

LOS VOTOS EN EL BUNDESRAT

HANS MEYER

*Catedrático emérito de Derecho Político, Administrativo y Financiero
Universidad Humboldt de Berlín**

SUMARIO

- I. El conflicto político impone reflexión constitucional.
- II. Cualidad de miembro del Bundesrat y derecho de voto en el mismo.
- III. «Mandato libre» frente a «mandato sometido a instrucciones».
- IV. La armonía entre la génesis de la Ley Fundamental, su texto y los usos del Bundesrat.
- V. La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la conflictiva votación del Bundesrat.
- VI. La regla de la mayoría en el Bundesrat y los acuerdos de coalición en los Länder.

I. EL CONFLICTO POLÍTICO IMPONE REFLEXIÓN CONSTITUCIONAL

Las escasas reglas constitucionales sobre la adopción de decisiones en el Bundesrat se habían mantenido durante largo tiempo al margen del interés político y jurídico. Dos hechos han acabado bruscamente con tal situación. De un lado, el conflicto sobre la Ley de inmigración, muy controvertida políticamente: la admisión de un voto favorable por parte del Presidente del Bundesrat fue ob-

* Hans Meyer fue entre los años 1996 y 2000 Rector de la Universidad Humboldt de Berlín, cuya Facultad de Derecho había sido reestructurada bajo su dirección (1991/1993) tras la reunificación alemana, y ha asesorado a la *Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung* (o Comisión sobre el federalismo, 2003/2004). La traducción del presente artículo ha sido realizada por Ignacio Gutiérrez Gutiérrez.

jeto de una sentencia del Tribunal Constitucional, pero provocó asimismo un debate inusualmente amplio en las revistas especializadas y en la prensa diaria¹. De otro, en la Comisión del Bundestag y el Bundesrat sobre el federalismo, orientada a la reforma de la Ley Fundamental, algunos expertos discutieron que las reglas de votación del Bundesrat resultaran adecuadas y formularon propuestas de modificación.

Las correspondientes normas de la Ley Fundamental rezan:

Art. 51

1. El Bundesrat está compuesto por miembros de los gobiernos de los Länder, que los nombran y los cesan. Pueden ser representados por otros miembros de su gobierno.

2. Cada Land tiene al menos tres votos. Los Länder con más de dos millones de habitantes tienen cuatro; los Länder con más de seis millones de habitantes, cinco; los Länder con más de siete millones de habitantes, seis votos.

3. Cada Land puede enviar tantos miembros como votos le corresponden. Los votos de un Land sólo pueden ser emitidos de modo unitario, y sólo por parte de miembros presentes o de sus representantes.

Art. 52

3. El Bundesrat adopta sus decisiones con al menos la mayoría de sus votos (...).

En el conflicto sobre la Ley de inmigración ocurrió lo siguiente: dos ministros de Brandenburgo votaron en sentido diferente; el Presidente del gobierno del Land, preguntado a continuación por el Presidente del Bundesrat acerca del criterio del Land de Brandenburgo, votó con un sí; el ministro disidente, sin haber sido requerido al efecto, gritó: «Vd. conoce mi opinión, señor Presidente»; pero el Presidente del Bundesrat atribuyó a aquel sí el valor de voto unitario del Land. En la Comisión sobre el federalismo, algunos de los asesores consideraron que tiene poco sentido la regla que exige siempre para adoptar decisiones la mayoría ab-

1 Se irán mencionando, en adelante, las tomas de posición publicadas en revistas especializadas, así como las más importantes aparecidas en la prensa diaria. Teniendo en cuenta que algunas no resultan fácilmente accesibles en su edición original, las citas y referencias (con sus correspondientes números de página, que en su caso se añadirán entre paréntesis) se toman de la obra recopilatoria Hans MEYER (ed.), *Abstimmungskonflikt im Bundesrat im Spiegel der Staatsrechtslehre*, Nomos-Verlag 2003.

Roland FRITZ/Karl-Heinz HOHM, «Szenen einer Abstimmung» —Das neue Zuwanderungsgesetz und das Gesetzgebungsverfahren im Bundesrat, Ausländer— und Asylrecht», *AuAS*, Sonderausgabe 19. April 2002 (págs. 34 a 52), mencionan en las notas 11 a 18, incluyendo las apariciones en televisión, a Benda, Denninger, Hirsch, Herzog, Kirchhof, Lerche, Morlok, v. Pestalozza, H.P. Schneider y Starck, lo que incluye a dos Presidentes eméritos del Tribunal Constitucional, uno de los cuales fue además Presidente Federal; ambos proceden del ámbito político dominado por los partidos. Hartmut BAUER, «Verfassungspoker im Bundesrat — Zur umstrittenen Bundesratsabstimmung vom 22. März 2002», *Recht und Politik* 2002, págs. 70 ss. (pág. 120, n. 12) añade aún otros autores, incluido quien escribe estas páginas (por más que yo no concediera ninguna entrevista al *taz*, y quizá Isensee tampoco; me limité a pronunciar algunas frases ante el micrófono de una radio alemana muy marginal). Y cabría añadir la infinidad de *cartas al director*.

soluta de los votos teóricamente posibles; porque, teniendo en cuenta los acuerdos de coalición habituales en los Länder, conforme a los cuales el partido minoritario puede imponer al Land la abstención, tal regla tiende a provocar una colaboración *destructiva* del Bundesrat en las tareas de la Federación.

II. CUALIDAD DE MIEMBRO DEL BUNDES RAT Y DERECHO DE VOTO EN EL MISMO

1. ¿TIENE CADA MIEMBRO DEL BUNDES RAT VOTO PROPIO?

En la publicación que abre los minuciosos debates científicos, «Die verfassungswidrige Bundesratsabstimmung» («La votación inconstitucional del Bundesrat»), Wolf-Rüdiger Schenke se ocupa solamente de la cuestión jurídica concreta, cómo debería haber sido valorado el voto de Brandenburgo, y sólo muy incidentalmente del aspecto central y decisivo para el sistema de votaciones del Bundesrat, que es la pregunta acerca de si cada uno de los miembros del Bundesrat tiene un voto propio, que sólo le corresponde a él. Al hacerlo así se encuentra, aunque no fuera en buena, sí al menos en abundante compañía². Schenke defiende el derecho de voto propio de cada miembro del Bundesrat porque «los miembros singulares del Bundesrat están dotados de derechos propios (...) por ejemplo por el art. 43.2 GG», y porque «entre éstos se cuenta también el derecho de voto». Pero Schenke no aporta prueba alguna tomada de la Constitución para esta última afirmación³, que va más allá que la anterior y

2 Wolf-Rüdiger SCHENKE, «Die verfassungswidrige Bundesratsabstimmung», *NJW* 2002, págs. 1318-1324 (cfr. n. 1, págs. 25 ss.). Florian BECKER, «Die uneinheitliche Stimmabgabe im Bundesrat – Zur Auslegung von Art. 51 III 2 GG», *NVwZ* 2002, págs. 569-572 (cfr. n. 1, págs. 61 ss.) tampoco se plantea mayores dudas; no deriva de la Constitución el derecho propio al voto, sino que se limita a suponerlo. Lo mismo hace Claus-Peter BIENERT, «Zur Frage unterschiedlichen Abstimmungsverhaltens der Mitglieder der Regierung eines Bundeslandes bei der Abstimmung im Bundesrat», *ThürVBl* 2002, págs. 108 ss. (cfr. n. 1, pág. 55: «su voto»), igual que Jörn IPSEN, «Gespaltenes Votum bei Abstimmungen im Bundesrat (Art. 51 Abs. 3 Satz 2 GG)», *DVBl* 2002, págs. 653 ss. (cfr. n. 1, pág. 70: es propio del status de los miembros del Bundesrat «votar por sí mismos») e indirectamente también Rolf GRÖSCHNER, *JZ* 2002, págs. 621 ss. (cfr. n. 1, págs. 88 s.), que ciertamente reconoce que se trata de un conjunto de votos, pero que atribuye a los miembros singulares del Bundesrat la posibilidad de emitir un voto discordante. Peter LERCHE, en su breve toma de posición en el *Süddeutsche Zeitung*, parte igualmente de un derecho propio de voto de cada uno de los miembros del Bundesrat (cfr. n. 1, pág. 12), pero en un posterior debate en Frankfurt habla, con la debida distancia y en su inimitable estilo, no de la «opinión dominante», sino de la «opinión acostumbrada» (véase el informe de Georg Paul HEFTY en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 23 de junio de 2002), y constata en *BayVBl* 2002, pág. 577, que quienes adoptan tal criterio, por lo común, se limitan a partir de él dándolo por supuesto.

3 No afirma eso el único apoyo textual que se invoca (también por parte Florian BECKER). Dieter BLUMENWITZ (*Bonner Kommentar*, Art. 51, número marginal 26) refiere al citado precepto la capacidad (con razón reconocida por él a cada miembro del Bundesrat) para interponer un conflicto constitucional de atribuciones. El verdadero fundamento lo aporta después (número marginal 27); radica en la suposición de que sería incompatible «con la función y el valor atribuidos a una verdadera participación en una Cámara legislativa de la Federación» la limitación a los derechos

resulta decisiva para resolver el conflicto. Que los miembros del Bundesrat estén provistos de *un* derecho, por ejemplo el de acceder y hacerse oír en el Bundestag conforme al art. 43.2 GG, no debería servir a Schenke como prueba de que tienen asimismo otros derechos⁴. Mas parece tan seguro de su afirmación que le resultan superfluas posteriores argumentaciones⁵. Una parte del desasosiego que se encuentra y se suscita en la prensa, ocasionalmente también entre algunos colegas, sólo puede comprenderse teniendo en cuenta tal certidumbre.

Si cada miembro del Bundesrat, como por ejemplo los diputados del Bundestag, tuviera un derecho propio de voto, que sólo le correspondiera a él⁶, entonces la mayor parte de las votaciones habidas hasta ahora en el Bundesrat bien pudieran haber transcurrido de forma incorrecta, y una parte importante de sus resultados habrían sido computados erróneamente; en realidad, siempre que no todos los miembros estaban presentes, y desde luego cuando sólo levanta el brazo un miembro de un Land estando presentes otros miembros procedentes del mismo, incluso todos ellos. De una u otra manera se procede en más del 99,9% de los casos. De atenernos a lo que afirma Schenke, siempre que un miembro del Bundesrat no estuviera presente, los votos de su Land, fijados por la Constitución, no podrían ser emitidos, como es preceptivo, de forma unitaria, porque con el miembro del Bundesrat falta en la sesión su voto. Y, por supuesto, un voto no unitario de un Land no es un voto relevante; tal modo de votación resulta expresamente excluido por la Constitución. Ello resulta necesariamente del art. 51.3 GG, segunda frase⁷. Pero tampoco la costumbre de votar mediante portavoces de los votos de un Land (*Stimmführerschaft*), común en el Bundesrat desde hace más de cincuenta años, podría conducir a una emisión unitaria del voto, porque los votos de los demás miembros del Bun-

de asistencia, uso de la palabra y pregunta. Dejando al lado la identificación del Bundesrat con una Cámara legislativa, ello supone, para comenzar, una petición de principio. Interesa destacar que BLUMENWITZ ni siquiera muestra seguridad para mencionar «el derecho de voto» o, como añade entre paréntesis, «al menos un derecho a la votación en el Bundesrat»; tal idea bien podría haber provocado reflexiones ulteriores.

⁴ Así, por ejemplo, del derecho de los miembros del Gobierno federal a asistir y hacerse oír en el Bundestag, conforme al Art. 43 Abs. 2 GG, seguramente a nadie se le ocurra derivar un derecho de iniciativa.

⁵ Comparte esta seguridad *quasi a priori* con una parte de la doctrina. Por ejemplo, J. IPSEN funda así la suposición de que la votación como «portavoz de los votos del Land» (*Stimmführer*) debe ser «consentida», con la frase: «Ello se sigue simplemente de la circunstancia de que corresponde al status de miembro del Bundesrat votar por sí mismo» (cfr. n. 2, así como el artículo recogido en el libro citado en n. 1, pág. 70). De dicha «circunstancia» debería responder la segunda frase del art. 51.3 GG; pero ocurre que ésta no habla de los votos de los miembros del Bundesrat, sino de los del Land. Sobre ello volveremos en el texto.

⁶ Lo que no excluye una vinculación interna de ese derecho, que sin embargo no se proyectaría hacia el exterior en caso de conflicto.

⁷ Sólo en el resultado coincido con Schenke, al sostener que una emisión de voto no unitaria no puede tener efecto alguno. El término común para señalar este efecto, también utilizado por Schenke, es el de «invalidez», pero exige una explicación más detallada (véase infra, III.2), porque en el Derecho que regula las votaciones adquiere un significado especial.

desrat serían indisponibles. Y si de hecho pudieran delegarse —algo muy inusual—, al menos debería garantizarse la evidencia de la delegación, debería mostrarse el apoderamiento al Presidente del Bundesrat. ¿Y que habría que hacer cuando en el Bundesrat conviniera hacer una votación no prevista, porque poco antes de la sesión se hubiera alcanzado un compromiso, y sólo estuviera presente un miembro de un Land? Así pues, tiene que suceder algo especial con el derecho de voto en el Bundesrat.

Una mirada a la Ley Fundamental, que pese a la frugalidad de sus reglas en la sección dedicada al Bundesrat nos pone justamente en este extremo algo sobre la mesa, debería haber advertido frente a soluciones demasiado simplistas. Por supuesto, la Ley Fundamental no se refiere como *diputados* (Abgeordnete) a las personas que componen el Bundesrat en cuanto órgano colegiado⁸. Ni siquiera las designa en sus reglas fundamentales. En el art. 51.1 GG se dice simplemente que el Bundesrat «está compuesto por» miembros de los gobiernos de los Länder; y, cuando el art. 51.3 GG, frase primera, recupera el término «miembro», se refiere a los miembros de los gobiernos, tal y como fueron mencionados en el apartado 1⁹. Sólo en el Reglamento del Bundesrat se designa a los miembros del gobierno mandados por el Land como «miembros del Bundesrat» (véase por ejemplo el § 1 del Reglamento del Bundesrat). En la Ley Fundamental aparece el concepto de «miembros del Bundesrat» únicamente en menciones accesorias, como las de los arts. 43.2, 77.2 frase tercera y 53 frase primera; pero en estos lugares se trata sobre su pertenencia a otros órganos diferentes al Bundesrat. En las normas que determinan los derechos de voto, en las regulaciones sobre quorum, nunca se habla para el Bundesrat de miembros, sino de votos, mientras que en las frases primera y segunda del art. 77.4 GG, refiriéndose al Bundestag, se habla de miembros, e igual ocurre en el art. 121 GG¹⁰.

Este pudor que muestra la Ley Fundamental a la hora dar un nombre a las personas integrantes del Bundesrat en el artículo propiamente dedicado a dicho órgano constitucional se corresponde con el tenor de la norma fundamental sobre el mismo, que es el art. 50, conforme al cual quienes colaboran a través del Bundesrat en los asuntos de la Federación son «los Länder», por tanto personas jurídicas, y no, por ejemplo, los gobiernos de los Länder, que son órganos colegiados. Puesto que las personas jurídicas, como los Länder, no son por sí mismas capaces de actuar, sino sólo las personas físicas, la «colaboración de los

8 El Presidente de gobierno del Land de Hesse, Koch, sostuvo incluso en el debate que el Bundesrat es un, o como un Parlamento, en concreto «la segunda Cámara del parlamentarismo alemán» (*Diario de Sesiones del Bundesrat* 774, pág. 174 B). En los primeros años se comparó ciertamente el Bundesrat, en ocasiones, con un «Parlamento de los consejos de gobierno de los Länder», pero se trataba de una comparación, no de una determinación de la posición jurídico-constitucional.

9 En otro caso habría que entender que el constituyente no se había percatado de haber introducido, en un mismo artículo, el mismo concepto con significados diferentes.

10 A esto último ha aludido con razón Carsten s. SOERENSEN, «Die verfassungsmäßige Bundesratsabstimmung zum Zuwanderungsgesetz», *NJW* 2002, Heft 24, págs. XII-XIV (cfr. n. 1, pág. 32).

Länder» mencionada en el art. 50 GG debe ser llevada a cabo por los «miembros» del Bundesrat correspondientes a cada Land¹¹.

Por lo que se refiere ahora a cada miembro del Bundesrat (no llamado así por la Ley Fundamental en los artículos decisivos, del 50 al 53) y a su derecho de voto, la primera norma importante es el art. 51.3, frase primera, de la Ley Fundamental. Dice que «cada Land puede enviar tantos miembros como votos le (al Land) corresponden». No son los miembros los que tienen los votos, sino el Land. No se trata de un desliz en la formulación; porque el art. 51.2 GG dice lo mismo al determinar el peso en votos de los Länder: «Cada Land tiene al menos tres votos...». Para que no quede siquiera un resto de duda dice la norma sobre la emisión del voto: «Los votos de un Land (¡sic!) sólo pueden ser emitidos de modo unitario» (frase segunda del art. 51.3 GG). De modo que en el Bundesrat no se emiten votos de sus miembros, sino votos de los correspondientes Länder. Sólo así puede comprenderse la ya citada disposición de la frase primera del art. 53.3 GG, conforme a la cual «cada Land puede enviar tantos miembros como votos le corresponden»; en otro caso carecería de sentido. Se trata de permitir a un Land también que envíe al Bundesrat a un número de miembros de su gobierno inferior al número de votos que le corresponden, pero sin que ello debilite su peso en votos. Esto constituye un momento esencial de la construcción de la Ley Fundamental acerca de la relación entre pertenencia al Bundesrat y derecho de voto¹².

De modo sorprendente, algunos autores, sobre todo en los más recientes comentarios a la Ley Fundamental, mantienen la tesis de que la frase primera del art. 51.3 GG se referiría a las sesiones concretas del Bundesrat, pero no a la pertenencia al mismo en cuanto tal¹³. De ordinario, ello se vincula a la pretensión de que cada Land debería mandar tantos miembros como votos le corresponden, aunque el art. 51.1 GG nada diga al respecto. Tras esto se oculta la idea de que cada voto debe tener su propio portador.

Ninguno de estos autores ha empleado siquiera un momento para reflexionar cuan singular resultaría, de un lado, que la Constitución se ocupara en la frase primera del art. 51.3 con un asunto propiamente, incluso vulgarmente re-

11 Considero poco fructífera la disputa sobre quiénes sean los «reales» (FRITZ/HOHM, cfr. n. 1, pág. 43), «auténticos», «materiales» (v. MUTIUS/PÖSSE, «Offener Verfassungsbruch im Bundesrat? — Zum Nebeneinander von Bundes— und Landesverfassungsrecht», *LKV* 2003, págs. 345 ss. — cfr. n. 1, pág. 98) o «formales» miembros del Bundesrat, porque la Constitución resulta inequívoca. Miembros no son los Länder, sino sólo los miembros de gobierno de los Länder designados al efecto y, en caso de representación, sus colegas del gobierno del Land. Pero no han de aportar al Bundesrat sus propios criterios, como es característico de un parlamento, sino los de los Länder por los que, conforme a la Constitución, ejercen su mandato como miembros del Bundesrat. La colaboración de los Länder, de la que habla el art. 50 GG, resulta «mediada», como el Tribunal Constitucional (BVerfGE 8, 104, 120) formula con precisión, por los miembros de los gobiernos de los Länder en el Bundesrat.

12 Como se mostrará más adelante, la alternativa sería igualmente dañina de seguir la argumentación de Schenke, si por tanto el art. 51.3 GG, frase primera, de hecho se refiriera a las sesiones particulares del Bundesrat.

13 Véase infra, en las notas 16 ss. y en el texto correspondiente.

glamentario, la participación en las sesiones; que, de otra parte, un miembro de un órgano colegiado debiera ser mandado de nuevo por el órgano proponente cada vez que hubiera una sesión de dicho órgano colegiado, sin gozar de un derecho a participar en las sesiones por virtud de su pertenencia al mismo; y, en tercer lugar, que en los cincuenta años de historia del Bundesrat aparentemente nunca se haya producido hasta ahora el acto formal de enviar a un miembro del Bundesrat para una sesión¹⁴, por no hablar de que el Presidente de una sesión haya podido preguntar por tal mandato¹⁵.

2. «EN EL BUNDESRAT NO CUENTAN LOS MIEMBROS, SINO LOS VOTOS»¹⁶,
O SOBRE EL INSTRUCTIVO PROCESO DE ELABORACIÓN DE LAS NORMAS

Una mirada a la génesis de la Ley Fundamental que se hubiera tomado el esfuerzo de no conformarse con el resumen publicado en el primer volumen del *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*¹⁷, y que por tanto hubiera atendido a las decisivas deliberaciones de la Comisión General del Consejo Parlamentario que elaboró la Ley Fundamental, habría tenido claro desde muy pronto que el Consejo Parlamentario no era tan necio como para ocuparse de la (eventualmente obligada) presencia de los miembros enviados al Bundesrat en las concretas sesiones del mismo.

Ya la Comisión de Organización del Consejo Parlamentario¹⁸ había aceptado, en cuanto se refería al Bundesrat, el proyecto elaborado en el palacio bávaro de Herrenchiemsee, y preveía en el art. 66, entre otras cosas, lo que hoy, formulado en forma un tanto diversa, aparece en la frase primera del art. 51.1 GG; esto es, que «los miembros del Bundesrat son nombrados y revocados por decisión del gobierno de cada Land». En el consecutivo art. 67 se decía: «Cada Land envía al menos un miembro del Bundesrat. Los Länder con más de dos millones de habitantes envían dos miembros; con más de cuatro millones de habitantes, tres miembros». Ya en esta temprana fase de la elaboración de la Ley Fundamental aparecían por tanto los conceptos de nombramiento y envío,

¹⁴ Aunque sí, de modo comprensible, un acuerdo sobre quién va.

¹⁵ El § 1 del Reglamento del Bundesrat impone por el contrario, con razón, que los gobiernos de los Länder comuniquen al Presidente del Bundesrat el nombramiento de los miembros del Bundesrat y la fecha en que tiene efectos.

¹⁶ Así argumentó el presidente de la Comisión General del Consejo Parlamentario Carlo Schmid que el peso de los Länder había de computarse en votos y no en miembros, lo que llevó a la Comisión General a cambiar por unanimidad su anterior concepción, que atendía a los miembros (Actas de la Comisión General, en adelante citadas como *HA*, pág. 508). Sobre ello volveremos con más detalle.

¹⁷ Como hace Florian BECKER (cfr. n. 2; n. 1, pág. 61, en notas 11 y 12).

¹⁸ Ésta y las siguientes referencias a la génesis de la Ley Fundamental se extraen de la publicación oficial del Consejo Parlamentario *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Entwürfe) – Formulierungen der Fachausschüsse, des Allgemeinen Redaktionsausschusses, des Hauptausschusses und des Plenums*, Bonn 1948/49; en adelante se cita como *Entwürfe*. La referencia del texto alude a la situación del 18 de octubre de 1948 (loc. cit., págs. 1, 8).

que resultaban regulados incluso en diferentes artículos y no sólo en diferentes apartados de un artículo, como ocurre hoy, y ambos se refieren igualmente a la pertenencia al Bundesrat, ciertamente sólo a ella: no existe referencia alguna a las sesiones singulares.

Pero la Comisión de Organización creyó oportuno adoptar una regulación expresa acerca de la relación entre miembros y votos en el Bundesrat, porque ya imponía la emisión de voto en forma unitaria por parte de cada Land, y por ello se formuló en el apartado 3: «Cada Land tiene tantos votos como miembros puede enviar». Es evidente que con ello no se pretendía decir que el número de votos de un Land oscilaba conforme a la presencia de los miembros de ese Land en cada una de las sesiones. Que no diga «tiene tantos votos como miembros», sino «como miembros puede enviar», muestra con sobrada claridad que los votos de un Land no debían vincularse a los miembros singulares.

En la primera lectura hecha por el Consejo Parlamentario, el 21 de Octubre de 1948, los grupos parlamentarios mostraron sus ideas generales sobre la representación de los Länder en la organización federal¹⁹. Éstas, expuestas en términos aún muy imprecisos, abarcaban desde el modelo, defendido por el SPD²⁰, del Senado como representación del pueblo del Land o de su parlamento (en este sentido se manifestaba el KPD²¹), hasta un Consejo Federal o Bundesrat puro formado exclusivamente por representantes de los gobiernos, como propusieron el Deutsche Partei (DP)²² y el Zentrum²³, pasando por una solución mixta con representantes de los gobiernos y senadores elegidos por los parlamentos de los Länder, como defendieron la CDU²⁴ y el FDP²⁵, en cuyo contexto la CDU insistió en que ningún miembro debía estar sometido a instrucciones. Las cuestiones del peso de cada uno de los Länder, de la libertad de mandato y de las relaciones entre composición y funciones fueron objeto de debate.

El 26 de Noviembre tomó posición la Comisión de Redacción del Consejo Parlamentario sobre las formulaciones de las comisiones especializadas²⁶ y ofreció dos variantes. La primera proponía que cada Land estuviera representado con un solo miembro y, de ese modo, sin decirlo expresamente, con un solo voto. La segunda anticipaba la fórmula vigente; parte de una segmentación del peso de los Länder, pero separa este aspecto de la pertenencia al Bundesrat en calidad de miembro. Conforme a ello, el art. 66 regula simplemente el nombramiento de los miembros, sin indicar su número, mientras que el art. 67, en

19 Diario de sesiones de la séptima sesión del Consejo Parlamentario (*PR Sten.Ber.*, págs. 85-97).

20 Diputado Katz, *HA*, pág. 91.

21 Diputado Renner, loc. cit., pág. 95.

22 Diputado Seebohm, loc. cit., pág. 92. El Deutsche Partei defendía la idea de un gobierno presidencialista, con el Presidente Federal a la cabeza; el Bundesrat debía ocuparse, bajo su dirección, a los asuntos propiamente gubernativos.

23 Diputado Brockmann, loc. cit., pág. 96.

24 Diputado Lehr, loc. cit., págs. 86/87.

25 Diputado Dehler, loc. cit., pág. 89.

26 *Entwürfe*, loc. cit., págs. 17, 25.

su apartado segundo, hace que el peso en votos de los Länder —no su peso en miembros del Bundesrat— varíe, según su tamaño, entre uno y tres votos: *Cada Land tiene al menos un voto. Los Länder con más de dos millones de habitantes tienen dos votos...* Mientras que la Comisión de Organización aún había vinculado tal segmentación a los miembros del Bundesrat, la Comisión de Redacción opera por tanto de forma exactamente inversa. En el apartado 1 habla de votos, y no de miembros. Sólo en el apartado 3 establece la vinculación entre ambos: «Cada Land puede enviar tantos miembros como votos le corresponden»²⁷. La vinculación era necesaria porque, al contrario de que lo que había hecho la Comisión de Organización, la Comisión de Redacción, al formular la segmentación de los votos, no había establecido aún el número de miembros de cada Land. La expresión misma resulta unívoca; no dice que cada Land tiene tantos miembros como votos le corresponden, lo que hubiera sido natural, cuando no forzado, en el caso de un parlamento, sino que «puede enviar», y por tanto no necesariamente envía, tantos miembros como votos tiene. En las propuestas de ambas comisiones, estas reglas nada tienen que ver con las sesiones concretas, sino que caracterizan la relación entre votos y miembros del Bundesrat. Y con ello se corresponde también el que ya ambos proyectos se atuvieran a la necesidad de que los votos de cada Land se emitieran de forma unitaria, la Comisión de Organización en el mismo párrafo en que regula la segmentación de los votos y la Comisión de Redacción en un párrafo independiente del mismo artículo.

En la primera lectura del artículo sobre el Bundesrat en la Comisión General, el 30 de Noviembre de 1948, se toma la propuesta de la Comisión de Redacción como punto de partida para las deliberaciones²⁸. El SPD abandona la variante del Senado, porque no había perspectivas de encontrar una mayoría que la apoyara, pero sigue defendiendo la representación igual de todos los Länder, aunque ahora con tres miembros por cada uno²⁹. También utiliza la terminología de la Comisión de Organización, conforme a la cual los miembros son «enviados» al Bundesrat —y no por ejemplo a las sesiones particulares: «Cada Land envía tres miembros». En torno a la propuesta del grupo parlamentario formado por CDU y CSU, conforme a la cual cada Land tendría un voto por cada millón de habitantes y enviaría el correspondiente número de miembros al Bundesrat, tiene lugar una disputa incidental que resulta interesante para nuestro tema. El diputado Katz objeta que Renania del Norte-Westfalia ni siquiera tiene suficientes ministros como para ocupar todos sus escaños, que serían doce o trece, a lo que el diputado Süsterhenn replica que los trece votos podrían ser representados por un apoderado. Katz replica: «¡Correcto! Pero antes necesitan ocupar su escaño»; a lo que aduce Süsterhenn: «No hablamos de escaños, sino de votos», frente a lo cual Katz le hace notar que la pro-

27 Es el precedente del actual art. 51.3 GG, frase primera. Invierte exactamente, como un espejo, la ya citada formulación dada por la Comisión de Organización en el art. 67. 3.

28 HA, loc. cit., pág. 123.

29 Diputado Katz, HA, loc. cit., pág. 123.

puesta de la CDU/CSU se refiere (como él mismo) a los escaños³⁰. El debate se interrumpe, y se encomienda a la Comisión de Organización que aclare la cuestión del peso de los diferentes Länder. Un día después está disponible su propuesta; prevé una segmentación entre tres y cinco, pero se refiere, como ya ocurría con la propuesta original de la Comisión de Organización, no a los votos, sino a los representantes: *Cada Land envía tres miembros; los Länder con más de dos millones de habitantes envían cuatro miembros, los Länder con más de seis millones de habitantes envían cinco*. Tampoco aquí el verbo «envían» se refiere a la participación en las sesiones. La propuesta es aceptada por muy amplia mayoría en la primera lectura de la Comisión General.

La decisión se produce en la segunda lectura de la Comisión General, el 14 de Enero de 1949³¹. Existe una toma de posición previa de la Comisión de Redacción, reunida entre el 13 y el 16 de Diciembre de 1948, acerca de los resultados de la primera lectura en la Comisión General³². Primeramente, la Comisión General no logra ponerse de acuerdo sobre si debe apoyarse en este documento o en la versión adoptada en la primera lectura por la propia Comisión General a partir de la propuesta de la Comisión de Organización. Habiendo igual número de votos en ambos sentidos, se opta por este segundo documento, y con ello por la formulación que se fija en los miembros, no —como hace la Comisión de Redacción— en los votos. En el debate, la cuestión adquiere sin embargo un giro interesante.

Primeramente alega el diputado Zinn, en favor de la Comisión de Redacción, que la representación mediante apoderados de los miembros en el Bundesrat, como había previsto la Comisión General en la primera lectura, no es aceptable desde el punto de vista de la relevancia del Bundesrat; en sus sesiones sólo deberían poder participar miembros de los gobiernos de los Länder, y no por ejemplo funcionarios ministeriales apoderados al efecto. El temor más frecuentemente expuesto en la Comisión General fue que el Bundesrat no pudiera adquirir peso propio si los Länder se hicieran representar mediante funcionarios. La intervención de Zinn conduce a la actual redacción de la frase segunda del art. 51.1 GG, conforme a la cual los representantes de los miembros del Bundesrat han de ser igualmente miembros del gobierno del Land. Frente a una posible sobrecarga de los miembros de gobierno del Land a causa del trabajo en el Bundesrat³³ se contraargumenta que resulta suficiente para la emisión del voto con que acudan uno o dos miembros; por lo demás, una parte importante del trabajo sería desarrollada en comisiones, a las cuales naturalmente podrían pertenecer funcionarios (véase el actual art. 52.4 GG).

30 Diputado Katz und Süsterhenn, *HA*, loc. cit., págs. 125/126.

31 *HA*, loc. cit., págs. 507-509.

32 *Entwürfe*, loc. cit., págs. 85, 95.

33 El Diputado Höpker-Aschoff, a propósito de la propuesta de la Comisión de Redacción, informa sobre la experiencia en el Reichsrat, en el que habrían existido también órdenes del día realmente aburridos. No sería defendible que los ministros siempre tuvieran que alejarse de las respectivas «capitales del Estado» federado.

Cuando este debate, transversal a las alineaciones partidarias, condujo a que una gran mayoría optara por el texto de la Comisión de Redacción, propuso el Presidente que tampoco en cuanto al peso atribuido a los diversos Länder se adoptara la versión de la primera lectura, que descansa sobre los miembros, sino la de la Comisión de Redacción, que se apoya en los votos. Argumenta de este modo: «Al respecto querría señalar que, a mi juicio, la Comisión de Redacción parece presentar un mejor sistema. (Dr. Süsterhenn, diputado: ¡Así es!). En el Bundesrat no cuentan los miembros, sino los votos (...) (Expresiones de aprobación). De modo que someto a votación la formulación de la Comisión de Redacción. *Cada Land tiene tres votos; los Länder con más de dos millones de habitantes tienen cuatro votos, los Länder con más de seis millones de habitantes, cinco. Cada Land puede enviar tantos miembros como votos le corresponden. Los votos de un Land sólo pueden ser emitidos de forma unitaria y sólo por parte de miembros presentes o sus representantes.*»

A la pregunta incidental del diputado Menzel, acerca de si sería suficiente con la presencia de un ministro, responde el presidente: «El ministro presente puede emitir sus (¡sic!) cinco votos». Para dejarlo claro añade en una intervención ulterior: «El voto no puede ser emitido por un funcionario, tampoco de modo telegráfico ni por escrito». Por ejemplo, por Renania del Norte-Westfalia podría emitir todos los votos el ministro para el Bundesrat o su representante. Antes ya había manifestado la opinión de que, para aligerar sus tareas, los Länder no podrían por menos de nombrar ministros para el Bundesrat o de conferir rango ministerial a apoderados específicos para el Bundesrat. Tras estas puntualizaciones, la versión de la Comisión de Redacción es aprobada por unanimidad. El envío de ministros al Bundesrat se refiere también en esta versión, de modo exclusivo, a la pertenencia al Bundesrat, no a la asistencia a sesiones particulares.

En la tercera lectura de la Comisión General, el 9 de febrero de 1949³⁴, y a propuesta de nuevo de la Comisión de Redacción, la versión citada simplemente se distribuye en dos apartados. Si con ello se hubiera pretendido una modificación sustantiva, y a la vista las intensivas deliberaciones sobre la sección que trata del Bundesrat que habían sido habituales en la Comisión General, la cuestión sin duda hubiera sido sometida a discusión, al menos por el Presidente.

En la cuarta lectura de la Comisión General, el 5 de mayo de 1949, ya no se introdujeron más modificaciones sustantivas³⁵. En la segunda lectura en el Pleno³⁶ y en la tercera³⁷, el 6 de mayo de 1949³⁸, nada se cambió en el texto.

La elaboración del precepto proporciona así una clara imagen, que concuerda con el texto de la Ley Fundamental. En primer lugar, la regla del art. 51.3

34 HA, loc. cit., págs. 634-635.

35 HA, loc. cit., pág. 753.

36 PR Sten.Ber., pág. 182.

37 PR Sten.Ber., pág. 228.

38 PR Sten.Ber., pág.182.

GG, frase primera, conforme a la cual cada Land «puede» enviar tantos miembros como votos le corresponden, se refiere a la pertenencia al Bundesrat y no a la participación en sus sesiones; sobre este aspecto la Ley Fundamental no pierde tiempo alguno, como se corresponde también con su carácter de materia simplemente reglamentaria. En segundo lugar, el «puede» debe ser tomado en serio. El Consejo Parlamentario se ha distanciado de un «debe», porque había que tener en cuenta el argumento de la excesiva carga de tareas que recaería sobre los ministros de los Länder si se requiriera de continuo su colaboración en el Bundesrat, también para cuestiones sin trascendencia. En tercer lugar, ello fue posible porque el Consejo Parlamentario, tras abandonar una orientación inicial diferente, disolvió el vínculo entre pertenencia al Bundesrat en calidad de miembro y derecho de voto³⁹.

3. LOS COMENTARIOS A LA LEY FUNDAMENTAL, O SOBRE CÓMO A VECES LAS CITAS RECÍPROCAS SUSTITUYEN A LA REFLEXIÓN

Si se revisan desde estos supuestos los comentarios a la Ley Fundamental, apenas cabe evitar la impresión, al menos parcial, de que tras algunas afirmaciones no se esconde una dosis especialmente alta de reflexión. Ello bien puede haber sido favorecido por el hecho de que las reglas sobre el Bundesrat no hayan resultado hasta ahora seriamente controvertidas. Que Bodo Pieroth entienda, sin ofrecer un fundamento de su propia cosecha, que la regla sobre el envío de miembros al Bundesrat contenida en el art. 51.3 GG, frase primera, se refiere a la participación en las sesiones, quizá pueda ser imputado a la sumaria específica de su comentario⁴⁰. Hartmut Bauer, en quien se apoya Pieroth, remite entre otros al propio Pieroth⁴¹; y ambos invocan a Jürgen Jekewitz⁴². Para éste, se probaría esta tesis por relación con «la afirmación del art. 51.3 GG, frase segunda, sobre la emisión propia del voto». Tal frase segunda, sin embargo, regula de forma general modalidades de emisión del voto, no tal emisión en sesiones concretas; tampoco esa frase fue referida nunca, en todo el proceso de elaboración de la Ley Fundamental, a sesiones particulares del Bundesrat, sino que, como todas las demás prescripciones del actual art. 51 GG, fue entendida como una determinación estructural para el Bundesrat. Cuando Jekewitz de inmediato añade que de las reglas especiales sobre la emisión del voto se puede deducir «que con ello se alude a la participación personal de los Länder en el órgano constitucional de la Federación», y por tanto, con claridad, no a las sesiones particulares, entonces no sólo contradice su frase anterior, sino que se

³⁹ Con razón ha aludido a este hecho Christian PESTALOZZA, *Süddeutsche Zeitung* del 25-3-2002 (cfr. n. 1, pág. 13).

⁴⁰ En JARASS/PIEROTH, *GG*, 6.ª ed., 2002, Art. 51, número marginal 5.

⁴¹ En Horst DREIER (Hrsg.), *GG* Tomo 2, 1998, Art. 51, número marginal 21.

⁴² En *Alternativkommentar* Tomo 2 (Erhard DENNINGER, Hrsg.), 3.ª ed., 2001, Art. 53, número marginal 9.

coloca él mismo en un dilema: acerca del art. 51.1 GG, que nada dice sobre el número de miembros que deben ser nombrados, él ha defendido sin mayor fundamentación la tesis de que cada Land «debería» nombrar un número de miembros que se correspondiera con su peso en votos. Sólo sirve para redondear este pasaje literario que Jekewitz pretenda, con toda seriedad, que «el Bundesrat siempre estará plenamente ocupado». Incluso en la sesión del Bundesrat aquí comentada, a veces presentada como una especie de batalla decisiva sobre el destino del Bundesrat, las actas indican que faltaron veintitrés miembros o representantes, no menos de un tercio. Bauer se refiere finalmente también a Gerhard Robbers, que como argumentos tampoco puede aportar más que Jekewitz, y que se remite a éste y a Pieroth⁴³. Stefan Koriöth⁴⁴, que se apoya en Jekewitz, considera que los Länder están obligados a nombrar un número de miembros que se corresponda con el número de sus votos, y pretende que la frase primera del art. 51.3 GG no interfiere en este extremo porque sólo se refiere a las sesiones concretas del Bundesrat. Queda entre tinieblas qué relación pueda tener la designación de todos los miembros correspondientes a cada Land con el carácter colegiado del Bundesrat, que es uno de sus argumentos; también dieciséis miembros, uno por Land, podrían por sí solos hacer que el Bundesrat apareciera como un órgano colegiado. Y que un Land envíe tres miembros en lugar de cinco no decide la cuestión de si miembros del Bundesrat son los Länder o sus mandatados, una pregunta que también trata en este lugar⁴⁵.

Ya en 1991 Theodor Maunz⁴⁶ anticipó ciertas reservas frente a la tesis conforme a la cual la frase primera del art. 51.3 GG se refiere a las sesiones concretas. Observó que la regla no tiene mucho sentido para ellas, aunque sólo fuera porque tras la palabras «tantos miembros» faltaba el añadido «o representantes». En otro caso debería Jekewitz suponer, por ejemplo, que el Land que no enviara a una sesión tantos miembros como votos le corresponden estaría obligado a completar el número con representantes, algo que convertiría el precepto en un verdadero sinsentido. Walter Krebs, que en su comentario⁴⁷ no menciona expresamente la frase primera del art. 51.3 GG, refiere este precepto, como Maunz, también al nombramiento de los miembros y no a la presencia en las sesiones. Considera a los gobiernos de los Länder obligados sólo a nombrar al menos un miembro, y añade: «el número máximo resulta de los apartados 2 y 3»⁴⁸. La frase primera del apartado tercero es comprendida así como limitación para el nombramiento de los miembros, no de su envío a una sesión. El más detallado y fundado comentario de las reglas sobre el Bundesrat corresponde a

43 En SACHS (Hrsg.), *GG*, 2.^a ed., 1999, Art. 51, número marginal 14.

44 En v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *GG* Tomo 2, 4.^a ed., 2000, Art. 51, número marginal 7.

45 Por supuesto los enviados son los miembros, pero han de realizar la colaboración del correspondiente Land en la formación de la voluntad de la Federación de la que habla el art. 50 GG. Véase con más detalle supra, en el texto correspondiente a la nota 11.

46 En MAUNZ/ DÜRIG et al., *GG* Art. 51, número marginal 14, sub 11 a y sub b in fine (1991).

47 En v. MÜNCH/KUNIG (Hrsg.), *GG* Tomo 2, 5.^a ed. 2001, Art. 51.

48 Loc. cit., Art. 51, número marginal 4.

Konrad Reuter, buen conocedor también de los usos del Bundesrat. Tras constatar la obligación de los Länder de nombrar miembros para el Bundesrat se plantea cuántos han de ser nombrados; «el art. 51 GG no establece cuantos miembros serán nombrados como miembros ordinarios (y además como representantes de los mismos), dentro del margen establecido por el número de votos (art. 51.3 GG, frase primera). Así resulta del art. 51.3 GG, frase primera, como norma facultativa»⁴⁹. Y más adelante dice: «El envío de miembros hasta ese número máximo (*el establecido para los votos de cada Land en el art. 51.2 GG*), y que por tanto no necesariamente se corresponde con el número de votos, es tratado por la disposición facultativa de la frase primera del art. 51.3 GG como algo secundario»⁵⁰. Más sencillamente no podría expresarse el resultado de la interpretación; que se corresponde tanto con la génesis del precepto como con el texto de la Ley Fundamental.

Con particulares dificultades maniobra Theodor Maunz⁵¹, que, como se ha dicho, refiere la disposición facultativa de la frase primera del art. 51.3 GG al nombramiento, no a la participación en las sesiones. Y es que también defiende el criterio de que deberían ser nombrados tantos miembros como votos corresponden al Land. El obstáculo del «pueden» que contiene la frase, en el que necesita leer lo contrario, un «deben», resulta a tal fin calificado como «giro lingüístico no muy afortunado»; pretendería sólo subrayar el derecho de los Länder de enviar sus representantes. Pero, mediante un «pueden», ello sin duda habría quedado expresado mediante un «giro lingüístico afortunado». Creer al Consejo Parlamentario capaz de imponer a los Länder en el apartado 1 un deber constitucional de nombramiento y, por añadidura, de garantizarles expresamente en el apartado 3 también el derecho de cumplir con su deber, esto bien pudieran haberlo entendido Carlo Schmid, Lehr, Süsterhenn, Menzel, Katz, Heuss y Zinn como una falta de respeto⁵².

Cuando supone que la frase primera del art. 51.1 GG prescribe a los Länder nombrar tantos miembros como votos les atribuye el art. 51.2 GG, aunque el precepto no diga eso, no se ocupa el propio Schenke de la frase primera del art. 51.3 GG⁵³, que sin embargo algo dice al respecto, en concreto lo contrario. Schenke se mantiene así en la tradición de Blumenwitz, que en su comentario de veinticinco páginas al art. 51 GG ofrece sólo una sola frase, y además parcialmente incorrecta, como reflexión sobre la primera frase del art. 51.3 GG: «La representación mediata de los Länder resulta por lo demás ilustrada con la dependencia del número de miembros respecto del número de votos que co-

49 Konrad REUTER, *Praxisbandbuch des Bundesrates*, 1991, Art. 51, pág. 218 sub 1. La denominación de la obra resulta en exceso modesta.

50 Loc. cit., pág. 240.

51 Theodor MAUNZ, loc. cit. en n. 46, Art. 51, número marginal 14 sub b.

52 Que SCHENKE (cfr. n. 2 y n. 1, en nota 29 de la pág. 25) apele a esta discutible argumentación de Maunz muestra con cuanto desaliño se trenzan los razonamientos.

53 Véase supra, en el texto correspondiente a las notas 50 y s. Ya se ha dicho en la anterior nota 52 lo suficiente acerca del hecho de que Schenke, para ahogar el sentido de una norma constitucional, se limite a invocar a Maunz.

responden a cada uno de los Länder (art. 51.3 GG, frase primera)⁵⁴. El número de miembros, conforme a la frase primera del art. 51.3 GG, depende sólo en su máximo del número de votos, pero precisamente no se identifica con él, y en ello reside la gracia del precepto.

4. LAS APORÍAS A LAS QUE CONDUCE ACEPTAR UN DERECHO DE VOTO PROPIO DE CADA MIEMBRO DEL BUNDESRAT

Si el voto se integrara como elemento esencial en la pertenencia al Bundesrat, como supone Schenke, entonces un Land perdería votos cuando no agotara su contingente de miembros⁵⁵. ¿Cabe acaso creer seriamente que al constituyente se le hubiera podido escapar el sinsentido de una norma como ésta? A Schenke debería haberle llamado la atención que la Ley Fundamental no contenga regla alguna sobre la delegación de voto, que en absoluto cabría dar por supuesta; que tampoco se regule la posibilidad de que exista un portavoz de los votos del Land (*Stimmführerschaft*)⁵⁶, que naturalmente habría de entenderse prohibida en caso de existir un derecho de voto propio de cada miembro del Bundesrat; que, finalmente, no haya norma alguna que establezca la irrelevancia del silencio de un miembro del Bundesrat presente en las votaciones. ¿Y que hace Schenke en el caso de que un Land utilice sus facultades y, teniendo cuatro votos, nombre sólo tres miembros, por ejemplo para ahorrarse gastos? ¿Pueden emitirse los votos, que son sólo tres, con la consecuencia añadida de que estamos ante un voto emitido de forma no unánime, puesto que el Land, conforme a la Constitución, tiene realmente cuatro? ¿O tiene cada miembro 1,3333... votos? ¿O tiene alguno de ellos dos (pero, entonces, cuál)? Schenke se sustrae a estas reflexiones porque simplemente ignora la frase primera del art. 51.3 GG, conforme al cual cada Land «puede», y justamente por ello no «debe», enviar tantos miembros como votos tiene.

La argumentación que cabe oponer a Schenke tampoco perdería valor alguno aunque el precepto se interpretara, igualmente contra la propia Constitución, como si allí se dijera que pueden ser enviados a las sesiones concretas menos miembros que votos tiene el Land. En tal caso, si cada miembro dispone de un derecho propio de voto, tampoco podría el Land votar de modo unitario; por tanto, si utilizara la posibilidad ofrecida por el precepto, perdería la posibilidad de emitir un voto válido. La Constitución, de ese modo, permitiría a los Länder hacer algo que dejaría al Land que lo hiciera sin voto en el Bundesrat, o

54 Dieter BLUMENWITZ, en la segunda versión, de 1987, del comentario al Art. 51 (número marginal 2) en el *Bonner Kommentar*.

55 En la conflictiva sesión en la que se votó la Ley de inmigración, el Land de Renania del Norte-Westfalia, con sus seis votos, estaba representado, a la luz de las actas, sólo por su Ministro de Interior. En total «faltaron» a esta sesión, cuyo alcance político resultaba evidente, un tercio de los miembros del Bundesrat, en concreto veintitrés, como ya hemos señalado.

56 Esto es, el derecho a emitir todos los votos del Land mediante un solo portavoz.

bien daría lugar a complicaciones irresolubles, como las apuntadas hacia el final del párrafo anterior.

5. LA RELACIÓN ENTRE PERTENENCIA AL BUNDES RAT Y EL DERECHO DE VOTO CONFORME A LA LEY FUNDAMENTAL

De modo que, conforme al texto de la Ley Fundamental, cada Land puede enviar tantos miembros al Bundesrat como votos le atribuye la Constitución. Puede enviar menos, aunque tampoco sea habitual, pero sin que ello implique una pérdida de votos. Conforme a la unívoca interpretación que se deduce de la génesis del precepto, que los comentarios a la Ley Fundamental sin embargo no toman en consideración, el constituyente quería con ello evitar que el Bundesrat consumiera en exceso el tiempo de los miembros del gobierno de los Länder, después de haber decidido, frente a algunos planes iniciales, que tanto los miembros del Bundesrat como sus representantes sólo podían ser miembros del gobierno, y no funcionarios apoderados al efecto.

El número de miembros de un Land queda así limitado, que no determinado, por su número de votos. El número de votos de un Land, por el contrario, no está vinculado al número de miembros, sino que resulta fijado por la Constitución y depende exclusivamente del número de habitantes del Land. No existe por tanto una vinculación constitucional entre pertenencia al Bundesrat y derecho de voto. Ello excluye que un miembro del Bundesrat pueda ser visto como portador de un voto propio sobre el que puede disponer, aunque sólo le quepa hacerlo en el sentido uniforme del Land. Ello se corresponde con el hecho de que la Constitución, en el art. 51, hable no menos de tres veces de los votos del Land, no de los votos de los miembros del Bundesrat; también, y precisamente, al regular la emisión del voto. Ello explica también por qué la Constitución no contiene regla alguna sobre la delegación de voto o sobre la valoración que merece el silencio de un miembro del Bundesrat presente en una votación⁵⁷.

Los votos de un Land forman por ello un contingente estable e independiente de los miembros del Bundesrat, y por ello (volveremos de nuevo sobre este extremo), conforme a la Constitución, sólo pueden ser emitidos de modo unitario. La regla del § 29.1, frase segunda, del Reglamento del Bundesrat, conforme a la cual se tiene que votar nominalmente «llamando a los Länder» cuando lo solicite un Land, se corresponde perfectamente con la idea de la Ley Fundamental de que son votos de los Länder y no de los miembros del Bundesrat; pues al llamar a votar al Land se solicita el voto del Land correspondiente y no de los miembros del Bundesrat procedentes del mismo. Así se votó en el caso

⁵⁷ Si tuviera un derecho de voto propio, su conducta debería ser valorada como voto negativo o como abstención, con la consecuencia de que los votos del Land no podrían ser computados, ya que es necesario que sean emitidos de forma unitaria.

aquí discutido, puesto que lo solicitó el Land de Renania-Palatinado, gobernado por una coalición entre el SPD y el FDP.

La Ley Fundamental nada dice sobre la cuestión de quién debe emitir en cada caso particular el contingente de votos del Land. Simplemente impone en la frase segunda del art. 51.2 GG que debe tratarse necesariamente de miembros del Bundesrat (o sus representantes) procedentes del Land y que estén presentes en la votación. Dado que miembros del Bundesrat no son los Länder, sino los miembros del gobierno del Land nombrados al efecto, sólo éstos pueden emitir «los votos de un Land», el contingente de votos que le corresponde.

Frente a lo que dice Schenke, la Ley Fundamental no parte, pues, de un acoplamiento entre derecho de pertenencia al Bundesrat y derecho de voto⁵⁸; la única vinculación consiste en que el ejercicio del derecho de voto de un Land sólo es ejercitable por parte de un miembro del Bundesrat procedente del gobierno del Land correspondiente. Cada miembro del Bundesrat tiene por tanto, a partir de la Constitución, un derecho potencial, dependiente de su presencia en la sesión, a ejercer como portavoz de los votos del Land. El derecho está referido, como deja absolutamente claro la frase segunda del art. 51.3 GG, a «los votos de un Land», al contingente de votos del Land respectivo, no a un voto «propio».

De ello se pueden deducir dos importantes consecuencias. La posibilidad de que un miembro del Bundestag actúe como portavoz de los votos del Land no es un hallazgo de la praxis constitucional que esté necesitado de justificación, sino la consecuencia lógica del hecho de que los votos de un Land sólo pueden ser emitidos en conjunto, como contingente; lo trataremos con más detalle en el apartado III.2. Ser portavoz de los votos de un Land es un derecho constitucional incondicionado (dejando a un lado la necesidad de estar presente) de cada uno de los miembros del Bundesrat. La segunda consecuencia es que el miembro singular del Bundesrat no tiene un derecho propio de voto, entendido como un poder de disposición sobre una parte de los votos del Land vinculado a su pertenencia al Bundesrat.

Al reconocerse que cada miembro del Bundesrat no tiene un derecho propio de voto, sino que los votos singulares deben ser contemplados exclusivamente como parte integrante del contingente de votos de cada Land, decae también la consecuencia extraída por Schenke de la vinculación establecida por él entre la pertenencia al Bundesrat y el derecho de voto, que era la prohibición de «que un miembro actuara en forma jurídicamente relevante como portavoz

58 Como Schenke, tampoco BECKER (cfr. n. 2, y n. 1, pág. 61) se plantea en absoluto cómo la Ley Fundamental puede considerar los votos como votos del Land, y esto por tres veces, mientras que los votos estarían atribuidos a su juicio a los miembros singulares del Bundesrat. Pone lo uno al lado de lo otro, sin vincularlo, y se considera suficientemente arropado por Blumenwitz y Maunz. Al respecto ya se ha señalado antes, en la nota 3, que BLUMENWITZ no se decide a referirse a un derecho propio de voto o sólo a «un derecho a la votación». La referencia a Maunz no ofrece prueba alguna; al contrario, MAUNZ, en el mencionado número marginal 15, se refiere justamente al dilema de que, conforme a la Constitución, se trata de votos del Land, y por tanto los miembros del Bundesrat son sólo «portadores de los votos de su Land».

de los votos del Land contra la voluntad de otros miembros del Bundesrat igualmente presentes⁵⁹. Debería fundamentarlo de otro modo.

Cuando Christian Pestalozza⁶⁰ toma como punto de partida que en el primer intento de votación se habría tratado simplemente de la existencia de un disenso sobre quién ejerce como portavoz de los votos, no puedo seguirle si ello tiene como premisa la suposición de que la Constitución impone que se logre unanimidad sobre ese aspecto. Pues ambos votantes hicieron uso de su derecho a ser portavoces del voto del Land, que resulta de la Constitución y que no depende de la aprobación ajena, pero lo hicieron en una forma no permitida por la Constitución⁶¹. Respondieron correctamente a la pregunta planteada, cómo votaba el Land, y no cómo votaban ellos personalmente; por tanto, ambos emitieron un voto referido al contingente de votos del Land⁶². El art. 51.3 GG, en la segunda parte de la frase segunda, atribuye a todos los miembros del Bundesrat procedentes de un Land la capacidad de ser portavoces del contingente de votos del Land; no diferencia al respecto conforme a la posición que pueda tener cada uno de ellos conforme al Derecho específico del Land, y tampoco permite que se establezca tal diferenciación. En esa medida, cada miembro del Bundesrat tiene la misma capacidad jurídica para ser portavoz de los votos de su Land. Con razón se ha insistido en ello a lo largo del debate, justamente para negar al Presidente del gobierno del Land una posición privilegiada.

La igualdad de posición jurídica, sin embargo, se utiliza como argumento también para sostener que el portavoz de los votos necesitaría del acuerdo de los demás miembros del Bundesrat procedentes de su Land para poder ejercer eficazmente el derecho de voto del Land; aunque ciertamente nada dice sobre ello la Ley Fundamental. La tesis, como se mostrará, resulta sólo un hallazgo extraconstitucional para uso de príncipes, aunque no se sepa exactamente quien desempeñará en cada caso el papel de príncipe⁶³.

Conforme a lo expuesto, resulta incorrecta la tesis de Pestalozza, conforme a la cual un *sí* del Presidente del gobierno del Land en la primera ronda (o en una ulterior) habría convertido en ineficaz el *no* del ministro Schönbohm. Esto sería cierto sólo si el Presidente del gobierno del Land, como miembro del Bundesrat, tuviera un derecho de voto no ya más fuerte que el de los demás miembros procedentes del Land, sino incluso dominante. Pero su derecho de voto en el Bundesrat no se rige por el Derecho constitucional del Land, sino exclusivamente por la Ley Fundamental, que no le reconoce una posición privilegiada.

59 Cfr. n. 1, págs. 21 s.

60 Cfr. n. 1, pág. 15; ahora también Peter LERCHE, *BayVBl* 2002, pág. 577.

61 Si no hubieran hecho uso de este derecho, resultaría que sólo dos de los cuatro miembros presentes habrían votado, faltando dos votos y siendo ya por ello la votación no unitaria. Asombrosamente, ninguno entre los que defienden que cada miembro del Bundesrat tiene un voto ha extraído tales consecuencias.

62 Ahora también puede verse Peter LERCHE, *BayVBl* 2002, pág. 577.

63 ¿El Tribunal Constitucional, por ejemplo, o los amigos políticos, los que encargan el dictamen?

En definitiva, cualquier miembro del Bundesrat puede emitir el contingente de votos de su Land, con independencia de que participe en la sesión solo o junto con otros miembros procedentes del Land. Si emite los votos de modo no unitario, existirá una votación en forma no unitaria, de la cual la Constitución dice que no cabe. Que otro miembro pretenda también actuar como portavoz, mediante la emisión de los votos del Land, resulta irrelevante cuando el sentido del voto es el mismo, pues naturalmente el contingente de votos no se duplica, y bien puede quedar sin respuesta la pregunta acerca de cuál de los dos votos es computado. Si, como en este caso, dos miembros del Bundesrat procedentes del mismo Land emiten el contingente de votos del Land en sentido divergente, podría pensarse en considerar decisiva la primera emisión de voto, que habría agotado el derecho de voto del Land. Pero ello ocurriría en perjuicio del derecho de los demás miembros del Bundesrat, que, como se ha visto, tienen reconocido por la Constitución un derecho propio a ser portavoces del voto del Land⁶⁴. También parece insatisfactorio que la decisión dependa de la velocidad de reacción. Por tanto, ambos miembros han pretendido emitir «los votos del Land». Puesto que ello no puede suponer que se duplique el número de votos que la Constitución fija para el Land, estamos ante un voto de sentido no unitario para el mismo contingente de votos.

Para el acto mismo de la emisión del voto son en definitiva irrelevantes tanto la competencia de dirección que poseen la mayor parte de los jefes de gobierno de los Länder como el derecho a la representación exterior del Land. Puede ser relevante para organizar una emisión de voto unitaria; pero esto no lo regula la Ley Fundamental. Ésta se limita más bien a establecer que cada miembro del Bundesrat puede ser portavoz de los votos de su Land, vistos como un contingente (art. 51.3 GG, segunda parte de la frase segunda). Con ello toma en consideración que la voluntad que debe expresarse en el Bundesrat ha de formarse a través de los Länder, y se conforma con las reglas que resultan imprescindibles para la actividad del Bundesrat. Pero la Ley Fundamental, como se mostrará en el siguiente apartado, parte de que los miembros del Bundesrat están sometidos a instrucciones procedentes del Land. En más de cincuenta años, sólo dos veces, y sólo provisionalmente, se ha visto privada del éxito esta posibilidad de organizar el voto.

64 En el procedimiento normal de votación, que se realiza alzando la mano (§§ 29.1, frases primera y tercera del Reglamento del Bundesrat), se pregunta sólo, conforme a los usos del Bundesrat, por los votos positivos, porque sólo de ellos depende que se alcance la mayoría requerida. Véase más abajo, en el apartado IV del texto.

III. «MANDATO LIBRE» FRENTE A «MANDATO SOMETIDO A INSTRUCCIONES»

1. EL MANDATO VINCULADO

La ausencia de un derecho de voto propio y el hecho de que sobre el contingente de los votos del Land exista sólo un derecho a ser su portavoz se corresponde con la circunstancia de que los miembros de los gobiernos de los Länder en el Bundesrat, al contrario de los diputados en el Bundestag, carecen de un «mandato libre»⁶⁵. Puesto que los Länder participan a través del Bundesrat en la formación de la voluntad de la Federación, son ellos los que deben formar la voluntad que debe ser expresada en el Bundesrat. La Constitución ciertamente no niega de modo expreso que el miembro del Bundesrat tenga un mandato libre, por supuesto tampoco lo afirma, pero en dos pasajes muestra con claridad que no se apoya en la existencia de un mandato libre. La regla del art. 77.2 GG, frase tercera, conforme a la cual los miembros del Bundesrat enviados a la Comisión de Mediación entre Bundestag y Bundesrat «no están vinculados a instrucciones» solo tiene sentido si, en el resto de los casos, están vinculados a instrucciones; pues tampoco existe una regla similar para los otros miembros de la Comisión de Mediación, procedentes del Bundestag: sería superflua, porque éstos disponen de un «libre mandato» ya originariamente (art. 38.1 GG, frase segunda). El artículo 53a GG, añadido mediante reforma constitucional y que regula la Comisión Conjunta de ambas Cámaras, confirma con su formulación la misma diferencia entre los miembros del Bundestag y del Bundesrat, al reproducir literalmente la frase tercera del art. 77.2 GG.

En la génesis de la Ley Fundamental se encuentran manifestaciones suficientemente claras no sólo en relación con el concepto de envío al Bundesrat de la frase primera del art. 51.3 GG, sino también acerca de la vinculación a instrucciones de los miembros del Bundesrat⁶⁶. Cuando todavía se debatía una posible composición mixta del Bundesrat, con miembros de los gobiernos de los Länder y senadores electos, el diputado Lehr defendió decididamente la idea de que en tal cuerpo mixto tampoco los representantes de los gobiernos debían, «bajo ninguna circunstancia, estar vinculados a instruccio-

⁶⁵ En sentido estricto no es realmente un mandato «libre», y la segunda frase del art. 38.1 GG tampoco lo llama así, porque de la función como «representante de todo el pueblo» resultan naturalmente obligaciones. El concepto, sin embargo, se ha consolidado como expresión abreviada, aunque inexacta, y se refiere en cualquier caso a la independencia frente a las instrucciones.

⁶⁶ Cuando el Tribunal Constitucional dice, en 1958, que «también los partidarios del llamado *Bundesratsprinzip* o modelo característico del Bundesrat han defendido que los miembros de este órgano federal deberían estar liberados de instrucciones» (BVerfGE 8, 204), la gracia de la formulación reside en el «deberían», que aparece en lugar del «deben» que cabría esperar. Porque el Consejo Parlamentario no se ha adherido a esta opinión, como resulta del debate que se reproduce en el texto. SCUPIN (*BK* Art. 51, primera versión, págs. 5, 19, 50/51), sobre el que se apoya en exclusiva el Tribunal Constitucional, presenta ciertamente el criterio de quienes se oponen a la vinculación a instrucciones, pero silencia el hecho de que no pudieron imponerlo.

nes»⁶⁷. Frente a la objeción del diputado Menzel de que «tenían que» representar el criterio de su gabinete, insistió Lehr en que «pese a ello votan conforme a su libre convicción», y añade de inmediato: «Eso habrá de establecerse expresamente en la Constitución». Así reconoce que el envío por parte del gobierno del Land no resulta compatible por su misma naturaleza con el mandato libre, y la compatibilidad sólo puede estar legitimada por una disposición constitucional. Poco después aborda esa opinión el diputado Dehler⁶⁸, que también se obstinaba en un colegio mixto, y dice: «Con razón dice el colega Dr. Lehr que (debe añadirse conforme al contexto: si no lo impone la Constitución) sería una ilusión creer que pueden ser enviados al Bundesrat libres de instrucciones representantes de los gobiernos de los Länder. Estarán ligados a instrucciones, serán exponentes del gobierno de su Land, e incluso añadido: eso no resulta incorrecto, sino que debe ser así; ésta es la influencia del pensamiento federal, que se exprese la voluntad de los gobiernos de los Länder». En la primera lectura de la Comisión General alega el diputado Heuss frente a la propuesta de la CDU que, aunque dice querer un sistema democrático representativo, le falta lo representativo: «Puesto que dominan las instrucciones»⁶⁹. El diputado Renner añade en términos polémicos, a propósito de la disposición, prevista desde un comienzo, que imponía que los votos de un Land sólo pudieran ser emitidos de forma unitaria: «Aquí dice, pues, que los votos de un Land sólo pueden ser emitidos de forma unitaria y sólo por miembros presentes o mediante apoderados. ¡Unitariamente! Entonces no les está permitido a los tres miembros de un Land votar de modo diferente. ¿Qué queda aquí, entonces, del valor de la personalidad?»⁷⁰. En la tercera lectura de la Comisión General, algunos diputados del FDP, pero también importantes diputados de la CDU y del SPD, expresan reservas frente a la solución que se ha encontrado⁷¹; que sin embargo no son compartidas por sus grupos parlamentarios. En estas circunstancias dice el diputado Lehr, sin que nadie se lo replique: «También creo que el significado del Bundesrat, que aparece con un sentido de voto prefijado por las instrucciones y cuyas decisiones se toman en los gabinetes ministeriales de los Länder, no es el mismo que el de un Senado»⁷². De todo ello se deduce con suficiente claridad que el Consejo Parlamentario daba por supuesto en su diseño que el sentido del voto en el Bundesrat debía considerarse sometido a instrucciones⁷³, concretamente procedentes del gabinete ministerial del Land⁷⁴.

67 *PR Sten.Ber.*, pág. 87.

68 *PR Sten.Ber.*, pág. 89.

69 *HA*, loc. cit., pág. 126.

70 *Loc. cit.*, pág. 129.

71 En tal sentido los diputados Becker (FDP), Lehr (CDU) y Katz (SPD). Pero simultáneamente se aclara que estas opiniones no suponen un rechazo del proyecto; véase *HA*, pág. 634.

72 *Loc. cit.*, pág. 634.

73 Esto es válido justamente para la redacción originaria, que legitimaba para el voto también a apoderados que no necesitaban ser ministros.

74 La argumentación más detallada y también más diferenciada en favor de una vinculación a instrucciones, aportando igualmente el material histórico, es ofrecida por Konrad REUTER (cit. en n. 49), págs. 237-245.

La Ley Fundamental no dice de modo expreso quién puede impartir instrucciones. La opinión (por fin en este extremo verdaderamente) dominante piensa que ésta es una competencia del gabinete. Puede dejarse a un lado la cuestión de si ello resulta ya de la Constitución. La referencia al modo de nombramiento de los miembros del Bundesrat por parte de los gobiernos de los Länder (art. 51.1 GG, frase primera) es el único argumento, ciertamente no decisivo. Puesto que, conforme a la Ley Fundamental, se trata de votos de los Länder y no de sus gobiernos, podría deducirse también de la Ley Fundamental una remisión indirecta al Derecho (constitucional) de los Länder, del que debería resultar la atribución de la competencia⁷⁵.

Pero en el debate aparece una y otra vez el argumento de que el Derecho de los Länder carece de toda relevancia en la interpretación de la Ley Fundamental. Quienes así argumentan no se fijan en que la Ley Fundamental no comparte tal criterio. Cuando, por ejemplo, limita la posibilidad de pertenecer al Bundesrat a los miembros del gobierno del Land (art. 51.1 GG, frase primera), pero se abstiene de dar una definición de la pertenencia al gobierno, se remite necesariamente al Derecho de los Länder. Sólo éste determina quién pertenece al gobierno del Land, y por cierto con consecuencias para la interpretación del art. 51.1 GG. Cuando, por ejemplo, la Constitución de Baviera en su art. 43.2 indica que también los Secretarios de Estado pertenecen al gobierno del Estado, la Ley Fundamental no permite rechazarlos como miembros del Bundesrat, bajo la suposición de que la Ley Fundamental sólo se ha referido a los «ministros». Puesto que la Ley Fundamental presupone el derecho de dar instrucciones, pero no regula expresamente la correspondiente competencia, se plantea la pregunta de si no será tarea de cada Land, que debe contribuir a la formación de la voluntad federal a través del Bundesrat (art. 50 GG), aclarar cómo ha de organizarse la voluntad del Land, y por cierto con independencia de que el Consejo Parlamentario estuviera pensando claramente en la competencia del gobierno.

Cabría así admitir, por ejemplo, que el Derecho (constitucional) del Land atribuyera competencia para impartir instrucciones al parlamento⁷⁶; dado que ningún Land ha asignado tal competencia, la cuestión puede quedar aquí. Al menos por ahora, sólo los gobiernos de los Länder resultan competentes para impartir instrucciones a fin de garantizar la emisión de voto en forma unitaria, y así válida, que privilegia la segunda frase del art. 51.3 GG.

⁷⁵ Así, con razón, Klaus STERN, *Staatsrecht* II (1980), pág. 138, y en parte Florian BECKER (cfr. n. 2 y n. 1, pág. 63).

⁷⁶ El Tribunal Constitucional rechazó esta posibilidad en una temprana resolución, en la que se trataba fundamentalmente de rechazar derechos populares que, en el momento culminante del discurso sobre la democracia estrictamente representativa, consideró contrarios a las competencias constitucionalmente delimitadas (BVerfGE 8, 104, 120). Su argumentación, sin embargo, en modo alguno resulta incontrovertible. Ciertamente reconoce que «los Länder» colaboran en el Bundesrat, pero añade que esa colaboración será «mediada» a través de miembros del respectivo gobierno, de modo que la competencia material para impartir instrucciones podría corresponder tan sólo al gobierno correspondiente. Así lo entiende también por ejemplo Klaus STERN, *Staatsrecht* II (1980), pág. 138.

No basta con reconocer que los mandatos al Bundesrat están vinculados por instrucciones para tener automáticamente claro si el mandato no se puede ejercitar sin haber recibido las instrucciones, y menos aún el modo de valorar un voto emitido en contra del mandato recibido. La instrucción constituye un derecho del órgano competente para darla, pero no un deber; una obligación en tal sentido no puede derivarse de ninguna regla sobre el Bundesrat. Por el contrario, del art. 51.3 GG, frase segunda, conforme al cual sólo los miembros presentes en el Bundesrat pueden emitir los votos del Land, puede concluirse que los miembros del Bundesrat no sirven sólo como una especie de portadores de las cartas de mandato. ¿Para qué sería entonces precisa su presencia? El Bundesrat, por lo demás, está estructurado como un órgano federal, no simplemente como el buzón receptor de las opiniones formadas en los gabinetes de los Länder. Se produce, por tanto, una vinculación de los miembros a las instrucciones recibidas, pero los gabinetes de los Länder no están obligados a emitirlos. Sólo tras analizar, en el próximo apartado de este trabajo, un nuevo precepto constitucional, podrá aclararse si cabe aceptar la existencia de un «mandato libre» al menos en ausencia de instrucciones en el caso concreto: se trata del mandato de que cada Land emita su voto de forma unitaria conforme al art. 51.3 GG, primera parte de la segunda frase.

Con independencia de ello, ya cabe responder a la segunda de las preguntas antes planteadas, cómo ha de actuarse ante los votos emitidos en contra de las instrucciones recibidas. Dado que la emisión de instrucciones es un derecho del gobierno del Land, pero no un deber, y que por tanto los miembros del Bundesrat también pueden actuar en ausencia de ellas, el hecho de no tomar en consideración un voto emitido contra las instrucciones recibidas presupondría que quien preside de la sesión del Bundesrat tiene conocimiento de las instrucciones a la hora de la votación; porque sólo entonces podría no contabilizar el voto. Pero notificar las instrucciones al presidente de la sesión antes de celebrarse la misma forzaría a los miembros del Bundesrat a ejercer la función de portadores de cuadernos de instrucciones, que no les ha sido encomendada. Aunque ello pueda resultar un argumento más bien pragmático, también cabe encontrarle sustentos dogmáticos. Los Länder ciertamente colaboran a través del Bundesrat en la formación de la voluntad federal (art. 50 GG), pero no tienen el derecho de influir en ella de modo inmediato; ocurre, más bien, que lo hacen sólo a través de los miembros que envían al Bundesrat. Por eso, para la votación en el Bundesrat resulta sólo decisivo el comportamiento de sus miembros, no su conformidad con las instrucciones recibidas del Land correspondiente. Ello también se corresponde, por lo demás, con principios jurídicos generales. En tanto el representante se mantenga dentro del marco de su poder de representación, su palabra resulta en principio válida también cuando es emitida en contra de vinculaciones que rigen en el interior de la relación representativa; los problemas que surjan de ello deben ser solventados también en ese ámbito interno. Sobre este extremo, al menos en

las conclusiones, podría hablarse igualmente de una opinión doctrinal unánime⁷⁷.

En resumen, cabe constatar que los miembros del Bundesrat tienen un mandato vinculado a instrucciones, no un mandato libre, pero que los gobiernos de los Länder no están obligados a emitir tales instrucciones; y que un voto emitido en contra de las instrucciones recibidas resulta igualmente eficaz, siempre que se satisfagan las demás condiciones que requiere la emisión eficaz del voto.

2. EL MANDATO DE QUE EL VOTO DEL LAND SE EMITA DE FORMA UNITARIA

Pero el mandato resulta sometido a «instrucciones» también en otro sentido, porque conforme a la Constitución la emisión del voto sólo puede producirse por parte de cada Land de forma unitaria. Esta «instrucción», dado que ha sido dispuesta inmediatamente por la Constitución, ha de ser impuesta frente al comportamiento que la infrinja de un modo diferente a lo que ocurre con las instrucciones sobre el sentido del voto anteriormente consideradas.

El art. 51.3 GG determina en la primera parte de la segunda frase que «los votos de un Land sólo pueden ser emitidos de modo unitario». Si los votos en el Bundesrat son materialmente los del Land respectivo y no los de sus miembros en el Bundesrat, y si la pertenencia al Bundesrat no lleva automáticamente vinculado un derecho de voto propio, sino sólo la competencia potencial de actuar como portavoz de los votos del Land (art. 51.3 GG, segunda parte de la segunda frase), entonces se plantea la pregunta acerca del significado que debe corresponder a esta primera condición en la frase segunda del art. 51.3 GG.

Hasta ahora la atención siempre se ha concentrado en aclarar las consecuencias de una emisión de voto producida, pese a todo, en forma no unitaria. Schenke opta, como muchos otros⁷⁸, por la «invalidez» de la votación del Land⁷⁹.

⁷⁷ Véase por ejemplo Konrad REUTER (loc. cit. en n. 49, pág. 245, número marginal 77), que se refiere a la ausencia de una norma sancionadora en la Ley Fundamental, lo considera un problema propio de las relaciones internas y finalmente alude al argumento pragmático de la dificultad de prueba. En el mismo sentido Walter KREBS (loc. cit. en n. 47, § 51, número marginal 14), Bodo PIEROTH (loc. cit. en n. 40, número marginal 6), Gerhard ROBBERS (loc. cit. en n. 43, número marginal 11), Dieter BLUMENWITZ (loc. cit. en n. 54, número marginal 16). Ya con respecto al art. 6.2 de la Constitución del Reich de 1871 (*Cada miembro de la Federación puede nombrar tantos apoderados para el Bundesrat como votos le corresponden, pero el conjunto de votos que le han sido atribuidos sólo puede ser emitido de modo unitario*) se defendió unánimemente el criterio de que el Bundesrat había de comprobar la legitimación de los apoderados, pero no su sometimiento a las instrucciones; esto afectaría sólo a las relaciones internas (véase por ejemplo MEYER/ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, 6.^a ed., 1905, pág. 432).

⁷⁸ Como LERCHE (cfr. n. 1, pág. 13), BECKER (cfr. n. 2 y n. 1, pág. 62), J. IPSEN (cfr. n. 2 y n. 1, pág. 71), los dos últimos con referencias a numerosos comentarios a la Ley Fundamental, GRÖSCHNER (cfr. n. 2 y n. 1, pág. 98) o BAUER (cfr. n. 1, págs. 121 s.).

⁷⁹ Cfr. n. 2 y n. 1, págs. 21 s. SCHENKE habla primeramente de la «ausencia de efectos jurídicos», lo que resulta correcto, pero luego lo identifica con la «invalidez» de todos los votos del Land. Hartmut BAUER (cfr. n. 1, págs. 121 s.) le dedica finalmente el elogio de haber «confirmado de

Suele adoptarse esta postura en debate con la opinión de Klaus Stern, que en caso de votación no unitaria pretende atribuir al Presidente del gobierno del Land una especie de derecho de unificación. Pero Stern deja abierta la cuestión de si atribuye preferencia al voto del Presidente en el curso de una votación en la que se hayan emitido votos divergentes procedentes de un mismo Land, y quiere así lograr la unificación en el propio proceso de votación, o si piensa en una corrección ulterior; en el primer caso no habría, en realidad, una emisión de voto no unitaria. En el debate científico se ha probado suficientemente la insostenibilidad de la tesis de Stern⁸⁰. Puesto que los defensores de la invalidez del voto de Brandengurgo han visto en Stern su único interlocutor, y además creen que el Presidente del Bundesrat se ha atenido al guión que él traza, el rechazo de su tesis domina abusivamente algunas contribuciones⁸¹ y también, en algunos casos, ha estrechado en exceso el ángulo de análisis.

Porque antes es preciso aclarar si el voto emitido en forma no unitaria resulta exactamente caracterizado al calificarlo como «inválido». En cualquier caso, es seguro que la emisión no unitaria de voto no puede desplegar eficacia alguna, como no puede hacerlo una votación por escrito de miembros no presentes en la sesión (art. 51.3 GG, segunda parte de la frase segunda). La forma unitaria de la emisión de voto es condición de eficacia del mismo, como dice acertadamente Lerche⁸². Pero lo es, como se mostrará, en un doble sentido. La consecuencia es que, en caso de una emisión no unitaria de voto, los votos del Land, todos ellos, actúan de hecho, a causa de la regla de mayoría contenida en el art. 52.3 GG, frase primera, como votos negativos. Porque la mayoría no se computa, como en el Bundestag (art. 42.2 GG), tomando en consideración los votos válidos, sino atendiendo a la mayoría de los votos teóricamente posibles en el Bundesrat, y por ello con independencia de la participación en la sesión o en la votación.

En las reflexiones de Schenke sólo interesa la consecuencia sancionadora de la segunda frase del art. 51.3 GG. Pero también este aspecto parcial refuerza el resultado antes alcanzado. Si se admitiera con Schenke un derecho de voto propio de cada miembro del Bundesrat, entonces un sólo voto, por ejemplo en los Länder mayores dotados de seis votos, podría hacer inválidos los otros cinco, que también habrían sido emitidos con pleno derecho: un resultado más que llamativo para un procedimiento de votación⁸³.

modo contundente» la «lectura dominante» de la segunda frase del art. 51.3 GG, a la cual él mismo habría contribuido al comentarlo. En su análisis, él mismo cambia a voluntad entre «ineficaz» e «inválido», y con ello desatiende, como se pondrá de manifiesto, el significado específico que el concepto de invalidez tiene en el Derecho que regula las votaciones cuando se aplica a los votos inválidos. Todo voto inválido es (materialmente) ineficaz, pero no todo voto ineficaz es «inválido».

80 Véase BAUER (cfr. n. 1, págs. 123 s.), SCHENKE (cfr. n. 2 y n. 1, págs. 21 s., 24 s.) o J. IPSEN (cfr. n. 2 y n. 1, págs. 71 s.), aunque no todos los contraargumentos sean igualmente convincentes; en conjunto, sin embargo, el rechazo de la tesis está justificado.

81 Resulta llamativo en la contribución de Schenke, que abre los debates.

82 Cfr. n. 1, pág. 13; y, del mismo autor, en *BayVBl* 2002, pág. 577.; más abajo se insistirá en ello.

83 Konrad Littmann, en una carta al director publicada en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 10 de abril de 2002, alude con razón a esto.

La rápida mirada a las consecuencias de una emisión de voto no unitaria no nos libera de la tarea de determinar con más precisión su cualidad jurídica. Pues, cuando los votos de un Land deben ser realmente emitidos, entonces «sólo pueden ser emitidos de modo unitario». Jurídicamente, *constitucionalmente*, una emisión no unitaria de voto no es un modo posible de emisión de los votos de un Land; porque los votos de un Land, dice la frase segunda del art. 51.3 GG, no «pueden» ser emitidos de forma no unitaria. Del mismo modo que, como regula la misma frase de la Constitución, tampoco pueden ser emitidos por miembros que no estén presentes, sea por escrito, por teléfono o por medios electrónicos; también esto sería un modo jurídicamente imposible de emisión de voto⁸⁴. Cuando Schenke, Bauer, Becker⁸⁵, Lerche⁸⁷ y también otros autores —siguiendo a los comentarios de la Ley Fundamental— hablan de emisión de voto inválida, esto podría aceptarse como un modo de referirse, en términos comprensibles para los legos, a la ineficacia de la emisión del voto⁸⁷. El calificativo «inválido» tiene sin embargo en el Derecho que regula las votaciones un significado especial, porque señala la cualidad de los votos que son computados como tales, pero cuyo contenido no resulta tenido en cuenta. Por ello, el calificativo «inválido» encubre aquí de modo impreciso el hecho de que en realidad no se ha producido voto alguno en el sentido de la Ley Fundamental⁸⁸.

Nada muestra esto con mayor claridad, irónicamente, que los argumentos invocados en favor de la tesis de la invalidez por Hartmut Bauer y Wolf-Rüdiger Schenke. Bauer resume su argumentación sobre el tema: «En consecuencia, el conjunto de las interpretaciones obtenidas del usual canon de métodos jurídicos conduce al resultado concorde de la invalidez del voto emitido por un Land de modo no unitario; el Land es tratado *como si no estuviera representado en la votación*». Con esta cita final, que procede de Konrad Reuter, Bauer dice, bien que involuntariamente, justamente lo siguiente: un Land que no está re-

84 No es ciertamente adecuado —hay que dar aquí la razón a Peter LERCHE, *BayVBl* 2002, pág. 578— hablar de una emisión de voto contraria a la Constitución. Se llega a este error al transformar el «sólo pueden» en un «deben», como hacen «de modo completamente conforme a su sentido» SCHENKE, pero también BAUER y BECKER. Resulta ya excesivo que FRITZ/HOHM (cfr. n. 1, págs. 48 s.) deduzcan de la inconstitucionalidad obligaciones del Presidente del Bundesrat. La Constitución simplemente establece condiciones para la emisión de voto; si no se cumplen, la Constitución no considera la declaración de voluntad —de igual modo que si se hubiera producido por escrito— como emisión de voto.

85 Florian BECKER (cfr. n. 2 y n. 1, pág. 62).

86 Cfr. n. 1, pág. 13, con el drástico remache, insólito en el habitual estilo de LERCHE, de que esto estaría «claro como el agua».

87 Peter LERCHE (cfr. n. 1, pág.13) establece incluso la equivalencia «ineficaz = inválido».

88 Es conocido que la opinión resulta compartida también por Josef ISENSEE, con quien se había asesorado, encargándole un dictamen, el ministro discrepante Schönbohm antes de la sesión del Bundesrat; lo cita en la sesión: «En caso de falta de unidad, el Land será tratado como si no hubiera participado en la votación» (*Diario de Sesiones del Bundesrat*, 774 Sesión, pág. 148 C). Por ello, cuando, en una votación en el Bundesrat, se emiten votos divergentes procedentes de un Land, la pregunta del presidente de la sesión acerca del voto del Land queda en realidad sin respuesta.

presentado en la votación no puede emitir un voto, tampoco uno «inválido». También Schenke habría podido advertir, al referirse a la situación jurídica de la Monarquía constitucional que invoca como confirmación de sus tesis, que allí se dice que los votos no unitarios de un Land, por carecer de instrucciones, «no son computados», como él mismo cita⁸⁹. No se computan las declaraciones de voluntad que ni siquiera tienen la cualidad de votos —aunque fuera sólo de votos inválidos.

Si el Presidente del gobierno de un Land llamara al Presidente del Bundesrat poco antes de una sesión, lamentando que ningún ministro pueda acudir a ella, pero diciendo también que, en virtud de una decisión del Gabinete y como portavoz de los votos del Land, desea votar en favor de una Ley, el Presidente del Bundesrat no le dirá que toma conocimiento de su voto, aunque le advierta que tendrá que considerarlo inválido, sino que le dirá: «por estar ausente de la sesión, señor Presidente del gobierno, no puede Vd. emitir los votos de su Land, de conformidad con el art. 51.3 GG, segunda parte de la frase segunda»; y en las actas se documentará que el Land no ha emitido voto alguno. Si un Presidente de gobierno de un Land escribe al Presidente del Bundesrat diciéndole que, no pudiendo acudir ningún miembro del Bundesrat a la siguiente sesión, el Land vota a favor de una importante Ley que está en el orden del día, y sin embargo aparece un miembro del Land en la sesión, el Presidente del Bundesrat no podría decirle que el Land ya ha votado, por cierto de modo inválido, al haberlo hecho por escrito, y por ello ya ha ejercido su derecho de voto, sino que deberá computar los votos tal y como los emita el miembro del Land que está presente. En el único intento de emitir votos de forma no unitaria que se había producido en más de cincuenta años, el voto que no es posible emitir de acuerdo con la segunda frase del art. 51.3 GG no fue valorado como voto inválido, naturalmente, sino como aún no emitido⁹⁰, en perfecta consonancia con la situación constitucional.

De ello se deduce necesariamente que la emisión de voto no unitaria no es un cuarto modo de votación que pueda existir junto a «Sí», «No» y «Abstención», sino que, como la votación por parte de ausentes regulada en la misma frase, se trata de una declaración de voluntad que la Constitución no acepta como emisión de voto. La unidad de la emisión de voto es, por tanto, una condición de la eficacia del voto en un doble sentido: de una parte, para que una declaración se pueda aceptar como emisión de voto; de otra, para la valoración del contenido del voto⁹¹.

89 Cfr. n. 2 y n. 1, pág. 22, con referencia a Adolf ARNDT, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 1901, pág. 94. También ANSCHÜTZ, a quien cita en este contexto, escribió en la 7.ª ed. del MEYER/ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts* (1914/1919), pág. 435: «Los votos no representados o carentes de instrucciones no son computados». Los votos emitidos en forma no unitaria se consideraban como carentes de instrucciones.

90 El caso es reproducido, siguiendo el diario de sesiones, por Roland FRITZ/Karl-Heinz HOHM (cfr. n. 1, pág. 46).

91 En este sentido interpreto la última aportación de Peter LERCHE (*BayVBl* 2002, pág. 577), de que no se trata sólo de una condición de eficacia, sino también en un presupuesto del supuesto de hecho.

La unidad en la emisión del voto de cada Land, impuesta por la Constitución como presupuesto para la valoración de la declaración de los miembros del Bundesrat como voto del Land, confirma por lo demás que los votos de cada Land forman un contingente. El escalonamiento de los votos atribuidos a los diversos Länder, que se impuso en el Consejo Parlamentario que adoptó la Ley Fundamental contra el voto del SPD, no tenía por objetivo que se pudiera representar el variado espectro político propio de cada Land, sino proporcionar a los Länder, en cuanto tales, un peso diferente en el Bundesrat conforme a su número de habitantes. Precisamente tal finalidad, sin embargo, se hubiera frustrado si se hubiera concedido la posibilidad de votos divergentes. El hecho de que la Constitución repita por tres veces que se trata de votos del Land correspondiente —y no de los miembros del Bundesrat procedentes de él— alude del mismo modo a su caracterización como contingente de votos.

3. EL PORTAVOZ DE LOS VOTOS DEL LAND COMO INSTITUCIÓN

La fijación con las consecuencias sancionadoras de una infracción del art. 51.3 GG, primera parte de la frase segunda, ha desviado la atención del aspecto positivo de la norma. Si la Ley Fundamental parte en su art. 50 de que los Länder colaboran en el Bundesrat en la formación de la voluntad de la Federación, y si el sistema estatal sólo puede funcionar cuando los órganos del Estado cumplen con sus tareas, entonces hay que apreciar que el art. 51.3 GG, frase segunda, contiene también un mandato a los Länder para que garanticen en la medida de lo posible la unidad en la emisión del voto. Puede quedar pendiente si, para ello, necesita ser puesto en acción, ciertamente fuera de su contexto, el concepto de lealtad para con los órganos constitucionales, por el que Schenke muestra tanto aprecio⁹². En cualquier caso, dada su estructura, bien pudiera resultar aquí adecuado, puesto que pretende expresar una obligación jurídica no escrita en el ámbito interno de los órganos constitucionales⁹³.

La interpretación anterior se confirma si los tres, cuatro, cinco o seis votos son los votos de un Land y si, precisamente con Schenke⁹⁴, se entiende que la ratio del art. 52.3 GG, frase segunda, consiste en «asegurar una representación unitaria de un Land en el Bundesrat», contemplándolo incluso «como un im-

92 En realidad sirve para introducir en el Derecho de la organización estatal una especie de § 242 BGB («el deudor está obligado a cumplir sus obligaciones con lealtad y fidelidad, y prestando atención a los usos del tráfico»); no deseo disimular mi escepticismo frente a tal género de «jurisprudencia de impronta tópica». Conduciría además sólo a inseguridades adicionales sobre la situación jurídica y a un incremento añadido de la discrecionalidad del Tribunal Constitucional, en el cual, justamente en los conflictos sobre la organización estatal, ya se imponen con suficiente frecuencia las preferencias partidarias de los jueces.

93 Más abajo haremos referencia al hecho de que Schenke lo desee extrapolar sin más también al ámbito interno de los órganos.

94 Cfr. n. 1, pág. 22.

portante instrumento para la integración estatal»⁹⁵: de este precepto ha de inferirse una obligación⁹⁶ de los Länder, también orientada a organizar una emisión de voto unitaria, y por tanto válida, sea con un sí, un no o una abstención. Ofrecen instrumentos perfectamente indicados al efecto, materialmente, el ya mencionado derecho de impartir instrucciones y, formalmente, la institución del portavoz de los votos del Land.

Ser portavoz de los votos de un Land significa que un miembro del Bundesrat emite el contingente de votos del Land. Como se ha mostrado, la pertenencia al Bundesrat no está ligada a un derecho propio de voto, los votos sólo pueden ser emitidos de forma unitaria (art. 51.3 GG, primera parte de la frase segunda) y sólo está capacitado para emitir el contingente de votos un miembro del Bundesrat que esté presente en la sesión (art. 51.3 GG, segunda parte de la frase segunda); por todo ello, el supuesto normal conforme a la Constitución es que un miembro del Bundesrat sea portavoz de los votos del Land y, naturalmente, ello está permitido. Conforme al sentido de la frase segunda del art. 52.3 GG, que pretende garantizar en la medida de lo posible una emisión de voto unitaria y, con ello, válida, se trata de un instituto no sólo lleno de sentido, también sencillo de comprender, y justamente por ello conforme a la Constitución⁹⁷. Atendiendo a las reglas de votación contenidas en el Reglamento del Bundesrat, que en caso de conflicto obligan al Presidente del Bundesrat a llamar a votar a los diferentes Länder y no a preguntar en general por los votos en el Bundesrat, se trata de un instrumento muy adecuado. Tampoco podrían servir los procedimientos «informales» de votación para que el Bundesrat hiciera frente a sus trabajos si no existiera la figura de los portavoces de los votos de los Länder.

Cuando no se trata de votaciones «mediante llamamiento de los Länder» (§ 29.1, frase segunda, del Reglamento del Bundesrat, que en paralelo con el § 52 del Reglamento del Bundestag se refiere a la votación nominal), sino que se elige la forma simplificada de «alzar la mano» (§ 29.1, frase primera, del Reglamento del Bundesrat), que es el supuesto normal tanto para al Reglamento como en los usos del Bundesrat, se pregunta también por los votos de los Länder, no por los votos de los miembros del Bundesrat. «Las preguntas deben

95 Con razón ha hablado el diputado Dehler en el lugar antes citado (cfr. n. 68) de que en ello se muestra lo propiamente federal del sistema.

96 Por supuesto no en el sentido de una obligación invocable ante los tribunales (¿quién podría ser demandante?), tampoco como una garantía.

97 Usando la terminología de SCHENKE (cfr. n. 1, pág. 25), existe sin duda el «exigible respaldo jurídico-constitucional». Es innecesario hablar de un derecho consuetudinario, como hace Klaus STERN (*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo II, 1980, pág. 137, n. 133, con una referencia que suena más bien distanciada al anterior Tomo I, en cuya 2.ª ed. de 1983, págs. 24/25, continúa estando poco claro si se habla de «tradición», de «usos» o incluso de «derecho consuetudinario»). La figura del portavoz de los votos es una consecuencia llena de sentido que surge de la regulación de la Ley Fundamental, pues ésta separa el derecho de voto de la pertenencia al Bundesrat e impone simultáneamente la emisión unitaria del voto. No necesitan más justificación unos usos del Bundesrat que se remontan más de cincuenta años. Sobre el valor de los usos estatales puede leerse algo más en las páginas siguientes de este estudio.

plantearse de modo que de su votación resulte sin duda alguna si el Bundesrat ha decidido mediante la mayoría de sus votos» (§ 30.1, frases primera y segunda del Reglamento del Bundesrat). Por ello sólo se atiende a los votos positivos; no se plantea una ulterior pregunta acerca de los votos negativos o las abstenciones. El Reglamento del Bundesrat y los usos que se han consolidado en su aplicación ni siquiera prevén la posibilidad de un voto divergente de los miembros del Bundesrat procedentes de un Land, puesto que conforme a la Constitución esto no supone un modo de votación permitido. Pues también en estas votaciones «informales» sigue valiendo que los votos del Land sólo pueden ser emitidos de modo unitario.

Sin un portavoz de los votos del Land, el presidente de la sesión no sólo debería saber si un Land ha votado para hacer cuentas con su voto; debería además investigar si están presentes todos los miembros del Bundesrat procedentes del Land, al menos si se quiere atribuir a cada miembro del Bundesrat un derecho de voto propio como hacen Schenke y otros; también si todos ellos han alzado la mano o si alguno se ha abstenido; y, para verificarlo, necesitaría computar también los votos discordantes. Pero, de modo completamente conforme a la Constitución, nada de esto está previsto en el Reglamento, y tampoco se hace⁹⁸; ni siquiera podría gestionarse en un tiempo razonable, ante la gran cantidad de votaciones que se han de producir —conté setenta y una en la sesión en la que se produjo la disputa. Por ello no provoca asombro que un miembro del Bundesrat procedente de cada Land actúe como portavoz de los votos del Land; es un instrumento del Bundesrat no sólo inspirado por la Constitución, sino también practicado desde hace cincuenta años, que nadie hasta ahora ha puesto seriamente en cuestión y que resulta adecuado a la situación constitucional. Forma parte integrante de costumbres estatales que se prolongan ya más de medio siglo.

Si bien Hartmut Bauer⁹⁹, en otro contexto, hace referencia al enjundioso dicho del Tribunal Constitucional «los usos estatales son objeto, no parámetro para el enjuiciamiento constitucional de los actos del poder público»¹⁰⁰, hay que tener igualmente en cuenta que a esa intuición del Tribunal inmediatamente le sigue una limitación no irrelevante, «un uso estatal que se mantiene en el marco de interpretación abierto por la Constitución no debe ser sustituido por la interpretación de un juez, incluso cuando éste la considere preferible. En caso de duda sobre el sentido de una norma, resulta además obligado tomar en consideración los usos estatales». Como se ha mostrado, la figura del portavoz de los votos se adecúa perfectamente a las condiciones señaladas por la Constitución para la votación en el Bundesrat: que los votos del Land se consideran como un contingente, que éste debe ser emitido naturalmente de modo unitario y que

98 En tono aprobatorio cita Hartmut BAUER en su contribución (cfr. n. 1, pág. 119), tras constatar que «también las votaciones transcurren de modo disciplinado», la imagen que el Bundesrat tiene de sí mismo: «se elevan hacia lo alto como máximo dieciséis manos».

99 Cfr. n. 1, pág. 126.

100 BVerfGE 91, 148.

los miembros del Bundesrat no poseen un derecho de voto propio, sino que sólo están legitimados por la Constitución para presentarse como portavoces de los votos del Land. Un uso estatal que, como aquí, se mantiene «en el marco de interpretación abierto por la Constitución», no debe ser reemplazado «por la interpretación de un juez», pero tampoco, consecuentemente, por la interpretación de un profesor de Derecho político, aunque éste «considere preferible» su propio criterio.

Puesto que Schenke parte de que a cada miembro del Bundesrat le corresponde (¿al menos?) un voto, sólo puede representarse la figura del portavoz de los votos como resultado de la transferencia individual de votos. Sólo sobre este supuesto puede descansar su insistencia en que un portavoz de los votos del Land ya no puede emitir todos los votos de dicho Land cuando un miembro del Bundesrat procedente del mismo manifiesta una voluntad contraria¹⁰¹. Mas como el miembro del Bundesrat no es el propietario de un voto, tal y como resulta de la Ley Fundamental¹⁰², a esta argumentación le falta el fundamento decisivo. Si, por el contrario, el miembro singular del Bundesrat no tiene voto propio, sólo puede emitir los votos del Land: todos ellos. Porque el Land no tiene votos singulares, sino un contingente de votos que depende del número de sus habitantes. En la Constitución del Reich de 1871, que contenía las mismas determinaciones que la Ley Fundamental, se hablaba de un *conjunto de votos*¹⁰³. Conforme a la Constitución, este contingente o conjunto de votos sólo puede ser emitido de modo unitario, justamente como contingente. El derecho a la emisión del voto que corresponde a «los miembros» conforme a la segunda parte de la segunda frase del art. 51.3 GG sólo puede referirse, por tanto, al contingente de votos. Por eso cada miembro del Bundesrat es, según la Constitución, un potencial portavoz de los votos de su Land; en este punto están todos además igualmente legitimados, como se ha mostrado más arriba¹⁰⁴.

101 SCHENKE no lo expresa ciertamente con tanta claridad ni sencillez. Pero ha de pensar de este modo, y quizá incluso lo haga, cuando tras afirmar que cada miembro del Bundesrat tiene un derecho (material) de voto añade: «La aceptación jurídicamente relevante de un miembro del Bundesrat como portavoz de los votos pese a la voluntad en contrario de otro miembro del Bundesrat igualmente presente en la sesión ya no queda cubierta por la teleología de la figura del portavoz de los votos y carece del exigible respaldo jurídico-constitucional, con las trascendentes consecuencias jurídico-constitucionales que derivan de ello» (cfr. n. 2 y n. 1, pág. 25). Suena al menos muy científico, por más que fuera un placer conocer cuáles son esas «trascendentes consecuencias jurídico-constitucionales».

102 También lo pasa por alto Florian BECKER (cfr. n. 2 y n. 1, pág. 66), que designa al miembro singular del Bundesrat como «portador de la competencia» sobre su voto y que sólo se permite imaginarse la figura del portavoz de los votos como si actuara disponiendo sobre votos ajenos. «Gritos y gesticulaciones» del portador de la competencia no serían sin embargo necesarios, siempre que «dejara suficientemente clara» su falta de acuerdo con la disposición que se hace de su voto. ¿Qué hace Becker cuando sólo un miembro está presente, pero existe un escrito de otro miembro del Bundesrat diciendo que no está conforme con que se disponga de su voto, mientras que el Presidente del Bundesrat nada sabe de todo ello?

103 Cfr. Georg MEYER, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, 1895, pág. 377.

104 Cfr. supra, II 5.

Podría ahora ocurrírse nos que la citada disposición constitucional quiere decir que los miembros del Bundesrat procedentes de un Land sólo pueden hacer valer sus votos en forma quasi mancomunada. No se trataría de una posible vinculación mancomunada en el interior de la relación recíproca que mantienen entre sí los miembros del Bundesrat procedentes de un Land, sino de un derecho al ejercicio del voto que sólo puede ser ejercitado actuando en común. Una apariencia de plausibilidad para esta suposición podría obtenerse de una lectura superficial de la segunda frase del art. 51.3 GG, conforme a cuya formulación los votos de un Land sólo pueden ser emitidos «por parte de miembros presentes». Tal suposición tendría como punto de partida el criterio de la mayoría. Pero no se habla de «los» miembros presentes en el Bundesrat. Si los votos del Land sólo pudieran ser emitidos conjuntamente, y sólo por parte de todos los miembros del Bundesrat procedentes del Land (al menos, por parte de todos los que estuvieran presentes), hubiera resultado casi espontáneo decir: «sólo por parte de los miembros presentes». En segundo lugar, tal especie de mancomunidad presupondría que el miembro del Bundesrat procedente de un Land tuviera una participación al menos ideal en el contingente de votos del Land; pero entonces habrían de estar todos presentes en las votaciones, pues sería difícilmente imaginable que la participación ideal variara según en número de los miembros que asistieran, siendo mayor o menor según el caso. Por no hablar ahora de la concordancia de esta suposición con el igual status de los miembros del Bundesrat, que trataremos más adelante. Pero la Constitución no impone que participen en la votación todos los miembros de un Land, ni siquiera los presentes, y su génesis ha mostrado que el Consejo Parlamentario precisamente quería excluir tal obligación. La Constitución habría de imponer la presencia en cada votación de todos, algo que razonablemente no hace y que tampoco podría habersele ocurrido al Consejo Parlamentario en el marco de la configuración que propone del Bundesrat, sobre lo cual ya se ha dicho antes cuanto era necesario.

También se pone en juego la «igual posición jurídica» de cada miembro del Bundesrat en cuanto tal para apoyar la suposición de que, cuando un miembro del Bundesrat emite el contingente en votos de su Land, necesita disponer de «un sentido del voto previamente determinado»; es preciso que «su declaración, por tanto, resulte apoyada por la voluntad de todos los miembros legitimados para votar»¹⁰⁵. En una serena consideración resultaría esclarecedor el hecho de que la igualdad en la posición jurídica nada puede decir sobre el contenido

105 Como dice Paul KIRCHHOF en una contribución aparecida en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 5 de septiembre de 2002 bajo el título, pedagógico y estético, «La legislación necesita forma y estilo» („Gesetzgebung braucht Form und Stil»); un título al que uno se animaría a añadir, a la vista de su valoración sobre la discutida votación del Bundesrat: «y reflexión».

Este es también el argumento esencial de Christian STARCK y Josef ISENSEE en el recurso de inconstitucionalidad presentado por seis gobiernos de Länder regidos por la oposición (págs. 20 ss.), en el que parten de un derecho propio de voto (no referido al contingente de votos, sino claramente a una participación —¿ideal?— en él).

de tal posición jurídica. Si cada miembro del Bundesrat procedente de un Land ha de participar en el voto de su Land, entonces la igual posición jurídica indicará que todos lo hacen en la misma medida. Pero que todos y cada uno hayan de tener tal participación no depende del mandato de considerarlos en situación de igualdad. Esto es más bien una cuestión previa, que debe ser respondida con plena independencia. La igualdad que cada miembro del Bundesrat puede invocar también se logra, por ejemplo, si cada uno tiene el derecho de emitir «los votos del Land», como formula el art. 51.3 GG, el contingente de votos que corresponde al Land. Por eso resulta la argumentación de Kirchhof un supuesto clásico de *petitio principii*, y no precisamente un método reconocido de interpretación. Pues, ¿de dónde debería proceder tal pretensión de participar en el voto del Land? La Constitución, como hemos visto, no habla de un derecho propio de voto, aunque sólo sea de un derecho de participar en él, y a los padres de la Constitución no se les ocurrió tal idea ni en sueños. Antes bien, la Constitución atribuye a cada uno el derecho a ser portavoz del contingente de votos del Land.

La suposición de Kirchhof no sólo contradice la regulación constitucional; conduciría además a enfrentarse con dificultades prácticas insuperables. ¿Cómo poner en relación el poder que con ello se atribuye a un miembro del Bundesrat sobre los demás con las instrucciones permitidas, y por lo común también impartidas por el gobierno del Land? ¿Acaso el hecho de apartarse de estas instrucciones, que son irrelevantes para la validez de la emisión del voto, debe ser tratado de modo diverso al hecho de apartarse de la «instrucción» procedente del miembro que está sentado al lado, que conforme a la tesis de Kirchhof podría impedir la actuación del portavoz y con ello la emisión «de los votos del Land»? ¿Cómo puede saber el presidente de la sesión si se emite un «voto previamente determinado» —como exige Kirchhof—, justamente tal y como parece ocurrir? ¿Qué ocurre con los miembros que no están presentes? ¿Debe ser fijado el voto en la sesión, porque sólo los miembros presentes han de ser tratados como iguales, o la participación en la determinación del sentido del voto es un derecho ligado a la pertenencia al Bundesrat? ¿Qué ocurre en caso de empate? ¿Y con las votaciones no previsibles? Cómo se fija el sentido del voto no interesa, por muy buenos motivos, a la Ley Fundamental. Ésta sólo impone que vote un miembro del Bundesrat presente, y que sea de modo unitario. Sólo esto sirve a la seguridad jurídica.

La reflexión sobre si no podría existir en la relación interna entre los miembros del Bundesrat una vinculación de tipo mancomunado debe ser estrictamente separada de la pregunta acerca de la exigencia constitucional de un ejercicio mancomunado del derecho de voto. Si analizarámos en detalle el caso conflictivo que da pie a estas reflexiones habríamos de volver sobre aquel extremo. Pero incluso si se aceptara tal vínculo mancomunado en las relaciones entre los miembros del Bundesrat procedentes de un Land, su infracción no afectaría a la validez de la emisión del voto, del mismo modo que no la afecta la infracción de las instrucciones impartidas por el gobierno del Land. Ninguna de las dos situaciones se impondría en la va-

loración del voto, ni tendría que interesar al presidente de la sesión. Sólo internamente existe, por tanto, un portavoz seleccionado de los votos del Land¹⁰⁶, en la relación de los miembros con el Bundesrat aparecen todos ellos como portavoces natos¹⁰⁷.

Si dos de los cuatro miembros del Bundesrat procedentes de un Land con cuatro votos posibles votan en sentido discrepante es porque ambos pretenden ejercer como portavoces de los votos del Land. Ello resulta evidente cuando la votación se produce llamando a los Länder: quien vota lo hace entonces por el Land, y pretende por tanto emitir el contingente de votos que corresponde a éste: porque eso es lo que, conforme al Reglamento, ha preguntado el presidente de la sesión. Pero también en la votación informal se pregunta, como se ha señalado, por los votos del Land, y en la práctica absolutamente dominante en el Bundesrat se vota del modo correspondiente. Que dos miembros del Bundesrat procedentes de un Land pretendan ejercer como portavoces votando en sentido diferente implica por ello el ejercicio contradictorio del derecho del voto del Land. No es, conforme a la Constitución, un modo posible de emisión del voto¹⁰⁸. Dado que los votos han sido emitidos «de modo no unitario»¹⁰⁹, se desencadena la consecuencia jurídica correspondiente conforme al art. 51.3 GG, frase segunda¹¹⁰. Si se mantiene la situación, los votos del Land no serán valorados, ni siquiera como votos inválidos.

En los trabajos doctrinales, en el recurso ante el Tribunal Constitucional y en las cartas al director, las formas de representarse la figura del portavoz de los votos resultan de una extraordinaria diversidad. Por lo común, comparten el abordarla con suma cautela, algo que realmente no debería ocurrir. Pero, como ahora resulta que el Bundesrat parece haberla utilizado aquí por primera vez tras más de cincuenta años de historia, se es cuidadoso.

Florian Becker¹¹¹ cree realmente que un miembro del Bundesrat, para poder emitir todos los votos del Land como portavoz, necesita ser el único miembro del Land presente en la sesión. No dice de dónde lo deduce. Sus autorida-

106 Hay que aceptar que el gabinete, en virtud de su derecho a impartir instrucciones, también puede determinar quién actúa como portavoz de los votos. Pero esto, al igual que ocurre con las instrucciones materiales, tampoco se impone en la valoración jurídica del efectivo acto de votación producido en el Bundesrat. Si otro miembro del Bundesrat se sirviera del derecho a ser portavoz de los votos del Land que le atribuye la Ley Fundamental, el Presidente del Bundesrat, aunque conociera la decisión del gabinete, no podría oponérsela.

107 Ciertamente bajo la única condición de estar presente en la sesión. El dictamen que Josef ISENSEE proporciona al ministro Schönbohm opera abiertamente con la figura del portavoz de los votos nato y seleccionado (cfr. por ejemplo Rolf GRÖSCHNER, n. 2 y n. 1, pág. 86, en nota 9), pero no en el sentido aquí señalado.

108 Sólo cuando se actúa en términos tan patéticos como ocasionalmente ha ocurrido en el debate en y tras la votación aquí considerada cabe calificarlo como «contrario a la Constitución». Que tal caracterización en cualquier caso resulta poco acertada ha sido ya mostrado en la n. 84.

109 Si votan de modo unitario, los votos del Land han sido emitidos válidamente, siendo irrelevante quién los ha emitido realmente.

110 Cfr. supra, III 2.

111 Cfr. n. 2 y n. 1, pág. 66.

des son Klaus Stern y Dieter Blumenwitz¹¹². Estos ciertamente dicen que, estando presente incluso sólo un miembro, todos los votos del Land pueden ser emitidos por el «portavoz», pero no dicen nada sobre el instituto como tal, ni que resulte condición para ponerlo en acción que en la sesión exista un sólo representante del Land. Está claro que a Becker no le interesa el hecho de que en el Bundesrat se haya actuado de otro modo desde hace más de cincuenta años. Si tuviera razón, estando presentes cinco ministros de un Land con seis votos, cuatro de ellos deberían abandonar la sesión para el último pudiera emitir los seis votos: una imagen que resulta más bien absurda.

Becker se refiere en tono aprobatorio al Consejo Parlamentario, ciertamente sin aportar la referencia concreta¹¹³, que habría expresado que la cualificación como *portavoz de los votos* «no se utiliza en el sentido de un representante que conduce los demás votos, sino que más bien designa a un representante que lleva un voto». En el Consejo Parlamentario siempre se partía, como resulta de los pasajes reproducidos más arriba al explicar la génesis de la Ley Fundamental, de que un miembro del Bundestag podía emitir todos los votos del Land. También porque sólo esto tiene sentido. Pues si el portavoz de los votos sólo emitiera un voto, aludiendo con ello ciertamente al «suyo», los votos del Land habrían sido emitidos de modo no unitario. Pese a la bienintencionada reproducción de esta supuesta opinión del Consejo Parlamentario continúa Becker, sin embargo, diciendo que cada miembro del Bundesrat como «único representante del Land en una sesión» podría, «junto con su propio voto, votar como representante de los votos de los demás miembros enviados por su Land» (y con esto, después de lo dicho, se entiende: enviados al Bundesrat, no a la sesión concreta). Con esta construcción habría habido un voto ineficaz del Land de Brandenburgo ya por el solo hecho de que en el primer intento de votar sólo lo hicieron dos de sus miembros en el Bundesrat, mientras que en el segundo el Presidente del gobierno del Land no era el único miembro del Bundesrat procedente del Land que se mantenía presente en la sesión, además de que un miembro que estuvo presente todo el tiempo, el Ministro de Justicia, en absoluto expresó su voto durante todo el proceso. Becker no extrae esas conclusiones porque no debe fiarse en absoluto de sus propias teorías, lo que cabe considerar de nuevo como una señal de inteligencia.

Becker, como Schenke y muchos otros, considera al portavoz de los votos como un representante de los demás miembros del Bundesrat, que emitiría

112 BLUMENWITZ (*BK*, Art. 51, número marginal 30) parte ciertamente de que «el derecho a la emisión de voto esta constitucionalmente vinculado de modo inseparable al status de miembro del Bundesrat... y a la presencia en el mismo». Continúa siendo un secreto suyo cómo pretende compatibilizar esta afirmación con la posibilidad de un portavoz de los votos. STERN (*Staatsrecht*, Bd. II 1980, pág. 137) dice que sería suficiente con que sólo estuviera presente un miembro y actuara como portavoz de los votos del Land.

113 Su referencia al *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Tomo 1, pág. 387, muestra sólo el uso lingüístico de los «redactores del estudio sobre la génesis de los artículos de la Ley Fundamental» y no el del Consejo Parlamentario; por lo demás, estos redactores no se refieren en ese lugar a la figura del portavoz de los votos como término técnico.

(también) «los votos de los demás miembros enviados por su Land»¹¹⁴. Esta suposición se funda sobre la tesis, ya antes contradicha sobre la base de la Constitución, de que cada miembro del Bundesrat tiene su propio voto. Los representantes de esta tesis habrían de plantearse realmente la pregunta de si no sería entonces forzoso notificar al Presidente del Bundesrat la delegación de voto. ¿Podría realmente caber que un miembro de un órgano constitucional pudiera delegar un derecho de participación que le corresponde, a juicio de estos autores de forma estrictamente personal, en concreto el derecho de voto, sin sujetarse a formalidad alguna, incluso tácitamente? ¿Y, si la delegación está permitida, por qué ha de depender la validez del voto emitido conforme a ella de que el delegante participe o no en la sesión? Si puede delegar el voto, debe quedar a su criterio el hacerlo. ¿Y qué hace el pobre miembro del Bundesrat que está solo en una sesión y se enfrenta a una votación que no estaba prevista y para la que no se predispuso una delegación de voto? ¿Se queda el Land sin votos, aunque el art. 51.3 GG diga en su frase segunda que los miembros presentes pueden emitir «los votos del Land»? Incluso para la figura del portavoz de los votos se muestra a qué aporías conduce la tesis de que cada miembro del Bundesrat tiene su propio derecho de voto.

Rolf Gröschner deduce de la igual legitimación de todos los miembros del Bundesrat procedentes de un Land que «conforme a una correcta interpretación no sólo del Reglamento (*no dice de qué norma*), sino en muy primer lugar de la Ley Fundamental... una emisión unitaria del voto sólo podría ser en consecuencia producida por los *miembros* del gobierno del Land de Brandenburgo, todos ellos igualmente legitimados, y en concreto con la participación de todos»¹¹⁵. No se quiere decir con ello, como se descubre sólo tras sus reflexiones ulteriores, que todos los miembros presentes en el Bundesrat procedentes del Land hubieran de votar (unitariamente), sino que un voto unitario sólo cabe tras una previa unificación (queda sin resolver si basta considerar sólo a los miembros presentes o ha de tenerse en cuenta el criterio de los ausentes), aunque la frase segunda del art. 51.3 GG absolutamente nada diga al respecto, por cierto de modo razonable. La Constitución impone como presupuesto de la eficacia del voto que se produzca de forma unitaria, no que en la votación exista un criterio unitario de los miembros del Bundesrat procedentes de un Land; no hace depender nada en absoluto del criterio de los miembros del Bundesrat, como ocurre de ordinario, y es razonable que ocurra, en los supuestos de votación. Justamente Gröschner, que no se cansa de subrayar el formalismo jurídico como un valor especial en las cuestiones procedimentales, tendría que adivinar que no cabe sobrecargar las votaciones con las orientaciones subjetivas de quienes participan en ellas. Gröschner renuncia a la postre al instituto del portavoz de los votos del Land —lo considera una «falsa etiqueta». Si fuera consecuente, debería exigir que el acuerdo de los demás miembros del Bundesrat procedentes del Land en favor del portavoz de los votos fuera notificado;

114 Cfr. n. 2 y n. 1, pág. 66.

115 Cfr. n. 2 y n. 1, pág. 86.

¿cómo, si no, podría saber el Presidente del Bundesrat si un *portavoz de los votos*, entendido en el sentido en el que lo hace Gröschner, actúa legítimamente como tal? Si el acuerdo de todos los miembros del Bundesrat procedentes de un Land, al menos de los presentes en una sesión, fuera presupuesto de eficacia de la votación a través de un portavoz (con independencia de que éste indique o no tal carácter), debería estar informado el presidente de la sesión de si existe previamente el acuerdo interno, para poder valorar así la eficacia de la emisión de voto. La teoría de Gröschner no concuerda con la Constitución, tampoco con los usos de cincuenta años de Bundesrat. Por más que tan larga costumbre no pueda cambiar la Constitución, debería ser al menos fundamento suficiente para considerar las propias tesis con alguna reserva.

Sin que él lo diga, también la tesis de Gröschner tiene como premisa que cada miembro del Bundesrat es portador de su propio voto; para que un portavoz de los votos pueda disponer de ellos se presupone el acuerdo del portador originario del voto. Por ello habría de ser consentida la actuación del portavoz. Que la premisa es incorrecta ya se ha mostrado más arriba.

Sólo como remate cabe aún aludir al hecho de que la diferenciación que establece Gröschner entre *encargado de negocios y representante frente a terceros*¹¹⁶, a la cual atribuye gran valor como «un signo de argumentación jurídica y de pensamiento jurídico meticulosos», no lleva ni mucho menos tan lejos como él supone. Se puede probar suficientemente con su propio argumento introductorio: «Si ahora», dice Gröschner, «la frase segunda del art. 52.3 GG determina que el Bundesrat «se da un *reglamento de funcionamiento interno (Geschäftsordnung)*», entonces ya el nombre «*Geschäftsordnung*» es un signo claro de que aquí han de regularse las relaciones jurídicas internas, y con ello los procesos internos de formación de voluntad del correspondiente órgano constitucional de la Federación». De modo más sensato, sin embargo, el Reglamento del Bundesrat no regula «los procesos internos de formación de voluntad», sino sólo la forma exterior en la que se produce tal voluntad; los procesos de votación, pero justamente no el modo en que se pone en pie la voluntad a la que deben proporcionar vigencia efectiva los votos del Land.

El instituto del portavoz de los votos del Land es la respuesta formal a la exigencia de la Constitución de que varios votos sólo puedan ser emitidos de modo unitario y a su consideración de los votos de un Land como un contingente. No sólo resulta constitucionalmente permitido, sino necesario, porque los miembros del Bundesrat procedentes de un Land no poseen cada uno un voto propio. Más bien, todos tienen conforme a la Constitución el derecho a presentarse como portavoces del contingente de votos del Land. La eficacia de tal actuación no presupone, conforme a la Constitución, un consenso entre todos los miembros del Bundesrat procedentes del Land, ni siquiera entre los presentes en una sesión. Por ello tampoco ha de notificarse tal consenso al presidente de la sesión.

116 Cfr. n. 2 y n. 1, págs. 91 s.

La figura del portavoz de los votos se ha acreditado en muy alta medida: garantiza la unidad en la emisión del voto que la Constitución impone. No existe necesidad de corregirla, de *constitutione ferenda*. Sólo en dos ocasiones, en una historia de más de cincuenta años con decenas de miles de votaciones entretanto, se han producido dificultades, al principio de la actividad del Bundesrat y el 22 de marzo de 2002. Y, al menos la primera vez, se produjo una inmediata rectificación.

IV. LA ARMONÍA ENTRE LA GÉNESIS DE LA LEY FUNDAMENTAL, SU TEXTO Y LOS USOS DEL BUNDES RAT

La primera frase del art. 51.3 GG, conforme a la cual cada Land puede, pero no tiene necesariamente que enviar al Bundesrat tantos miembros como votos le corresponden, regula el envío de miembros al Bundesrat y no a las sesiones singulares. Así se deduce necesariamente de la génesis del precepto. Por lo demás, una obligación de enviarlos carecería de sentido, puesto que la participación en las sesiones es un derecho que está automáticamente ligado a la pertenencia al Bundesrat en calidad de miembro. Por ello, también son ajenos a la experiencia del Bundesrat actos formales de envío de un miembro a una sesión concreta y por supuesto su control por quienes dirigen la sesión.

La regla de que un Land también puede nombrar menos miembros que votos tiene claro que, conforme a la concepción de la Ley Fundamental, la cualidad de miembro del Bundesrat y el derecho de voto no coinciden. La exigencia añadida de que los votos de un Land deben ser emitidos de modo unitario confirma también que la Ley Fundamental no parte de un derecho de voto propio, materialmente atribuido a cada miembro singular del Bundesrat. Con ello se corresponde que la Constitución, en las tres ocasiones en las que establece reglas sobre los votos, también cuando se refiere a su emisión, no hable de votos de los miembros del Bundesrat, sino de votos del Land correspondiente¹¹⁷. Parte, por tanto, de un determinado contingente de votos de cada Land. Esta concepción se limita a poner en práctica lo que se establece como fundamento en el artículo que abre la sección sobre el Bundesrat, el art. 50 GG: que «los Länder» colaboran en la formación de la voluntad de la Federación, y lo hacen «a través del Bundesrat». Los miembros del Bundesrat tienen, conforme a la segunda frase del art. 51.3 GG, el derecho de emitir «los votos del Land», el contingente de votos, si están presentes en la sesión.

La Ley Fundamental, al imponer la unidad en la emisión del voto, obliga a los Länder a garantizarla en la medida de lo posible. El instrumento material al efecto lo proporciona la vinculación de los miembros del Bundesrat a instruc-

117 Art. 51.2 GG: «Cada Land tiene (un número determinado de) votos; art. 51.3 GG, frase primera: «Cada Land puede enviar tantos miembros como votos le (al Land) corresponden»; art. 51.3 GG, frase segunda: «Los votos de un Land sólo pueden ser emitidos...».

ciones, que se deduce indirectamente de la Ley Fundamental; el instrumento formal, la figura del portavoz de los votos del Land. El Consejo Parlamentario consideró legitimado para impartir instrucciones al gabinete que es competente para enviar los miembros al Bundesrat; puesto que las Constituciones de los Länder tampoco han establecido ninguna regla diferente, esto se corresponde con la vigente situación jurídica. El instituto que permite a los miembros del Bundesrat presentes en la sesión ser portavoces de los votos del Land proporciona la garantía jurídico-procedimental para cumplir con la exigencia de una emisión unitaria de los votos por parte de cada Land; se corresponde con la exigencia material de que los votos del Land forman un contingente. Esta figura del portavoz se corresponde con un uso constante del Bundesrat, y así también con cincuenta años de usos de los Länder. La interpretación de la Ley Fundamental, garantizada por el elemento que atiende a su proceso de elaboración, ofrece así un diseño coherente, que ha sido dotado de vida por la costumbre estatal consolidada mediante los usos constantes del órgano constitucional Bundesrat.

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA CONFLICTIVA VOTACIÓN DEL BUNDES RAT

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, mediante sentencia adoptada por mayoría el 18 de diciembre de 2002, resolvió el recurso de inconstitucionalidad declarando nula la Ley de inmigración por haber faltado la aprobación del Bundesrat¹¹⁸. Los fundamentos jurídicos, de sólo seis folios, apenas dicen nada sobre las cuestiones dogmáticas que aquí han sido planteadas; al contrario de lo que ocurre con el voto particular, que se extiende catorce folios. De la formulación conforme a la cual el Presidente del Bundesrat «acepta el voto de un solo miembro del Bundesrat como emisión del voto por todo el Land» (pág. 331) bien se podría deducir con suficiente seguridad que al miembro singular del Bundesrat, como ha sido argumentado más arriba con detalle, no le está atribuido un voto propio, y que cada miembro, por el contrario, sólo puede emitir en cualquier caso el contingente de votos de todo el Land. La cuestión previa, aquí decisiva, de si una emisión de voto en forma no unitaria por parte de dos miembros procedentes de Brandenburgo, en contra por tanto de la disposición constitucional que dice que los votos sólo «pueden» ser emitidos de modo unitario, ha constituido en realidad una emisión de voto, es eludida por la mayoría de la Sala, mientras que el voto particular la aborda intensamente en el mismo sentido que aquí se ha argumentado (págs. 338 ss.). La mayoría destaca más bien lo que para cualquiera resultaba evidente, que el partido menor de la coalición que gobernaba el Land de Brandenburgo, estando integrado

118 BVerfGE 106, 310-336, con el voto particular de las magistradas Lübke-Wolff y Osterloh (págs. 337-351).

desde el punto de vista de la política de partidos en la oposición federal, rechazaba igual que ésta la Ley de inmigración, y que así lo había expresado también en la sesión del Bundesrat; por ello no estaría permitida la pregunta ulterior del Presidente del Bundesrat acerca de cómo votaba finamente el Land. Conforme a esto, no resulta entonces decisivo el acto de votar del representante de Brandenburgo, sino la situación política y las posiciones expresadas *antes* de la votación. Difícilmente cabe conciliar esta posición con el carácter estrictamente formal que necesariamente adopta una votación¹¹⁹. La argumentación de la mayoría de la Sala, sin embargo, llama la atención sobre un problema que sólo ha sido abordado ulteriormente, en los informes ofrecidos a la Comisión sobre el federalismo, y que será tratado aquí con mucha brevedad.

VI. LA REGLA DE LA MAYORÍA EN EL BUNDESRAT Y LOS ACUERDOS DE COALICIÓN EN LOS LÄNDER

La regla de que el Bundesrat sólo puede adoptar decisiones con la mayoría de los votos implica que las abstenciones operan como votos negativos. Dos desarrollos hacen que esto aparezca como problemático. De un lado, a lo largo del tiempo se ha ido atribuyendo al Bundesrat un poder de veto no insignificante frente a la legislación federal¹²⁰. De otro, en la mayor parte de los Länder existen gobiernos de coalición que agrupan por lo común a un partido mayor y a otro más pequeño, incluso a varios grupos minoritarios. Estos partidos menores, entretanto, generalmente han impuesto en las negociaciones para formar gobierno que el partido mayor se pliegue a una abstención en el Bundesrat cuando el partido minoritario lo solicite. Con ello, los partidos menores consiguen lo que el mayoritario nunca les hubiera concedido de habérselo pedido directamente, que el Land quede vinculado por su voluntad minoritaria a un voto negativo: porque, conforme a la regla de votación, la abstención tiene tal efecto.

Tal práctica política, que las reglas de votación hacen posible, no se corresponde con la razón política, tampoco con el principio democrático. Permite que el Bundesrat actúe como instrumento de bloqueo nacional siempre que tenga una mayoría política diferente a la del Bundestag. Pero éste, el Parlamento nacional, es elegido por el pueblo de todo el país para que durante cuatro

119 Que la decisión no fuera posible sin reprochar al Presidente del Bundesrat, que en absoluto participa en el procedimiento del control de normas, un comportamiento contrario a la Constitución, hubiera debido llevar a la Sala a reflexionar acerca de si el planteamiento de un conflicto de atribuciones [*Organstreit*] no debería considerarse la única forma admisible de recurso en los conflictos que afectan a la dirección de los trabajos en un órgano constitucional.

120 La mayor responsabilidad corresponde a una jurisprudencia acrítica del Tribunal Constitucional, que ha extendido el derecho de veto razonablemente concedido al Bundesrat frente a las reglas legislativas federales que afectan a la competencia de los Länder sobre el derecho de organización y procedimiento administrativos al conjunto de la Ley que las contiene, y con ello también frente a su contenido político-material (*Einheitsthese* o tesis de la unidad de la Ley).

años pueda imponer las medidas políticas que estime correctas. Sin embargo, ese mismo pueblo, fragmentado en dieciséis pueblos de los Länder, puede bloquear esta política nacional mediante un órgano en el que las relaciones de fuerza se pueden alterar de modo decisivo sin que las preferencias políticas del conjunto del pueblo de Alemania hayan tenido que cambiar en absoluto. Porque la fuerza que tienen en el Bundesrat los pueblos de los diferentes Länder, dada la muy reducida segmentación del peso en votos de los Länder, difiere como máximo entre los tres y los seis votos. Dos pequeños Länder que apenas excedan los dos millones de habitantes tienen, por ejemplo, el mismo peso en votos que el mayor Land, que supera los dieciocho millones. Este desequilibrio se refuerza de modo desproporcionado cuando un pequeño partido que forma parte de una coalición de gobierno, de ordinario sin reunir en su Land un porcentaje de votos que supere el margen que va del 7 al 12%, puede determinar la orientación política del Land en el Bundesrat merced al acuerdo de coalición. Esto ya no tienen nada que ver con un equilibrio de poderes razonable.

Frente a ello sólo cabría actuar pasando de la mayoría absoluta a la mayoría relativa como regla para la adopción de decisiones en el Bundesrat, de modo que las abstenciones recuperaran el significado que les corresponde por naturaleza: que el votante, en este caso el Land, a causa de las diferencias políticas en la coalición de gobierno, no puede formar criterio, tampoco negativo, acerca de un asunto sometido a votación. Porque la regla actual favorece la decisión negativa en el Bundesrat; y esto difícilmente puede calificarse como una solución razonable desde el punto de vista de la política estatal.

* * *

ABSTRACT. *The Basic Law attributes to the German Länder a certain number of votes in the Bundesrat, which must be cast only as a unit; and it allows them to appoint likewise for this constitutional organ to as many Members as votes it has, though they can also appoint to a minor number of them. It does not mean that every Member of the Bundesrat coming from a Land has his own vote, and that they should put in agreement to cast it in the same sense if they wish that his vote turns out to be effective. On the contrary, the votes belong to the Land; any Member of the Bundesrat (attending a session of the Bundesrat) can act as spokesperson of the votes of his Land, casting them as a contingent. The fact that two Members of Bundesrat from the same Land cast the votes of his Land in a diverse sense infringes the rule that imposes the unitary emission of the vote. In this case, it is necessary to understand that the Land has not casted any vote, not even an invalid one. And, for this reason, the President of the Bundesrat may request again the corresponding emission of the vote. Because, if the vote was considered to be directly invalid, it would be equivalent indeed to a negative vote, provided that the decisions of the Bundesrat require a majority of its votes (absolute majority).*