

<sup>26</sup> Comparar *Hilf*, en: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, art. F EUV, marginal 9; *Bleckmann*, en: A. Bleckmann, Europarecht, edición 6 1997, § 2, marginal 79 y ss. y comparar A. *Bleckmann*, Die Wahrung der «nationalen Identität» im Unionsvertrag, JZ 1997, 265.

<sup>27</sup> Destacar que las constituciones de los Länder, aun cuando disponiendo de competencias limitadas en la firma de tratados internacionales (por ejemplo art. 32 ap. 3 GG), no responden internacionalmente. Solo el Estado Federal puede hacerlo. (Comparar K. Ipsen, Völkerrecht, edición 3, 1990, § 36, pag. 511, marginal 8 y ss.; R. *Bernhard*, en: J. Isensee/P. Kirchhof (Editor.), Handbuch des Staatsrechts, Volumen VII, § 174, marg. 17). Por este motivo una gran parte de la doctrina sostiene que los Länder son titulares parciales de una subjetividad en el campo del Derecho internacional. (Comparar por ejemplo Streenz, en: Sachs, Grundgesetz, art. 32, marginal 6 con bibliogr.) también: K. *Hailbronner*, en: W. Graf Vitzthum (Editor.), Völkerrecht, 1997, ap. 3, pag. 223, marginal 133), dudas de la perspectiva del derecho internacional.

configurar sus relaciones con las subunidades federales. En todo caso, es manifiesto que el Derecho comunitario no debe actuar en contra o eliminar dichas entidades. Solamente los Estados miembros son partes contratantes en los Estados constitutivos, y sólo ellos son titulares de derechos y deberes en el marco europeo. Poniendo un ejemplo extremo, meramente hipotético, diríamos que sería imposible una transferencia total de los derechos de intervención de Alemania en los asuntos comunitarios en favor de los Länder. Dónde se sitúan en este asunto las líneas fronterizas no puede ser determinado de manera abstracta, sino que hay que concretarlas a la vista de las reglas nacionales <sup>28</sup>. En todo caso, puede retenerse como línea básica que la responsabilidad acerca de los asuntos comunitarios debe residir en el Estado global.

#### EL DESARROLLO:

El debate político y jurídico en torno a la protección constitucional de los derechos de los Länder en Alemania afecta de lleno al proceso mismo de la integración europea <sup>29</sup>. Los Länder han exigido con gran vehemencia, con ocasión de toda revisión de los Tratados comunitarios, así como en el paso a un nuevo escalón en la integración, el respeto a sus derechos y la adecuada participación en el proceso de formación de la voluntad política en este ámbito <sup>30</sup>.

En este intento pudieron utilizar como palanca la exigencia de aprobación por el Bundesrat de la ley de ratificación del nuevo Tratado para hacer valer sus intereses.

---

<sup>28</sup> G. Ress, *Die Europäischen Gemeinschaften und der deutsche Föderalismus*, EuGRZ 1986, pag. 549, 551 y ss.

<sup>29</sup> Bibliografía disponible sobre la materia, Bleckmann, en: A. Bleckmann, *Europarecht*, edición 6. 1997, § 12.

<sup>30</sup> Comparar por ejemplo en relación con la Conferencia Intergubernamental de Amsterdam.: *M. Borchmann*, Regierungskonferenz 1996 —das Positionspapier der deutschen Länder EuZW 1995, 573; *J. Schawrze*, *Kompetenzverteilung in der Europäischen Union und föderales Gleichgewicht*—. En relación a las exigencias de los Länder en la Conferencia Intergubernamental 1996, DVB1. 1995, pag. 1265 y ss.

## LA EVOLUCIÓN HASTA EL ACTA ÚNICA EUROPEA <sup>31</sup>

En el momento de la ratificación de los Tratados de Roma por la República Federal de Alemania, la Ley Fundamental no contenía autorización especial alguna acerca de la transferencia de derechos de soberanía en el marco de la integración europea, de tal modo que la base de dicha ratificación fue el art. 24 L.F. en su antigua redacción. Éste regulaba en términos generales la competencia para la transferencia de derechos de soberanía en favor de organizaciones interestatales. Límite a esa transferencia era únicamente la «cláusula de perennidad» en el art. 79,3 L.F. que protege las estructuras básicas de la constitución.

Como consecuencia de la presión de los Länder, el art. 2 de la ley de ratificación de los Tratados de Roma, del 27 de Julio de 1957 <sup>32</sup> disponía, entre otras cosas que el Bundesrat deberá ser informado sobre el desarrollo ulterior de las nuevas comunidades.

Pronto pudieron comprobar los Länder que las Comunidades Europeas —apoyadas por la jurisprudencia del TUE, que se entendió a sí mismo y, muy en primer lugar, como «motor de la integración» <sup>33</sup>— interpretaban extensivamente sus competencias en perjuicio de las de los Estados miembros y con ello, en última instancia en perjuicio también de los Länder alemanes <sup>34</sup>. Los Länder no tenían participación alguna en el ejercicio de los derechos de la República Federal de

<sup>31</sup> G. Röss, La Ley alemana de ratificación del Acta Unica Europea; un paso hacia la «federalización» de la política europea, Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma 237 (1988), pag. 927.

<sup>32</sup> BGBl. II, pag. 753.

<sup>33</sup> Comparar por ejemplo *Pernice*, en: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, art. 164, marginal 17 y ss.; zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung durch den EuGH: J. Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, 1995.

<sup>34</sup> El principio de atribución limitada de competencias del art. 3b ap. 1 Tratado CE permite una interpretación extensiva del precepto conforme a la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia a través de la dinamización que proporciona para la realización los «objetivos de este Tratado» (comparar por ejemplo EuGH sentencia del 3 de julio 1974 en el asunto 9/74 —Casagrande/Landeshauptstadt München—, Slg. 1974, pag. 773, 779); comparar *Bogdandy/Nettesheim*, en: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Art 3b, Marg. 4 y ss.

Alemania en las tareas normativas de las Comunidades. En el plano interno estatal carecían de toda posibilidad de influir en los actos comunitarios que iban a recortar sus competencias. Ante ese dilema se abría el camino que *compensaba* la pérdida competencial de los Länder con el incremento de la participación de éstos en el proceso de colaboración de Alemania en el Consejo de las Comunidades Europeas <sup>35</sup>.

Esta *solución de compensación* se llevó a cabo en 1979 a través del denominado *procedimiento de participación de los Länder*, que integraba a éstos en la formación de la voluntad interna cuando estaban afectadas competencias exclusivas suyas. De esta manera podían los Länder, tomando parte en el estadio previo del acto normativo de las Comunidades, influir sobre la conducta del representante alemán en el Consejo.

Los Länder adoptaban una posición común que era configurada en colaboración con el Bund. Esta posición vinculaba fundamentalmente al representante de Alemania en el Consejo y el Bund solamente podía distanciarse de ella a causa de motivos fundados en la política exterior o en la política de integración, que en todo caso debían ser comunicados a los Länder <sup>36</sup>.

Este procedimiento demostró tener dos grandes carencias. En primer lugar, los Länder no tenían una participación directa en la formación de la voluntad en el Consejo; en segundo lugar, el procedimiento manifestó ser lento a causa de la necesidad de alcanzar una posición común en un proceso que no estaba institucionalizado.

---

<sup>35</sup> Comparar *Streinz*, en: Sachs, Grundgesetz, art. 23, marginal 4 f; *Bleckmann*, en: A. Bleckmann, Europarecht, edición 6 1997, marginal 1238; *E. Grabitz*, Die deutschen Länder en der Gemeinschaft. Das Ratifizierungsgesetz zur Einheitlichen Europäischen Akte aus Sicht des Grundgesetzes, EuR 1987, pag. 310; *R. Morawitz*, Die Zusammenarbeit von Bund und Ländern bei Vorhaben der Europäischen Gemeinschaft, 1981, pag. 9 y ss. (La colaboración entre el Estado y los Entes Autónomas territoriales en la Comunidad Europea: el Bund y los Länder en la RFA, Madrid, 1985); zur Entwicklung der Beteiligung der deutschen Länder im Prozeß der europäischen Integration vgl. z.B. S. *Schmidt-Meinecke*, Bundesländer und Europäische Gemeinschaft, 2. Aufl. 1988.

<sup>36</sup> *E. Haas*, Die Mitwirkung der Länder bei EG-Vorhaben, DÖV 1988, pag. 613, 617.

## LA LEY DE APROBACIÓN DEL ACTA UNICA EUROPEA

Los debates en 1896 con ocasión de la ratificación del Acta Unica Europea hicieron posible un cambio decisivo. De nuevo aquí era necesaria la aprobación del Bundesrat y ésta proporcionó a los Länder el objeto de negociación que les daba la oportunidad de incrementar su participación. Los Länder se vieron enfrentados con una creciente modificación de sus competencias a causa de las Comunidades Europeas, además tenían una participación insuficiente en el procedimiento de la ratificación de la promulgación del Acta Unica Europea por el Gobierno federal<sup>37</sup>. Por esta razón pusieron como condición para prestar su aprobación a la ley de ratificación, no solamente la regulación de su participación en la ley de ratificación<sup>38</sup>, sino que exigieron que a dicha regulación se le diera un anclaje constitucional. Esto sucedió en 1992, con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht.

Como resultado de estas negociaciones, la ley de ratificación del Acta Unica Europea del 19 de Diciembre de 1986<sup>39</sup> introdujo un nuevo procedimiento de participación que ha sido causa de muchas controversias<sup>40</sup>. El artículo de 2 de esta ley de ratificación del Acta estableció una obligación sobre el Gobierno federal de informar al Bundesrat, lo antes posible, acerca de todos los proyectos comunitarios importantes. Al Bundesrat y no ya a los Länder, era a quien le correspondía adoptar esa toma de posición, antes de que el Gobierno federal interviniera en el Consejo de las Comunidades, en el previsto acto normativo, cuando dicho proyecto afectare a las competencias exclusivas de los Länder. En orden al cumplimiento de esta regla fue concluido un acuerdo entre el Bund y los Länder de conformidad con el art. 2,6 del Acta Unica Europea el 7 de Diciembre de 1987<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> H. Glaesner, *Die Einheitliche Europäische Akte*, Europarecht 1986, pag. 119 y ss.

<sup>38</sup> G. Ress, *Das deutsche Zustimmungsgesetz zur Einheitlichen Europäischen Akte - Ein Schritt zur «Föderalisierung» der Europapolitik*, EuGRZ 1987, pag. 361, 363 y ss.

<sup>39</sup> BGBl. 1986, II pag. 1102.

<sup>40</sup> G. Ress, *Das deutsche Zustimmungsgesetz zur Einheitlichen Europäischen Akte - Ein Schritt zur «Föderalisierung» der Europapolitik*, EuGRZ 1987, pag. 361, 362 especialmente nota de pie.

<sup>41</sup> Texto por ejemplo de R. Hrbek, *Die Beteiligung der deutschen Länder an den innerdeutschen Beratungen und Entscheidungen in EG-Angelegenheiten*, 1988, pag. 34 y ss.

Este procedimiento traslada los derechos de participación, que antes residían de modo inmediato en los Länder, al Bundesrat. Mediatizaba, pues, a los Länder mediante la interposición de ese órgano federal<sup>42</sup>. Según la concepción básica de la Ley Fundamental la función del Bundesrat consiste en englobar en el procedimiento legislativo, en el plano general, los intereses de los Länder. No es éste, pues, un órgano de representación de los Länder, se trata de un auténtico órgano federal<sup>43</sup>. El Bundesrat expresa con sus decisiones el interés general de los Länder y esto trae como consecuencia que, al decidir el Bundesrat por mayoría simple, un determinado grupo de los Länder puede quedar colocado en minoría<sup>44</sup>.

El nuevo procedimiento, simplificó enormemente el proceso de participación. Los Länder no estaban vinculados por el consenso sino que podían hacer uso del procedimiento constitucionalizado en el Bundesrat. Y, sin embargo, no con eso se puso fin al proceso de erosión de las competencias de los Länder en favor de las Comunidades Europeas<sup>45</sup>. Muy por el contrario, este proceso se aceleró en el desarrollo ulterior. Las competencias de las Comunidades cada vez afectaron más a los núcleos de las competencias exclusivas de los Länder por cuanto regularon materias tales como las del campo de los medios de comunicación o de la política cultural. Esta tendencia fue confirmada, finalmente, por el Tratado de Maastricht, constitutivo de la Unión Europea (p. ej. art.

---

<sup>42</sup> Zur Grundfunktion des Bundesrates nach GG comparar *Robbers*, en: Sachs, Grundgesetz, art. 50 o *Maunz*, en: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Komm. zum GG. art. 50 con otra bibliografía; *H. Risse*, Bundesrat und Europäische Gemeinschaften, DÖV 1989, pag. 509; *H.J. Schütz*, Die EG-Kammer - Delegationsbefugnis und Geschäftsordnungsautonomie des Bundesrates, NJW 1989, pag. 2160.

<sup>43</sup> Comparar por ejemplo *Robbers*, en: Sachs, Grundgesetz, art. 50, marginal 14; *Maunz*, en: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Komm. z. GG, art. 50, marginal 1 y ss.

<sup>44</sup> Comparar art. 52 ap. 3 pag. 1.

<sup>45</sup> La política cultural y la radioemisión constituyen las últimas competencias legislativas exclusivas de los Länder. Por el hecho de que la Directiva del Consejo de 3 de octubre de 1989 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (89/552/CEE, Diario Oficial No. L 298 de 17/10/89 p. 23) preveía una cuota estricta para el porcentaje de las películas europeas, intervenía en esta competencia. Comparar BVerfGE 92, 203.

128 TUE que introduce una competencia de las Comunidades Europeas en el ámbito de la cultura, o el art. 126 F TUE que ensancha las competencias de las Comunidades en el campo de la formación profesional.

### EL «CHANTAJE» AL BUND CON OCASIÓN DE LA ACEPTACIÓN EL TRATADO DE MAASTRICHT: EL NUEVO ART. 23 DE LA L.F. EL COMPROMISO POLÍTICO

De nuevo con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht concluido el 7 de Febrero de 1992, los Länder aprovecharon la necesidad de la aprobación por el Bundesrat <sup>46</sup> como medio de presión para conseguir un fortalecimiento de sus derechos de participación. El Bund se encontraba ante un dilema de difícil solución. Por una parte, él no quería ser despojado de su competencia en política exterior, incluso en el ámbito de exclusiva competencia legislativa de los Länder; pero, por otra parte, necesitaba la aprobación de los Parlamentos de los Länder si no quería que fracasase la participación de Alemania en la Unión Europea.

A diferencia de la situación en la que se encontró en el proceso de ratificación del Acta Unica Europea, el Bund tenía una posición negocial mucho más incómoda en las conversaciones para la ratificación del Tratado de Maastricht. La conclusión del Acta Unica Europea tenía su base en la delegación constitucional, todavía existente, respecto de la transferencia de derechos de soberanía en favor de organizaciones internacionales que contemplaba el art. 24,1 L.F. de la antigua redacción. Pero con la creación de la Unión Europea el proceso de integración dio un nuevo salto cualitativo <sup>47</sup>. Aunque no había sido creado un Estado europeo, las Comunidades Europeas, bajo la cobertura de la Unión Europea debían ser agrupadas en una nueva persona jurídica internacional de naturaleza singular. Esta Unión cada vez más estrecha genera una densidad integracional, que hasta ese momento no era conocida por organización internacional alguna en el Derecho internacional <sup>48</sup>. Por esta razón se fue impo-

---

<sup>46</sup> La conclusión del Tratado de Maastricht no se dirigía mas según el art. 24 GG (otra forma), sino según el art. 23 ap. 4 y apto. 5 GG.

<sup>47</sup> art. A, ap. 2 TUE.

<sup>48</sup> Comparar G. Ress Die Europäische Union und die neue juristische Qualität der Beziehungen zu den Europäischen Gemeinschaften, JuS 1992, pag. 985, 986.

niendo en Alemania la convicción de que ese proceso no podía ser captado ya por el art. 24 L.F. en su antigua redacción, y que era necesario crear una nueva base constitucional adecuada. Con este objeto fue introducido el art. 23 en la L.F.<sup>49</sup> Esta revisión constitucional exigía no solamente la mera aprobación de los representantes de los Länder en el Bundersrat, sino que hacía necesaria una mayoría de dos tercios, lo cual robusteció enormemente la influencia de los distintos Länder dentro del Bundesrat y colocó al Bund bajo una fuerte presión política de los Länder.

Con ello se le ofreció a cada uno de los Länder una mayor posibilidad de obtener del Bund, por no decir de extorsionar, nuevas concesiones. El resultado de estas negociaciones, llevadas con grandes controversias, es el actual art. 23 L.F.<sup>50</sup> Él regula en su primer párrafo la delegación constitucional para que Alemania pueda participar en la Unión Europea, y en los números del 2 al 6 la participación de los Länder en la colaboración alemana en el procedimiento normativo de las Comunidades Europeas. La nueva regulación, continúa básicamente la línea comenzada por la ley de ratificación del Acta Unica Europea, compensando la minoración de las competencias de los Länder con una oportunidad acrecida de participación en el proceso interno estatal. Una significación decisiva tiene el hecho de que a este procedimiento haya sido únicamente incorporado el Bund pero no los Länder, en su condición de entes territoriales, tanto si se les toma singularmente como si se les considera en su totalidad. Este *condicionamiento* de la competencia exclusiva de los Länder en el plano de la integración europea ha recibido así su consagración constitucional.

En concreto, el art. 23,2 L.F. establece que los Länder participan a través del Bund en materias de la Unión Europea y que el Gobierno federal informará ampliamente al Bundesrat lo antes posible. La participación del Bundesrat, en armonía con la idea de que la cooperación, se hace necesaria cuando la decisión a adoptar exija su implementación con medidas en el Derecho interno. De acuerdo con el art.

---

<sup>49</sup> Comparar en este tema por ejemplo *R. Scholz*, *Europäische Union und deutscher Bundesstaat*, NVwZ 1993, pag. 817, 818.

<sup>50</sup> Comparar la nueva forma del art. 23 GG *Streinz*, en: Sachs, Grundgesetz, art. 23 o *Scholz*, en: Maunz / Dürig / Herzog, Grundgesetz, art. 23 con mucha bibliografía.

23,5 L.F. el Gobierno federal está obligado a tomar en cuenta de modo adecuado la posición del Bundesrat cuando la medida proyectada afecte a la competencia exclusiva de los Länder. Si solamente son afectados *los intereses* de los Länder. Según el art. 23, párr. 5 LF el Gobierno federal está obligado a *considerar adecuadamente* la posición del Bundesrat si el proyecto toca las *competencias exclusivas* de los Länder. Si se trata sólo de *intereses* de los Länder pero no de sus competencias legislativas, basta con que *simplemente se tome en cuenta* la posición del *Bundesrat*.

Estas posibilidades están recortadas por la reserva en favor de la *responsabilidad total del Bund* <sup>51</sup>. De conformidad con dicha reserva, el Gobierno federal puede desviarse de la posición del Bundesrat si hay razones políticas graves. Estas razones deben ser comunicadas a los Länder. De este modo, la última responsabilidad acerca de la decisión, corresponde, según la Constitución, al Gobierno federal. Pero éste se encuentra considerablemente limitado en su poder discrecional. A causa de esta reserva la vinculación del Gobierno federal es solamente limitada. Por otro lado, el procedimiento asegura la transparencia del proceso en beneficio de los Länder e integra sus intereses diversos en el proceso de decisión. Este es un aspecto que no carece de interés en la perspectiva de los Länder, ya que les confiere un derecho a participar, así como la oportunidad de ejercer presión política y, en el caso dado, pueden acudir al Tribunal Constitucional Federal para que este compruebe si se han guardado los límites establecidos por el Art. 23 de la L.F., amplios como éstos son <sup>52</sup>. El nuevo art. 23 L.F. se presenta así como un «trazo de unión» entre una posible vinculación fuerte a los intereses de los Länder y la responsabilidad última del Estado global en política exterior.

Aparte de esta participación del Bundesrat, el art. 23, núm. 6 L.F. prevé que un *representante de los Länder*, y no del Gobierno federal, ejercite los derechos de Alemania en la Unión Europea, cuando queden afectadas de modo sustancial las competencias legislativas de los Länder. Esta posibilidad encuentra de nuevo sus límites en la *responsabilidad general de Bund*.

---

<sup>51</sup> Comparar por ejemplo I. Winkelmann, Die Bundesregierung als Sachwalter von Länderrechten, DÖV 1996, pag. 1.

<sup>52</sup> En el cuadro de un litigio constitucional entre la Federación y los Länder (Federación-Länder-litigio) según art. 93 ap. 1 nr.3 L.F.

Finalmente, el art. 23,3,3 L.F. prevé su desarrollo mediante una ley ulterior. Esta *Ley acerca de la colaboración entre el Bund y los Länder en materias de la Unión Europea* fue promulgada el 12 de marzo de 1993 <sup>53</sup>.

### LA PREVIA Y POSTERIOR EJECUCIÓN DEL COMPROMISO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL <sup>54</sup> ACERCA DE LA DIRECTIVA SOBRE TELEVISIÓN <sup>55</sup>

El Tribunal Constitucional Federal hubo de resolver en un contexto temporal muy cercano a la ratificación del Tratado de Maastricht y antes de la reforma del art. 23 L.F., un asunto que afectaba a la ley de ratificación del Acta Unica Europea. Tenía relación con la participación del Gobierno federal alemán en la redacción de la directiva comunitaria sobre la televisión. En virtud de la mencionada directiva, y, en especial, con la «regulación de cuotas» <sup>56</sup>, la Unión Europea se inmiscuía en el ámbito competencial de los Länder (Runfunkhoheit), una materia nuclear de las pocas competencias exclusivas que les van quedando a los Länder alemanes. Los Länder trataron de condicionar, a través de una toma de posición del Bundesrat, la conducta del Gobierno federal en el sentido que a ellos le interesaba. Según el parecer de algunos Länder, el Gobierno federal no había tomado, en última instancia, debidamente en cuenta la referida toma de posición. Ya en 1989 habían éstos pretendido suscitar ante el Tribunal Federal un conflicto positivo de competencia entre el Bund y los Länder. Este procedimiento tiene como objeto aclarar si el Bund ha incumplido obligaciones constitucionales que a él le incumben respecto de los Länder.

En primer lugar se solicitó una *medida cautelar* con el fin de impedir que se llevara a cabo la decisión del Gobierno federal que

---

<sup>53</sup> BGBl. I, pag. 313; zu diesem Gesetz comparar *Rojahn*, art. 23 marginal 72, en: v. Münch / König GGK II, 3. Aufl. 1995, *Streinz*, en: Sachs, Grundgesetz, art. 23, marginal 98.

<sup>54</sup> BVerfGE 92, 203.

<sup>55</sup> Directiva del Consejo de 3 de octubre de 1989 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (89/552/CEE, Diario Oficial No. L 298 de 17/10/89 p. 23).

<sup>56</sup> Art. 4 et 5.

predeterminaría el comportamiento del representante alemán en el Consejo de las Comunidades Europeas. El Tribunal Constitucional Federal desestimó esta petición <sup>57</sup> y resolvió sobre *el fondo* en 1995, antes —por lo tanto— de la ratificación del Tratado de Maastricht y de la revisión del art. 23 L.F. Base de la decisión del Tribunal fue el art. 24, en su antigua redacción en relación con la ley de ratificación del Acta Unica. Con este presupuesto, el Tribunal Constitucional Federal llegó a una solución que anticipa a grandes rasgos la regulación consagrada por el art. 23 L.F. El Tribunal Constitucional Federal decidió que el Gobierno Federal está obligado, en base a la fidelidad federal (*Bundestreue*), a respetar los intereses de los Länder en su acción en el ámbito comunitario. Este principio constitucional ha sido concretado en la ley de ratificación del Acta Unica. Por esta razón el Bund está obligado constitucionalmente a observar el procedimiento previsto en la mencionada ley ordinaria de ratificación. El Tribunal se expresó en los siguientes términos:

«4. Cuando se trate de la existencia o del alcance de la competencia de una competencia normativa de la Comunidad Europea sobre materia cuya regulación la Ley Fundamental ha reservado en exclusiva a la competencia legislativa de los Länder, se generan en el Gobierno federal obligaciones de naturaleza procedimental. El Gobierno federal asume dichas obligaciones en tanto que órgano de representación de la República Federal de Alemania en los diversos órganos de la Comunidad Europea, y en virtud de su responsabilidad como administrador de los derechos de los Länder; en particular de los deberes basados en la cooperación y respeto federal» <sup>58</sup>.

De este modo esta decisión se anticipó *ratione tempore al nuevo art. 23* y marcó el compromiso alcanzado en la afirmación básica del art. 23 L.F.

## PARTICULARIDADES Y PROBLEMAS DEL ART. 23 L.F.

La inclusión del art. 23 L.F. ha solucionado un cúmulo de problemas políticos y jurídicos de épocas pasadas. Por otra parte, es preciso decir que el art. 23 L.F. ha enriquecido y modificado con nuevos elementos la Constitución de Alemania y su estructura. La función e

---

<sup>57</sup> BVerfGE 80, 74.

<sup>58</sup> BVerfG 92, 203, 238.

importancia de las competencias del Bundestag y Bundesrat no solamente se han modificado cuantitativa, sino también cualitativamente. Pero también ha recibido nuevos impulsos el proceso de formación de la opinión en el campo de la política exterior y en la estructura de la representación exterior de Alemania.

## EL PAPEL DEL BUNDESTAG

En la perspectiva de la Ley Fundamental el art. 23 L.F. lleva a un nuevo debilitamiento de las competencias del Bundestag. Este resultado es un tanto problemático, tomado en consideración el principio democrático, a causa de la «cláusula de perennidad» del art. 79,3 L.F. y del «efecto integrador» del art. 23,1,3 L.F.<sup>59</sup> La transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea distorsiona, *en razón al déficit democrático de la UE*<sup>60</sup> la cadena legitimadora, exigida por la constitución, entre electores y función legislativa. La función normativa de las Comunidades Europeas está sustancialmente marcada por órganos de naturaleza ejecutiva, la Comisión y el Consejo. El Consejo está democráticamente legitimado sólo de modo indirecto, puesto que está compuesto por representantes de los gobiernos y de los Estados miembros<sup>61</sup>, pero en cuanto órgano no está sometido a control parlamentario alguno. La Comisión, por el contrario, es completamente independiente de los Estados miembros y sólo responsable, colectivamente, ante el Parlamento en Estrasburgo. Pero el Parlamento Europeo no tiene más que una competencia legislativa limitada dentro de la Unión Europea.

En consecuencia, toda transferencia de derechos de soberanía nacional a la UE significa, en el actual estado de la integración, un debilitamiento del lazo de legitimación que liga a la función normati-

---

<sup>59</sup> BVerfGE 89, 155, 188.

<sup>60</sup> G. Röss; Problemas jurídicos de la Elección directa al Parlamento Europeo, Derecho comparado, No. 4, 1980, S. 13; G. Röss, Über die Notwendigkeit der parlamentarischen Legitimierung der Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaften, in: Verfassungsrecht und Völkerrecht, Gedächtnisschrift Wilhelm Karl Geck (W. Fiedler/G. Röss —Editor—), Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München 1989, S. 625; K. Doehring, Demokratiedefizit in der Europäischen Union, DVBl. 1997, S. 1134.

<sup>61</sup> Art. 146 EGV.

va con los electores. El Tribunal Constitucional Federal hizo notar en su decisión sobre la constitucionalidad de la ley de ratificación del Tratado de Maastricht que esta carencia no se podría compensar con un robustecimiento de los poderes del Parlamento Europeo. Éste carece de la legitimación democrática que poseen los parlamentos nacionales <sup>62</sup>. Tal déficit democrático de la integración europea se acrecienta con el procedimiento previsto en el art. 23 L.F. La reponsabilidad del Gobierno federal frente al Bundestag queda relativizada en virtud de la amplia intervención del Bundesrat <sup>63</sup>. La distribución competencial, anclada constitucionalmente, y la influencia democrática del elector en la política exterior que encarna el Bundestag quedan sócavadas. El nuevo art. 23 L.F. ha consagrado así dicha evolución. Esta revisión constitucional ha trasladado la responsabilidad en materia de política exterior en el ámbito de la política europea, *con perjuicio para el Bundestag* al que constitucionalmente no se le han atribuído derechos equivalentes de participación en funciones normativas y en el marco de la Unión Europea. Este hecho suscita *de lege ferenda* la cuestión de si no sería deseable un procedimiento semejante de particiación en favor del Bundestag <sup>64</sup>. Debe considerarse, en todo caso que el art. 2 de la ley de aprobación de los Tratados de Roma establece un procedimiento que garantiza la información del Bundestag, quien sigue poseyendo toda la libertad de adoptar una decisión sobre ese punto.

Pero esta situación del Bundestag es muy otra a la que tienen el Bundesrat, y en su caso los Länder, ya que el Gobierno en la persona del canciller es responsable directamente ante el Bundestag. Al Bundestag le queda la posibilidad, de utilizar como *ultima ratio*, por la vía del voto de censura, exigir responsabilidad al Gobierno <sup>65</sup>. *Los principios de legitimación democrática y de control*, de naturaleza constitucional, quedan afectados porque el representante de los Länder en el Consejo de las Comunidades Europeas no es responsable ante el Bundestag, sino que solamente es controlado por el Gobierno

---

<sup>62</sup> BVerfGE 89, 155, 188.

<sup>63</sup> G. Ress, Die Europäischen Gemeinschaften und der deutsche Föderalismus, EuGRZ 1986, pag. 549, 555 f.

<sup>64</sup> Comparar G. Ress, Das deutsche Zustimmungsgesetz zur Einheitlichen Europäischen Akte - Ein Schritt zur «Föderalisierung» der Europapolitik, EuGRZ 1987, pag. 361, 367.

<sup>65</sup> Art. 63 GG.

del Land, es decir, por el ejecutivo <sup>66</sup>. De esta manera la nueva reglamentación en el art. 23 L.F. conduce a un debilitamiento del control parlamentario en el ejercicio de los derechos de Alemania en las tareas normativas de la Unión Europea y aminora la densidad de la legitimación democrática en el ámbito del Estado central.

### EL PAPEL COMPLETAMENTE MODIFICADO DEL BUNDES RAT. DEL FEDERALISMO COMPETENCIAL Y PARTICIPATIVO

En la evolución del procedimiento interno de participación de los Länder alemanes en las tareas normativas de la Unión Europea, el cual ha encontrado un punto provisional en la nueva formulación del art. 23 L.F., se manifiesta un cambio en la *posición constitucional* del Bundesrat. Según la orientación originaria de la Ley Fundamental, éste era un alto órgano federal que no poseía competencia alguna en el ámbito de las competencias exclusivas de carácter legislativo de los Länder, ya que el Bund carece en dicho ámbito de toda competencia normativa <sup>67</sup>. El art. 23 L.F. completó esta función mediante las tareas del Bundesrat en el marco de la colaboración de los Länder. El Bundesrat actúa así en el ámbito de las competencias exclusivas de cada Land y en el que desde el punto de vista interno no puede intervenir ni el Bund ni cualquier otro Land. Esta situación puede ser descrita adecuadamente como una representación ejercida por el Bundesrat. En favor de esta conclusión milita la redacción del art. 23,6 L.F.:

«Cuando resulten afectadas sustancialmente las competencias exclusivas de naturaleza normativa de los Länder, el ejercicio de los derechos que corresponden a la República Federal de Alemania como Estado miembro de la Unión Europea debe ser transferidos del Bund a un *representante* de los Länder designado por el Bundestag.»

Pero en el procedimiento previsto en el art. 23 L.F. el Bundesrat decide por mayoría y ninguno de los Länder, singularmente conside-

<sup>66</sup> Sobre ello G. Ress, La participation des Laender allemands a l'entegration européenne, Revue française de Droit constitutionnel 15 (1993), pag. 657, 660; *Rojahn*, art. 23 marginal 59, in: v. Münch / König GGK II, 3. Aufl. 1995.

<sup>67</sup> G. Ress, Die Europäischen Gemeinschaften und der deutsche Föderalismus, EuGRZ 1986, 549, 557 y ss.; E. Haas, Die Mitwirkung der Länder bei EG-Vorhaben, DÖV 1988, pag. 613, 621.

rados, tiene derecho de veto, de tal manera el Bundesrat expresa la voluntad general de los Länder, manifestada en esa mayoría. De esta forma él representa a cada uno de los Länder tomados en su totalidad, algo así como si fuera en *mano común*. La posición del Bundesrat en el ámbito de la integración europea, desde su condición de órgano federal ha pasado a ser un órgano de representación de los Länder. Así lo expresa claramente la fórmula utilizada en el art. 23,2,1 L.F.:

«En asuntos de la Unión Europea colaboran el Bundestag y los Länder a través del Bundesrat.»

Con la introducción del artículo 23 L.F. se ha producido un corrimiento desde el *federalismo cooperativo* <sup>68</sup>, al *federalismo participativo* <sup>69</sup> en el ámbito de la Ley Fundamental. Característica de esta evolución es la posición doble, ya apuntada del Bundesrat, como órgano federal y órgano de representación de los Länder. Esto eliminó las anteriores reservas acerca de la legalidad de una solución equivalente en la ley de ratificación del Acta Única <sup>70</sup>. Este desarrollo, encuentra su expresión también en la posición robustecida de los Länder en el proceso de formación de voluntad sobre asuntos europeos al lado del Gobierno Federal <sup>71</sup>.

Debemos hacer notar que el art. 23 L.F. condujo a un fortalecimiento del Bundesrat, es decir, de la totalidad de los Länder. Las competencias exclusivas de los Länder, singularmente considerados, quedan amenazadas puesto que en la votación en el Bundesrat pueden algunos quedar en minoría.

<sup>68</sup> G. Ress, La participation des Länder allemands à l'intégration européenne, Revue française de Droit constitutionnel 15 (1993), pag. 657, 659.

<sup>69</sup> G. Ress, La participation des Länder allemands à l'intégration européenne, Revue française de Droit constitutionnel 15 (1993), pag. 657, 660.

<sup>70</sup> Comparar por ejemplo H. Bethge, Die Rolle der Länder im deutschen Bundesstaat und die rechtlichen Einflußmöglichkeiten auf die nationale Gemeinschaftspolitik, in: H.A. Kremer (Editor), Die Bundesrepublik Deutschland und das Königreich Spanien 1992, 1989, pag. 22 y ss.; G. Ress, Das deutsche Zustimmungsgesetz zur Einheitlichen Europäischen Akte - Ein Schritt zur «Föderalisierung» der Europapolitik, EuGRZ 1987, pag. 361; Rojahn, art. 23 marginal 57, en: v. Münch / König GGK II, 3. Aufl. 1995.

<sup>71</sup> Comparar por ejemplo T. Stein, «Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?», WStRL 53 (1994), pag. 26, 38.

## EL EFECTO INTERNO Y LOS PROBLEMAS DE LA LEY DE EJECUCIÓN

Como quedó ya indicado, debemos diferenciar estrictamente, respecto de la participación de los Länder en la función normativa de la Unión Europea, entre el procedimiento interno estatal, y la representación de éstos en Europa así como en el plano internacional. El procedimiento interno de participación está regulado en el art. 23 L.F., y la ley de ejecución promulgada al efecto en 1993 <sup>72</sup>.

### ¿DE QUÉ MODO DEBE TOMAR EN CUENTA EL GOBIERNO FEDERAL LA TOMA DE POSICIÓN DEL BUNDESRAT?

El representante de los Länder designado por el Bundesrat, *debe conocer los debates del Gobierno federal* respecto de las posiciones negociales de Alemania en la Unión Europea, siempre que el Bundesrat tenga que participar en la Unión Europea (Núm. 4). Si en los proyectos se afectaren de modo sustancial las competencias legislativas de los Länder el Bund está obligado a tomar en consideración la *posición del Bundesrat* en el marco de su reponsabilidad en favor del Estado globalmente considerado. Si sus posiciones fueran discrepantes, el Gobierno federal y el Bundesrat se esforzarán por llegar a un común acuerdo en un nuevo debate. Si éste no fuese alcanzado, el Bundesrat podrá confirmar su opinión con una mayoría de dos tercios, y ésta vinculará al Gobierno federal. La aceptación del Gobierno federal es necesaria excepcionalmente cuando la decisión afecte a los ingresos o gastos del Bund (Núm. 5,1).

Estas obligaciones, como ya digimos en el comentario a la decisión sobre la directiva en materia de televisión, son exigibles judicialmente. Aunque dichas obligaciones estén consignadas en leyes ordinarias, tienen no obstante rango constitucional, en la medida en que desarrollan al art. 23 L.F. o al principio general del federalismo. Lo dicho solamente vale en la medida en la que la ley de ejecución armonice con los presupuestos de la Constitución y es aquí precisamente dónde surgen las dudas <sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Ley sobre la cooperación del Estado Federal y los Länder en asuntos de la Unión Europea del 12 de marzo 1993, BGBl. III, 170-3.

<sup>73</sup> Comparar antes nota a pie nr. 70.

La peculiaridad de esta regulación consiste en que el Bundesrat, en determinadas circunstancias, puede vincular al Gobierno federal. Y ésto no resulta aporoblemático en relación con los presupuestos constitucionales del art. 23,5 L.F., ya que la obligación de respetar la posición del Bundesrat, en todo caso está bajo el presupuesto de la responsabilidad general del Bund. Si se sigue el sentido literal de esta regla, hay base para suponer que el Gobierno federal puede adoptar criterio distinto al de la ley de ejecución, incluso cuando ha sido adoptada ésta por una mayoría de dos tercios, en razón del interés general. La norma constitucional contenida en el art. 23 L.F. prevalece sobre la regulación de la ley de ejecución.

La ley prevé una regla especial para los actos normativos de la Unión Europea que se funden en el art. 235 de la CEE. Según ella, el Gobierno federal debe procurar llegar a una opinión común con el Bundesrat (párr. 5,2). Norma que no es clara en su contenido, ya que no se especifican las consecuencias jurídicas a las que habría lugar cuando el Gobierno federal y los Länder no alcancen este acuerdo común. El art. 23 L.F. inclina sin embargo a interpretar la mencionada regla de acuerdo con la Constitución. Esto significaría que el Gobierno federal, también en este caso, podría distanciarse, por razones de interés general, de la posición adoptada por el Bundesrat.

### ¿CUÁNDO PUEDE EL GOBIERNO FEDERAL ACUDIR AL TUE PARA IMPUGNAR DECISIONES DE LA UE EN INTERÉS DE LOS LÄNDER?

La ley de ejecución prevé además que los Länder, cuando vean lesionada su posición jurídica en virtud de actos de la UE, podrán exigir del Gobierno federal que haga uso de los recursos a su disposición ante el TUE. La dirección del proceso se llevará de acuerdo con el TUE (párrf. 7). Esta obligación se sitúa bajo la reserva expresa de la responsabilidad del Gobierno federal. Los Länder de esta manera están sometidos al Bund de forma «cuasifiduciaria» en la utilización del sistema europeo de protección jurisdiccional. Ellos no están entre los privilegiados, que puedan ser parte en un procedimiento ante el TUE, como ya se dijo anteriormente <sup>74</sup>. Por esta razón, el nivel de

---

<sup>74</sup> Art 173, 175 TCE.

protección jurisdiccional en el ámbito comunitario, que ellos puedan ejercitar por sí mismos, es muy limitado.

Este deber de protección no tiene reconocimiento propio en el art. 23 L.F. Más bien se concreta únicamente a través de las obligaciones que tiene el Gobierno federal derivadas del principio constitucional de la fidelidad federal. De todos modos esta codificación de un deber no escrito supone un alto nivel de transparencia y de seguridad jurídica.

## LA REPRESENTACIÓN EXTERIOR Y SUS PROBLEMAS

El art. 23 L.F. abre a los Länder la posibilidad de enviar al Consejo de las Comunidades Europeas un representante propio, en lugar del representante del Gobierno federal. Con ello el Derecho constitucional nacional ofrece la posibilidad a los Länder de actuar en política exterior en su propio nombre. Preciso es, no obstante, distinguir entre esa competencia constitucional y la cuestión sobre si los Länder están capacitados tanto por el Derecho internacional como por el Derecho europeo para actuar en nombre propio.

Durante mucho tiempo existieron notables dudas, desde la perspectiva comunitaria acerca de si la República Federal podía enviar al Consejo un representante de los Länder en lugar del representante del Gobierno federal, o si ese representante en el Consejo podía vincular la posición de los Länder<sup>75</sup>. Estas dudas han desaparecido, desde el punto de vista del Derecho comunitario en virtud de la introducción por el Tratado de Maastricht, en el art. 146 CE de la siguiente disposición:

«El Consejo estará compuesto por un representante de cada Estado miembro de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno de dicho Estado miembro.»

El art. 146 no precisa si se trata de un representante con rango de ministro en el plano del Estado general o de ministro en el plano inferior de una unidad subfederal<sup>76</sup>. En Alemania los gobiernos de

---

<sup>75</sup> Comparar G. Ress, *Die Europäischen Gemeinschaften und der deutsche Föderalismus*, EuGRZ 1986, pag. 549, 552.

<sup>76</sup> Comparar art. 146 TCE *Schweitzer*, en: Grabitz/Hilf, *Kommentar zur Europäischen Union*, Art. 146 oder *Constantinesco*, en: *Traité sur l'Union Européenne*, Paris: Economica, 1995, art. 146.

los Länder tienen ministros en el sentido del precepto indicado. La competencia del representante de los Länder, para actuar en nombre de Alemania se deduce del procedimiento ya descrito del art. 23 L.F., en conexión con la ley de ejecución. En consecuencia, el Derecho comunitario permite que Alemania esté representada en el Consejo, no ya por un ministro federal, sino por un representante de los Länder con rango de ministro. Pero con eso no se ha contestado a la cuestión de si ese representante de los Länder, desde la perspectiva del Derecho comunitario, actúa en nombre de los Länder o del Estado global. De acuerdo con el Derecho internacional solamente la República Federal de Alemania en su totalidad tiene personalidad jurídico-internacional. Cuando los Länder actúan, en función de su competencia interna estatal, representan a Alemania. Alemania como Estado, en el sentido del Derecho internacional, y no los Länder, es quien asume la responsabilidad internacional. Parte en los tratados comunitarios, son exclusivamente los Estados miembros, y —según lo antes indicado— a sólo ellos afectan en sus derechos y deberes dichos tratados. En consecuencia, el representante de los Länder en el Consejo, en la perspectiva del Derecho comunitario, actúa en nombre de toda Alemania y no en el de los Länder <sup>77</sup>.

#### LA POLÍTICA EXTERIOR COMPARTIDA EN EL PLANO DE LA UE COMO NUEVA «POLÍTICA INTERIOR»

El derecho de participación con su nuevo anclaje constitucional ha supuesto un cambio sustancial en el panorama de la política interna. Este cambio había sido ya iniciado en la ley de ratificación del Acta Unica, pero ahora ha sido consolidado constitucionalmente.

Las competencias constitucionales de los Länder en el campo de la política exterior no han sido ampliadas. El art. 23 L.F., permite que el proceso interno de formación de la voluntad en materia de política exterior siga cauces nuevos. Si hasta ahora era campo de competencia exclusiva del Bund —con raras excepciones que tenían que ser interpretadas restrictivamente— se da ahora una precisa obligación del Bund, anclada fuertemente en la constitución, de colaborar en

---

<sup>77</sup> Compara el sentido del art. 23 ap. 6 pag. 1 GG, que habla expresamente de la realización de los derechos de la República Federal de Alemania como Estado miembro de la Unión Europea.

ese campo estrechamente con los Länder, y en su caso con el Bundesrat. El derecho de participación del Bundesrat en política exterior, conduce a que la política exterior de Alemania Federal, posea un componente grande de política interna. Tradicionalmente la política exterior estaba situada en el plano del Estado global, y a partir de ahora dicha política exterior forma parte esencial de la política interna alemana.

### CONSIDERACION FINAL

La Unión Europea en modo alguno es garante de la posición constitucional especial que tienen los Länder en Alemania. La introducción del art. 23 en la Ley Fundamental, tuvo como objeto compensar la erosión creciente que sufrían las competencias de los Länder en favor de la UE. Dicha compensación no se consigue mediante una retrocesión de las competencias federales a los Länder, sino en virtud de una participación creciente de un proceso de formación de voluntad en el sentido de un *federalismo participativo*. Con ésto no se protegen de modo absoluto las competencias exclusivas, pero se hace posible la integración de los Länder en el procedimiento que les permite tener una creciente influencia en las tareas normativas de la Unión. Al mismo tiempo la fuerte vinculación del Gobierno federal a la posición adoptada por los Länder, debilita la responsabilidad general del primero, y entorpece notablemente el procedimiento de toma de decisiones. Con ello el margen de decisión del Gobierno federal queda notablemente reducido, de modo especial en decisiones que han de ser tomadas con rapidez.

Y sin embargo, en una visión de conjunto, el procedimiento alemán de participación lleva a resultados claramente positivos. Esta solución da lugar a un compromiso que no deja sin protección a los Länder y que a la vez —presupuesta una interpretación de la ley de desarrollo del art. 23 L.F., en conformidad con la Constitución— garantiza la prevalencia de los intereses generales del Estado cuando éstos tengan una importancia especial. Si este presupuesto queda garantizado, la participación interna de los Länder, en la función normativa de la UE, no suscitará problemas desde el punto de vista comunitario. Esta exigencia impide en última instancia que la decisión en el Consejo sea torpedeada por la desarticulación de los intereses particulares.